



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

*La Universidad Católica de Loja*

**ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**MODALIDAD PRESENCIAL**

**TITULO DE TESIS:**

**“PRUEBA ILÍCITA Y SU INEFICACIA PROBATORIA EN EL SISTEMA  
PROCESAL PENAL ECUATORIANO, COMO GARANTIA BÁSICA DEL  
DEBIDO PROCESO”**

**GRADO A OBTENER:**

**TESINA DE GRADO PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE  
ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR**

**AUTORA:**

**GUADALUPE DEL CISNE SARMIENTO DUARTE**

**DIRECTOR:**

**DR. MARCELO COSTA CEVALLOS**

**LOJA 2009**

**DECLARACIÓN DE AUTORIA:**

Las ideas y opiniones emitidas en la presente investigación, son de exclusiva responsabilidad de la autora.

f.....

**Guadalupe del Cisne Sarmiento Duarte.**

## **AUTORIZACION DEL DIRECTOR**

**Doctor en Jurisprudencia:**

**Marcelo Costa Cevallos**

**DIRECTOR DE LA TESINA**

**CERTIFICO:**

Que el presente trabajo de investigación realizado por la estudiante **Guadalupe del Cisne Sarmiento Duarte**, sobre el tema **“PRUEBA ILICITÀ Y SU INEFICACIA PROBATORIA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ECUATORIANO, COMO GARANTIA BÀSICA DEL DEBIDO PROCESO”** ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y forma establecidos por la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja, para esta clase de trabajos, por lo que autorizo su presentación.

**Loja, julio de 2009**

**Dr. Marcelo Costa Cevallos.**

**DIRECTOR DE LA TESINA**

## **CESION DE DERECHOS DEL AUTOR**

Yo, **Guadalupe del Cisne Sarmiento Duarte**, declaro ser autora del presente trabajo y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja, que en su parte pertinente textualmente dice: Forman parte del Patrimonio de la Universidad, la propiedad intelectual de investigación, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f.....

**Guadalupe Sarmiento Duarte**

## **AGRADECIMIENTO**

Doy gracias en primer lugar a Dios, por la oportunidad de vida que me concedió las bendiciones generosas y la sabiduría que ha derramado sobre mí.

A mí querida y prestigiosa Universidad Técnica Particular de Loja, que ha sabido, en sus aulas, formar en mí una profesional de calidad, y que sobre todo, una persona moral y ética que con sus principios católicos nos han guiado por el camino del bien. Es un orgullo para mí, poder ser una profesional de la Universidad Técnica Particular de Loja

Y de manera especial, un agradecimiento eterno y sincero a mi Director de Tesina, Dr. Marcelo Costa Cevallos, quien sin su ayuda no hubiese podido salir adelante con este trabajo. Gracias de todo corazón por su ayuda y apoyo incondicional para lograr el éxito de mi vida estudiantil.

Quiero igualmente, dejar plasmado, un agradecimiento especial al Dr. Rodrin Palacios Soto, quien, desinteresadamente me ha brindado su ayuda con datos importantes para este trabajo investigativo.

Mis gracias eternas a quienes han contribuido en este proyecto.

**La Autora**

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo investigativo se lo dedico a quienes son la razón de mi vida: mi familia.

A mi esposo, mis cuatro angelitos y a mi querida hermana, quienes han sido el mejor regalo que Dios y la vida me han podido dar.

A todos ustedes que han sido la columna vertebral de mi existencia. Por todo este esfuerzo que ha llegado a su culminación. Tantas noches sin dormir, han valido la pena. Gracias por confiar en mí, aquí está el fruto de todos nuestros sacrificios juntos. Los amo con todo mi corazón, y saben que les dedico todos los triunfos de mi vida.

Mamita, quien ha sido el apoyo incondicional de mi vida, desde el cielo en todo momento, quien con sus sabios consejos y palabras me guio por el camino del bien. No la defraudé y ésta es la mejor demostración de ello.

A mis familiares desde España, quienes de una forma cariñosa y desinteresada me ayudaron con material bibliográfico para la realización de este trabajo.

Gracias por todo, los llevo en mi corazón los amo.

**La Autora**

## **ESQUEMA DE CONTENIDOS**

### **CAPITULO I**

#### **NOCIONES BASICAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS**

- 1.1 ORIGEN, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS
- 1.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA
- 1.3 CLASIFICACIÓN (TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS)
- 1.4 FUNDAMENTOS Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS
- 1.5 LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y SU OBJETO.
- 1.6 SUJETOS Y LIMITACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS.

### **CAPITULO II**

#### **ORGANISMOS DE PROTECCION Y TUTELA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

- 2.1 LOS TRATADOS DE LOS DERECHOS HUMANOS
- 2.2 EL SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS. NECESIDAD Y SIGNIFICADO.
- 2.3 LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE UNA ÓPTICA COMPARADA.
- 2.4 EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO COMO UN DERECHO HUMANO O FUNDAMENTAL.
- 2.5 EL ACUSADO EN EL PROCESO PENAL PROTECCIÓN JURIDICA PENAL DE LOS DERECHOS DEL ACUSADO.

### **CAPITULO III**

#### **LA PRUEBA ILICITA**

- 3.1 LOS FRUTOS DEL ARBOL ENVENENADO
- 3.2 LA PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL TIPO PARA AMÉRICA LATINA.
- 3.3 PROHIBICIONES O LIMITACIONES REFERIDAS A LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA.
- 3.4 PROHIBICIONES O LIMITACIONES REFERIDAS A LA VALORACION DE LA PRUEBA.
- 3.5 CONCEPTO DE LA PRUEBA ILÍCITA.

### **CAPITULO IV**

#### **NATURALEZA, CONTENIDO, CARÁCTER, LÍMITES, E INVALIDEZ DE LAS PRUEBAS ILEGALES.**

- 4.1 LA PRUEBA ILÍCITA Y SU AFECTACIÓN AL DERECHO A LA INTIMIDAD.
- 4.2 INVALIDEZ DE LAS PRUEBAS ILEGALES DERIVADAS
- 4.3 LA INEFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO.
- 5. CONCLUSIONES.
- 6. RECOMENDACIONES.



## 8. BIBLIOGRAFIA.

- **JOSE GARCIA FALCONÍ, compendio de las 17 reglas del debido proceso.**
- **EL TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL del profesor Jorge E. Zavala Baquerizo.**
- **EL DERECHO PROCESAL PENAL del profesor Walter Guerrero Vivanco.**
- **EL MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL del profesor Ricardo Vaca Andrade.**
- **EL TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL del jurista argentino Julio B.J. Mair.**
- **INTRODUCCION AL DERECHO PROCESAL PENAL del profesor José I. Cafferata Nores.**
- **LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL del profesor José I. Cafferata Nores.**
- **DERECHO PENAL de Roxin Claus.**
- **MANUAL DE DERECHO PENAL de Eugenio Raúl Zaffaroni.**
- **LA PRUEBA ILICITA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL de Marco Lerner.**
- **LA PRUEBA OBTENIDA POR QUEBRANTAMIENTOS CONSTITUCIONALES de Cafferata Nores.**
- **LA PRUEBA OBTENIDA ILICITAMENTE CON VIOLACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES de Gonzáles Montes revista de derecho procesal.**
- **CONSTITUCIÓN POLITICA DEL ECUADOR.**
- **CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO.**

## INTRODUCCIÓN

El 10 de diciembre de 1948 fecha en que nace La Declaración Universal de los Derechos Humanos por la exigencia y necesidad de fortalecer los valores intrínsecos de la persona y dar por terminado la constante violación y abusos perversos en los cuales vivían sometidos los seres humanos y con la recientemente superada guerra mundial.

En treinta artículos se establecen los derechos económicos, sociales y culturales de todas las personas. Ciertamente los derechos humanos son el resultado de un largo proceso que hunde sus raíces en la historia de la lucha por la libertad y la dignidad del hombre.

Con respecto a la garantía de derechos y libertades fundamentales del hombre no es suficiente que estén consignados en una ley fundamental, es necesario que produzca una realización material de los derechos humanos, y de las libertades que se encuentran con ellos vinculados.

Las Declaraciones de Derechos conforman la parte dogmática de los textos constitucionales en los cuales se define los límites materiales que la dignidad humana impone al poder público, para que los individuos disfruten real y plenamente los derechos que le han sido reconocidos como mecanismos de protección y tutela eficaz.

A partir de la Constitución debe realizarse el estudio de las garantías de los derechos humanos, y luego en otras normas para ello me he planteado analizar desde una perspectiva teórico-doctrinal, histórica y comparada del tratamiento que han recibido los derechos humanos y sus garantías.

Para la realización de este objetivo, he consultado actualizada y abundante información de literatura sobre el tema. Utilice el método lógico, comparado e histórico, lo cual me ha permitido recorrer la evolución histórica de los derechos y garantías, de los países de España y Colombia en los diferentes ordenamientos constitucionales vigentes.

En efecto los ordenamientos constitucionales además de reconocer los derechos, consagran un bloque garantista de los derechos humanos que incluye mecanismos de muy diversa índole y sobre los que la doctrina ha emitido múltiples clasificaciones.

Las Garantías Constitucionales, que abren las posibilidades de demandar ante órganos de este género (tribunales) la preservación o el restablecimiento de los Derechos Humanos. Se les conoce con el nombre de instrumentos reactivos o garantías concretas, pues se ofrecen a los ciudadanos para que, en caso concreto que se repute una vulneración de un derecho, pueda acudir a ellas y obtener la debida protección.

Para hablar de los derechos y garantías del acusado en el proceso penal hay que tomar como punto de partida precisamente uno de los derechos humanos fundamentales: El derecho al debido proceso o la tutela judicial efectiva cuando me refiero al debido proceso es aquel en el que se respetan las garantías y derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución Política y en los demás ordenamientos legales vigentes, hacia cualquier ciudadano que sea objeto de la imputación de un delito, al cual deba hacerse efectiva la garantía a un debido proceso, como lo reconocen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estrechamente vinculados con la administración de justicia penal.

Es responsabilidad del Estado ser el tutelar de la acción penal, y para la legalidad de esta acción, existe la necesidad de instalar un juicio previo, de manera que nadie pueda ser privado de su libertad sin antes ser escuchado en juicio. Es aquí en donde los jueces son responsables de la duración del proceso penal, por la situación del preso.

Como un derecho derivado al debido proceso y en especial de la prohibición de indefensión se alza el derecho a utilizar los medios de prueba que se consideren pertinentes y en tal sentido la "pertinencia" debe ser entendida y apreciada, cuando guardan relación directa con el objetivo del proceso y no violen el procedimiento.

El comienzo, desarrollo y fin del proceso penal, como sucesión de actos realizados en su devenir temporal, requieren y exigen la existencia y actuación de personas que lo lleven a cabo. Dentro de un proceso penal los sujetos procesales son aquellos que están directamente vinculados a la relación jurídica procesal. De esta forma comprenden sólo a los órganos o personas que ejercitan acciones, que inciden directamente en el establecimiento y desarrollo de la relación jurídica procesal.

Autoprotección, publicidad, concentración y oralidad. la autoprotección es de no sufrir indefensión en el curso del proceso.

El derecho a utilizar las pruebas pertinentes alcanzan su concreción en la oralidad del proceso, o que conduce a que como regla general y de acuerdo con los principios de inmediación, oralidad y concentración que han de presidir el proceso penal, las pruebas que se practiquen en éste, deben serlo, predominante y preferentemente en el juicio oral, y deben realizarse con todas las garantías; lo que no implica cuando su reproducción en el juicio oral no sea posible, que sea inválida la prueba realizada con atención al juicio oral, o llamada prueba pre constituida, pero si se exigen que deben haber sido practicadas con todas las garantías de contradicción e inmediación.

El derecho a una resolución fundada, argumentada es importante elemento del debido proceso pues de esta forma se controla la actividad jurisdiccional, una sentencia motivada debe versar sobre el fondo del asunto y de las pretensiones formuladas.

El derecho a Presunción de inocencia que no es otra cosa que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad la

La prueba que vulnera garantías constitucionales en su obtención tiene el nombre de prueba ilícita, esta aceptación en la doctrina extranjera de los E.E.U.U. Prueba ilícita es la que se obtiene como resultado de la violación de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución Política como por ejemplo violando el derecho a la inviolabilidad de domicilio, a la inviolabilidad de correspondencia, derecho a no auto incriminarse, derecho a la intimidad personal, derecho a la asistencia de un abogado, derecho a no ser incomunicado, etc. o cualquier otra garantía básica del debido proceso prescritas en los art. 76 de nuestra Constitución Política y en los Tratados y Convenios Internacionales. La ineficacia probatoria de la prueba ilícita en el Ecuador se encuentra en la Constitución Política en el art. 76, así como también en nuestro Código de Procedimiento Penal la ineficacia probatoria se encuentra en el art. 80 "Toda acción pre procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna"..

Y efectivamente, tanto prueba ilícita o Teoría del Fruto del árbol envenenado carecerá de eficacia probatoria alguna en nuestro país. De la misma forma si algún testimonio es rendido mediante tortura y si de éste se derivan más pruebas todas ellas carecerán de validez probatoria, totalmente inválidos, ineficaces, totalmente improductivos a la hora de poder ser valorados por el Tribunal Penal para sustentar una condena.

Así la exclusión de la prueba ilícita y su ineficacia probatoria tiene una estrecha relación con las garantías constitucionales a las cuales protege y tutela, especialmente en el proceso penal, donde es más propensa que se dé la violación de derechos humanos.

## CAPITULO I

### NOCIONES BASICAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

#### 1.1. Origen, Concepto y Características:

##### **Origen:**

El 16 de febrero de 1946, el Comité Económico y Social, un órgano de la recientemente creada Organización de las Naciones Unidas acordó crear una Comisión de Derechos Humanos, cuya primera tarea consistiría en redactar una declaración que concretara los derechos humanos a que se refería la Carta fundacional de la Organización en su preámbulo y en los Arts. 1, 8, 13, 55, 56, 62, 68,76.

##### **Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas y Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.**

#### **NOSOTROS LOS PUEBLOS DE LAS NACIONES UNIDAS, RESUELTOS**

A preservar a las generaciones venideras del azote de la guerra, que ha cubierto de dolor al género humana dos veces en nuestra época, a reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y de otras fuentes de derecho internacional, y a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Esta comisión se compuso con los representantes de Filipinas, Francia, Estados Unidos, Panamá, Unión Soviética y República Socialista Soviética de Bielorrusia.

En 1968, René Cassin, el representante francés, obtuvo el premio Nobel de la Paz por su labor en la Comisión. Tras 85 laboriosas sesiones, en que se analizaron cerca de 200 enmiendas y se elaboraron 16 borradores, pudo presentarse un texto definitivo, que fue aprobado y proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en el palacio de Chaillot de Paris, la medianoche del día del 10 de diciembre de 1948.

Estos son los resultados de la votación:

Países miembros: 58

A favor: 48

En contra 0

Abstenciones: 8

Ausencias 2.<sup>1</sup>

### **Concepto:**

En la actualidad ha tomado fuerza a nivel mundial esta denominación que garantiza los derechos fundamentales del individuo con el objeto de protegerlos frente al poder del Estado que en el uso de la fuerza tiende a extralimitarse en sus atribuciones violando los principios más elementales de la condición humana, como son el derecho al libertad, a la igualdad ante la ley, al trabajo. Al de expresión, reunión asociación, libertad de pensamiento, etc.<sup>2</sup>

Los **derechos humanos** (abreviado como **DD. HH.**).- Son de acuerdo con diversas filosofías jurídicas, aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, etnia o nacionalidad; y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente. Desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido como las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas, identificándose consigo mismos y con los otros.

Habitualmente, se definen como inherentes a la persona, irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables. Por definición, el concepto de derechos humanos es universal (para todos los seres humanos) e igualitario, así como incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social determinados. Según la concepción lusnaturalista tradicional, son además atemporales e independientes de los contextos sociales e históricos.

[www.cubaencuentro.com/es/derechos-humanos/](http://www.cubaencuentro.com/es/derechos-humanos/)

---

<sup>1</sup> Jordi Beltrán, Antonio Roig, *Guía de los Derechos Humanos*, 1995, primera edición, Pág. 15

<sup>2</sup> Diccionario Jurídico Ámbar Pág. 15 155 Legislación Ecuatoriana

## **Características:**

Los derechos humanos se conceden a todos los individuos, sin distinción de raza, edad, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional, posición económica o cualquier otra condición, por el solo hecho de pertenecer al género humano.<sup>3</sup>

La doctrina señala los siguientes:

- a) Se trata de derechos incalculables, es decir no están sujetos al arbitrio de los demás;
- b) Son intransferibles e irrenunciables; y,
- c) Son imprescriptibles.

## **1.2. Evolución Histórica:**

En el ámbito doctrinario corresponde señalar sucintamente el esquema evolutivo en relación con el concepto y proyecciones de los derechos humanos. La idea de la igualdad esencial de todos los hombres, con su inherente dignidad, pertenece al pensamiento cristiano. Adquiere desarrollo y va difundiendo a medida que el cristianismo se incrementa dentro de la situación histórica creada por el Imperio Romano.

Sin embargo Grecia, proporcionó elementos adversos y favorables a la igualdad del hombre. Entre los principios, cabe señalar a Aristóteles como el exponente más caracterizado de su filosofía, quien consideraba como diferencias naturales las que separaban a libres y esclavos, griegos y bárbaros; y sólo reconocía en los griegos libres la completa condición humana. Como factores favorables, se puntualiza de Grecia, al romper los estrechos límites políticos de las ciudades estados y expandirse hasta abarcar otros pueblos con religiones, lenguas y costumbres distintas, reunió bajo su cetro a personas con diferencias raciales, políticas y sociales para crear en los hombres una comunidad sutil, pero esencial. La tesis utópica del cosmopolitismo, en sentido de que cada hombre es o puede llegar a ser ciudadano del mundo, tuvo cariz de realidad con el imperio alejandrino, que fue más allá del Helesponto hasta llegar al Indo. Fue asimismo la Hélade, políticamente sojuzgada por Roma y sobre la que ejerció preponderante influencia cultural, la que con sus líneas estoicas y algunos ingredientes platónicos acerca de la naturaleza, cargados de apetencia metafísica y ansia de justicia, nutrió el espíritu universalista y en cierta manera ajena al mundo de ese entonces que caracteriza la concepción cristiana del hombre.

---

<sup>3</sup> Borja Cevallos, Rodrigo *Enciclopedia Política tomo 1, Pág. 367*

En Roma en cuyo orbe adviene Jesucristo, con Cicerón y los jurisconsultos de su Imperio que incluía a naciones distintas reatadas por el eslabón del vínculo político es donde se sostuvo la igualdad de los humanos, oponiéndose a la desigualdad natural de los hombres. Cicerón reiteraba que la naturaleza del derecho se explicaba por la naturaleza racional del hombre y que el género humano constituye una sola sociedad. Ulpiano afirmaba que por lo que atañe al Derecho natural, todos los hombres son iguales. Las Institutas de Justiniano decían que por derecho natural, todos los hombres nacían originariamente libres. Seneca, filósofo estoico, equipara a libres y esclavos al proclamar la igualdad de ambos para la virtud, argumentando de que si bien el cuerpo del esclavo pertenece al dueño, en cambio su mente no puede ser esclavizada.

San Pablo, de formación cultural grecorromana y propagador de la religión cristiana, sostiene con rotundidad: “No hay judío, ni griego; no hay siervo ni libre; no hay varón ni hembra; porque todos vosotros sois uno en Cristo Jesús” (Epístola a los Gálatas, III, 28).

La unidad de todos los hombres en Cristo, como concepción religiosa, tiene una vigencia espiritual, pero carece de la efectividad que viene a proclamar, después de la Edad Media, el principio de la igualdad política, consagrado por las revoluciones norteamericana y francesa.

Para los individualistas de fines del siglo XVIII, los derechos esenciales del hombre tienen un valor absoluto por cuanto los consideran atributos naturales del ser humano, adquiridos por el solo hecho de nacer y vivir, inherentes a su naturaleza y condición y, por ende, anteriores y superiores al Estado. El constituyente no crea ni otorga los derechos fundamentales; simplemente los reconoce y garantiza en la Constitución o leyes políticas.

En cambio, para otro sector de filósofos, tales derechos sólo poseen un valor relativo. Para los marxistas, verbigracia, el elemento decisivo y esencial es la evolución de las técnicas y, particularmente, de los medios de producción. Son los cambios ocurridos en ella los que provocan las transformaciones sociales. Estas, a su vez, entrañan la transformación de las ideas filosóficas y políticas. Conforme a su criterio toda declaración de derechos no es sino la expresión de una sociedad determinada, regulada por expresos y determinantes intereses económicos. No existirían, consecuentemente, derechos universales y absolutos, sino libertades particulares y relativas<sup>4</sup>.

Los Derechos Humanos evolucionaron en la idea de igualdad esencial y dignidad del hombre, a medida de que se incrementaba el cristianismo.

Aristóteles solo reconocía en los griegos libres la condición humana.

---

<sup>4</sup> ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, TOMO VIII PAG, 337



Cicerón se opuso a la desigualdad natural de los hombres, considerando que el género humano constituye una sola sociedad.

Es así como Seneca, proclamaba la igualdad de la virtud, entre libres y esclavos, argumentando que si bien el cuerpo del esclavo pertenece a su dueño, en cambio su mente no puede ser esclavizada.

Los individualistas del siglo XVIII, los derechos esenciales del hombre tienen un valor absoluto, considerados como atributos naturales adquiridos por el solo hecho de nacer y vivir.

Con todos estos criterios que son expresiones de sociedades, evolucionan los Derechos Humanos, pero cabe recalcar que la religión cristiana aportó en gran parte con su filosofía "No hay judío, ni griego, no hay siervo ni libre, no hay varón ni hembra porque todos vosotros somos Uno en Cristo Jesús. La misma que se desarrolla se difunde e incrementa dentro de la situación histórica.

### **1.3. Clasificación (Teoría de los Derechos Humanos)**

La clasificación de los Derechos Humanos puede distinguirse en tres etapas en el proceso de nacimiento, afirmación y extensión. La primera comprende las clásicas tablas de los derechos **civiles y políticos**, nacidas de las revoluciones liberales de Inglaterra en 1689 y de Estados Unidos y Francia a fines del siglo XVIII. Son los derechos llamados de **PRIMERA GENERACIÓN**, La segunda etapa añade a los anteriores los **derechos sociales**, proclamados por el pensamiento socialista a raíz de la primera revolución industrial, que se extendieron por el mundo por obra del constitucionalismo social. Son los derechos de la **SEGUNDA GENERACIÓN**. Y la tercera etapa comprende los nuevos derechos, los de **TERCERA GENERACIÓN**, que son el **Derecho a la paz, al medio ambiente sano, a la planificación familiar y a la solidaridad o injerencia humanitaria**.

**a) Los derechos civiles y políticos.-** El constitucionalismo clásico, que formula las primeras tablas de derechos de la persona humana, se sustentó en dos ideas fundamentales: la de que el individuo es dueño de una esfera de libertad personal en la que el poder estatal no debe intervenir, y la de que toda actividad del Estado debe estar sometida a normas jurídicas precisas el Estado de Derecho de manera que los alcances del poder sean limitados y pueden garantizarse los fueros humanos. Las primeras declaraciones de derechos con verdadero sentido democrático, porque estuvieron dirigidas a la generalidad de la población y no a determinados estamentos privilegiados como hizo, en cambio, la **Carta Magna** expedida por el Rey Juan sin Tierra el 15 de Junio de 1215 en Inglaterra, fueron el Bill of Rights inglés de 13 de febrero de 1689, la Declaración de Independencia de las 13 colonias inglesas de Norteamérica del

4 de Julio de 1776 y la **Declaración de los Derecho del Hombre y del Ciudadano** proclamada en Francia, en el curso de la Revolución, el 26 de agosto de 1789.

Estas tres tablas de derechos, que constituyen el antecedente histórico de las modernas declaraciones, contienen los derechos llamados de la **primera generación**, que son los **civiles y los políticos**. Los derechos civiles se conceden en forma amplia a todas las personas sin distinción de raza, edad sexo, idioma, religión, opinión, política, origen nacional o cualquier otra condición; y los derechos políticos solamente a los ciudadanos, esto es, a las personas que, cumpliendo ciertas condiciones jurídicas, se convierten en elementos políticamente activos del Estado.

**b) Los derechos sociales.-** Las primeras declaraciones de derechos e propusieron crear en beneficio de cada persona una esfera de libertad jurídicamente protegida y estuvieron motivadas por el temor hacia el Estado, tenido como el principal enemigo de las libertades públicas. Por eso los ideólogos de aquel tiempo se empeñaron en establecer vallas horizontales que detuvieran la autoridad pública y protegieran a los gobernados de los posibles excesos de ella. Esta actitud de recelo respecto del poder fue la lógica reacción histórica ante el absolutismo monárquico anterior. En todas las declaraciones de derechos de esa época gravita la idea de que la amenaza principal quizás única contra las prerrogativas personales proviene de la autoridad pública. Todos los planteamientos de aquel tiempo tienen esa inspiración: la teoría del Estado de derecho, la limitación jurídica de la autoridad, la división de poderes, la igualdad ante la ley, el habeas corpus,, la tipicidad en el orden penal, el laissez faire en el ámbito económico, son todas expresiones de una actitud de profunda suspicacia hacia el poder político. Solo más tarde con el desarrollo desenfrenado del capitalismo y sus aberraciones, se descubrieron nuevos peligros contra las libertades humanas en la entraña de las fuerzas económicas de la sociedad. Nacieron entonces **los derechos sociales** llamados también los de segunda generación para defender a los grupos desafortunados mediante el establecimiento de barreras verticales que impidieran o atenuaran la opresión de las personas o corporaciones económicamente fuertes sobre las económicamente débiles.

El maquinismo modificó la estructura de la sociedad: la producción industrial sustituyó a la agrícola u la tierra cedió lugar a la máquina como fuente principal de la riqueza. La civilización aldeana campesina, se transformó gradualmente en urbana sobre los engranajes del maquinismo industrial. Los avances tecnológicos y la producción en serie crearon, por la vía del aumento de la productividad enormes excedentes que se acumularon en pocas manos. Se agudizó la cuestión social. Tal fue el capitalismo del siglo XIX, cuyo deprimente espectáculo hirió la sensibilidad de muchos teóricos políticos y económicos de esa época.

Las inéditas relaciones que trajo consigo la primera revolución industrial, junto con las corrientes del pensamiento jurídico que se manifestaron en el mundo durante los siglos XIX y XX como consecuencia del gran desarrollo industrial y capitalista de Europa y los Estados Unidos de Norteamérica, pusieron en evidencia que, a la lado de los derechos civiles y políticos del individuo, existen también unos derechos llamados sociales. El derecho constitucional del siglo XX, a partir de la primera Guerra Mundial, reconoció formalmente la existencia de los derechos sociales y los consagró junto a los demás de la persona humana, el proceso de incorporación de tales derechos al texto constitucional se denominó **constitucionalismo social** y se inició con la Constitución Mexicana de 1919; se expandió por Europa a través de las constituciones de Austria 1920, Estonia 1920, Polonia 1921, Yugoslavia 1921 y España 1931, y se consolidó con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Poco antes de la declaración de las Naciones Unidas, la Novena Conferencia Internacional Americana reunida en Bogotá aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Después vinieron muchas más la Convención Europea de Derechos Humanos de 1.950, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, la Declaración de los Derechos de los Pueblos para el cumplimiento de los Derechos Humanos de Argel, 1976; la carta Africana de los Derechos de los Hombres y de los Pueblos de Addis 1979. Los derechos Sociales consisten en prestaciones y servicios a cargo del Estado, a favor de los sectores postergados de la población. Tienen un carácter esencialmente asistencial. Por eso, aunque formalmente están atribuidos a todas las personas, son en realidad derechos de las capas pobres de la ciudad y del campo y están contenidos especialmente en las leyes laborales, agrarias, de seguridad social, de inquilinato, de protección infantil, defensa del consumidor y demás estatutos de esta índole.

**c) El Derecho a la paz, al medio ambiente sano, a la solidaridad o de injerencia humanitaria.-** La dinámica social contemporánea, con sus nuevos, retos, planteamientos y garantías ha llevado a descubrir los derechos de la tercera generación que protegen aspectos nuevos de la vida del hombre en comunidad. Su característica fundamental es que se extienden más allá de las fronteras nacionales, por lo que su defensa tiene que hacerse a través de esfuerzos multilaterales. Forman parte del proceso de internacionalización de los derechos humanos, que han salido de la esfera soberana de los Estados para insertarse en las relaciones internacionales. El primero de ellos es el **derecho a la paz**: a la paz interna y externa, a la paz en su más amplia concepción y no solo en la dimensión militar de la palabra. Esta es una de las grandes aspiraciones de los pueblos sacudidos por las mil formas de la violencia en el mundo contemporáneo. El derecho de los pueblos de vivir en paz y libres del temor de la violencia y de la amenaza de la guerra responde a

una necesidad vital de nuestros días y es una demanda profundamente sentida por la humanidad después de haber experimentado los horrores de la guerra y de haber soportado por largo tiempo el torturante ajedrez geopolítico adelantado por las superpotencias en el curso de la llamada guerra fría, en su afán de establecer zonas de influencia política en el planeta y de controlar sus recursos perecibles. Como es lógico, suponer, la paz, en el ámbito externo, es un bien transnacional: no puede ser sino el resultado de una concertación entre los Estados. El derecho a la paz comprende la facultad de toda persona y de todas las personas colectivamente, a contribuir a los esfuerzos por conquistarla, a negarse a participar en operaciones bélicas, a secundar la solución pacíficas de las controversias internacionales, a apoyar los procesos de desarme, de no proliferación de las armas nucleares y de eliminación de las armas químicas y bacteriológicas, y a combatir la tortura, la segregación racial, la discriminación femenina y todas las exclusiones. El desarme, la prohibición de producir armas de destrucción masiva, el control y la reducción de armamentos, bajo la vigilancia internacional, son elementos instrumentales del derecho a la paz.

En el ámbito interno, la concordia social y la paz son también anhelos hondamente sentidos por el mundo moderno. La paz, como forma de vida que resulta de la cotidiana actitud de la gente, es uno de los recursos económicos más importantes para el desarrollo de un país. La violencia institucionalizada por leyes y sistemas inicuos violencia de arriba y la violencia contestataria que combate la violencia, debilitan la capacidad de producción y detiene el progreso de los pueblos.

**El derecho al medio ambiente sano.-** La contaminación del aire, el suelo y el agua pone en peligro la vida y el bienestar de todos los habitantes de la tierra. El problema, por tanto, no es solo de incumbencia de algunos, por más que ellos sean los mayores responsables de la contaminación ambiental, sino de la humanidad entera. Los efectos de la contaminación, en la medida en que degradan las condiciones de habitabilidad del planeta y disminuye su capacidad de carga para sustentar la vida humana, animal y vegetal, son muy graves. De ahí nace el derecho de todos los seres humanos donde quiera que vivan y cualquiera que sea el signo político que les regimenté a respirar aire puro, beber agua limpia, cultivar tierra fértil, mirar paisaje verde y consumir alimentos no contaminados. Este es otro de los derechos de la tercera generación.

Su defensa como la de todos los nuevos derechos, implica una acción transnacional que sólo puede provenir de la concertación de los Estados o de la decisión comunitaria internacional. Este es el de la decisión comunitaria internacional. Este es el rasgo común de los nuevos derechos. Su tutela excede las capacidades de los Estados individualmente considerados y demanda acciones coordinadas entre varios de ellos o de la comunidad

internacional por la emisión de gases contaminantes, el uso de plaguicidas químicos inadecuados, la descarga de desechos industriales tóxicos, la deforestación y otros factores que deterioran el aire, el suelo y el agua del planeta.

El Derecho de Solidaridad o de Injerencia Humanitaria.- Este es un derecho en proceso de formación. Se refiere a la protección de víctimas inocentes de un conflicto armado al interior de un país. Ha nacido como respuesta a la demanda de defensa de los derechos humanos, en todos los territorios, en los casos de agudos procesos de descomposición estatal, ruptura de la paz y destrucción de las garantías políticas y civiles. Pero la injerencia humanitaria que el ejercicio de este derecho supone sólo puede provenir de la comunidad internacional por eso algunos lo llaman derecho de injerencia internacional, y se justifica en los casos en que las condiciones de convulsión interna no permiten no permiten la rehabilitación endógena del aparato estatal.

Se ha acuñado una nueva palabra para designar el proceso de destrucción violenta del orden jurídico y de la autoridad pública en un Estado y la vulneración masiva de los derechos humanos, a causa de la acción de grupos rivales en lucha por el poder: somalización. La palabra proviene de Somalia, Estado situado en el Este de África, en donde durante los años 1991, 1993 y 1994 desaparecieron violentamente la autoridad, la ley, los signos del poder y todos los presupuestos básicos de la convivencia social por obra de la encarnizada lucha entre tribus rivales. Allí murieron, según informaciones de las Naciones Unidas, 350000 somalíes por efecto directo de la guerra civil o por la hambruna a que condujo el colapso de la producción.

Cuando estos fenómenos ocurren en un país, se habla de somalización, para significar la desintegración del Estado.

En tiempos recientes se han dado algunos casos dramáticos de convulsiones internas y de violación masiva de los derechos humanos: la brutal represión del gobierno de Saddam Hussein en Iraq contra la población Kurda en 1991 inmediatamente después de la Guerra del Golfo; las luchas tribales en Somalia, el conflicto armado por causas étnicas, culturales y religiosas en la antigua Yugoslavia, que en casi cuatro años de guerra civil produjo 250000 muertos, más de un millón de heridos y mutilados y tres millones de desplazados; la implacable lucha entre las tribus hutu y tutsi en Rwanda, que estalló con renovada facilidad después de que el presidente Juvenal Habyarimana fuera asesinado el 5 de abril de 1994 con un cohete tierra-aire que echó abajo su avión al aterrizar en el aeropuerto de Kigali, que causó cerca de medio millón de muertos y centenares de miles de refugiados.

En todo caso, tales acciones han conformado progresivamente en derecho de solidaridad o de injerencia humanitaria de la comunidad internacional en países que han caído en procesos de disolución estatal o en los que la población civil

ha sido víctima inocente de conflictos armados. Se considera que este derecho no es incompatible con el principio de no intervención en los asuntos internos de un Estado.

Formalmente este no es un derecho que los Estados puedan ejercer unilateralmente, sino una facultad de la comunidad internacional, aunque en la práctica son los países poseedores de vigorosas infraestructuras militares los que inspiran y ejecutan las decisiones del Consejo de Seguridad, con todos los riesgos que ello implica. De ahí que este derecho, no obstante sus finalidades humanitarias y democráticas, se han tornado controversial por los riesgos que en la práctica suponen las operaciones militares a cargo de los países poderosos. Sin embargo, a veces no hay otro método para devolver a los pueblos la paz, la seguridad, la vigencia de los derechos humanos e impedir que el orden democrático naufrague en la vorágine de las luchas internas.

El derecho a la planificación familiar.- Este es otro de los nuevos derechos humanos; es el derecho de los padres a decidir libre, informada y responsablemente el número y espaciado de los hijos que desean tener. Los dogmas religiosos no tienen derecho a impedir esta legítima aspiración de la humanidad, por el explosivo crecimiento demográfico del planeta. Con mucha razón el entonces secretario de las Naciones Unidas, Butros Butros, expreso en su discurso inaugural de la III Conferencia Mundial sobre Población que “no es posible aceptar que una creencia o concepción filosófica pueda oponerse al progreso de la humanidad”.

Este derecho incluye políticas sobre planificación familiar, control de la fecundidad, educación de la mujer, prevención de enfermedades de transmisión sexual, salud pública, migración y distribución espacial de la población. Los derechos a la paz, al medio ambiente sano, al desarrollo sostenible y a la planificación familiar pueden ser considerados como derechos de las futuras generaciones, cuya contrapartida es el deber de las presentes de legarles un mundo sin conflictos armados, sin contaminación, ni sobrepoblación, sin agotamiento de los recursos naturales. Estos son derechos imprescindibles e inalienables de las futuras generaciones.<sup>5</sup>

#### **1.4. Fundamentos y Universalidad de Los Derechos Humanos**

La Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en el Palacio Chaillot de París, después de debates prolongados y en los que intervinieron representantes de todas las naciones, el 10 de diciembre de 1948, por 48 votos, 8 abstenciones y ningún voto en contra, adoptó lo siguiente:

---

<sup>5</sup> Dr. Borja Cevallos, Rodrigo, *Enciclopedia Política* tomo 1, pág.367,368,369

# DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

## Preámbulo

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

## La Asamblea General

Proclama la presente declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 1.-Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2.- (1). Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

(2.) Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4.- Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 5.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6.- Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 9.- Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11.- (1.) Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

(2.) Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.



Artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 13.- (1.) Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

(2.) Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Artículo 14.- (1.) En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

(2.) Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 15.- (1.) Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

(2.) A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Artículo 16(1.) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

(2.) Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

(3.) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 17.- (1.) Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

(2.) Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Artículo 18.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 20.- (1.) Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

(2.) Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Artículo 21.- (1.) Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

(2.) Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

(3.) La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Artículo 22.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23.- (1.) Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

(2.) Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

(3.) Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

(4.) Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24.- Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 25.- (1.) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

(2.) La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 26.- (1.) Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

(2.) La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

(3.) Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Artículo 27.- (1.) Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

(2.) Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Artículo 28.- Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Artículo 29.- (1.) Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

(2.) En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

(3.) Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 30.- Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para

emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.<sup>6</sup>

### **1.5. Los Derechos Humanos como Principios Generales del Derecho y su Objeto.**

Sobre los Tratados Internacionales trata la nueva Constitución Política en los artículos 417 al 422, considerando que la concentración de Tratados Internacionales constituyen una de las más antiguas y características manifestaciones de la Independencia y soberanía de los Estados, única manera para su efectividad, con la sujeción a las reglas prescritas en dichos Artículos, pero en todo caso el artículo 417 en su parte pertinente señala “en el caso de los Tratados e Instrumentos Internacionales sobre 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”, obviamente la nueva Constitución Política señala un limitante a los tratados Internacionales en el sentido que el Estado Ecuatoriano no podrá celebrar tratados o Instrumentos Internacionales que cedan jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional de controversias contractuales, de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas, así lo señala el artículo 422<sup>7</sup>

#### **Objeto.-**

Los Derechos Humanos tal como los concebimos actualmente y como aspiramos a que imperen, están conformados por un conjunto de principios, declaraciones y mecanismos de vigencia y aplicación, cuyo objetivo es ampliar constantemente y de manera progresiva la esfera de la libertad individual y social de la responsabilidad compartida por el desarrollo, de la solidaridad y equidad sin restricciones ni discrimenes, y del bienestar común, en un marco de paz, cooperación y aplicación de la democracia.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> *Enciclopedia jurídica Omeba*, tomo VIII editorial argentina Página 342, 343,344

<sup>7</sup> Constitución Política del Ecuador, Publicada en el R. O. nro. 448 del 20 de Octubre del 2008.

<sup>8</sup> García Falconí, **José**, *la corte constitucional y la acción extraordinaria de protección en la nueva Constitución Política del Ecuador*. Primera Edición Noviembre 2008, **pág-113**

## **1.6. Sujetos y Limitaciones de los Derechos Humanos.**

El sujeto de los Derechos Humanos puede definirse como la persona o grupos de personas a las que va referida la titularidad, ejercicio y garantías de los Derechos Humanos.

Atendiendo a la doble posición -activa y pasiva, que pueden adoptar los sujetos de derecho en relación a los Derechos Humanos se puede hablar de un sujeto activo y un sujeto pasivo de los de los Derechos Humanos:

Sujeto activo de los Derechos Humanos.-Es el titular del derecho respecto del cual se reclama la defensa y garantía. Es el titular del poder. Sujeto pasivo.- Es a quien se reclama el reconocimiento y garantía del concreto derecho humano de que se trate. Es el titular del deber jurídico correlativo al correspondiente derecho. Es el sujeto obligado a respetar el derecho en cuestión.

El respeto de los Derechos Humanos es ante todo responsabilidad de los Estados. La tarea de proteger los Derechos Humanos representa para el Estado la exigencia de proveer y mantener las condiciones necesarias para que, dentro de una situación de justicia, paz y libertad, las personas puedan gozar realmente de todos sus derechos.

El texto resume los artículos 18 y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.<sup>9</sup>

Las limitaciones son aquellas restricciones establecidas por los poderes públicos para el ejercicio de los Derechos Humanos que en ningún caso deben suponer rebasar la especificación del contenido de los mismos en función de sus límites estructurales.

La doctrina del abuso del derecho como limitación de los Derechos Humanos es especialmente relevante. Como consecuencia del carácter expansivo de los Derechos Humanos, que determina, a su vez, la afirmación del principio "favor libertatis", toda limitación o interpretación de un límite de los Derechos Humanos debe ser realizada restrictivamente, dando el mayor grado de ejercicio posible al derecho humano de que se trate.

---

<sup>9</sup> /[www.cubaencuentro.com/es/derechos-humanos](http://www.cubaencuentro.com/es/derechos-humanos), Marzo 16 del 2009

## **El abuso de derecho como limitación en el ejercicio de los derechos humanos**

El abuso de derecho significa que ni los poderes del Estado ni los particulares pueden, justificándose en el ejercicio de un derecho fundamental, limitar o atacar a otro derecho fundamental o bien para desviarse de los límites intrínsecos en el ejercicio del derecho de que se trate. El ejercicio de un derecho no debe exceder el uso normal del mismo, de modo que resulte antisocial o excesivo, resultando de ese ejercicio, daños para terceras personas.

### **Limitaciones, excepcionales**

En determinadas situaciones excepcionales, en que está en peligro la supervivencia del Estado, se prevé por parte de las legislaciones medidas de suspensión temporal de los Derechos Humanos.

En unos casos esas restricciones suponen una reformulación del contenido del derecho de que se trate, como el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad personal frente a las detenciones gubernativas.

En otros casos no hay una transformación del contenido, sino la pérdida de una garantía, como es el caso del derecho al secreto de las comunicaciones.

### **Características de las limitaciones excepcionales**

- Sólo pueden ser tomadas cuando circunstancias extraordinarias hacen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes.
- Las causas que pueden justificar la suspensión de los derechos deben estar aprobadas por ley votada por el poder legislativo, y, en cualquier caso, basadas en la Constitución.
- Las causas de la suspensión deben ser claras y concretas, sin posibilidad de interpretación equívoca.
- Solamente pueden ser causas de suspensión las reputadas como muy graves.
- La limitación de los Derechos Humanos debe ser lo más reducida posible en el tiempo y en el espacio, y sin posibilidad de prórroga.
- Las restricciones en el ejercicio de los derechos lo son frente a los poderes públicos y no frente a los particulares, como -por ejemplo- en el derecho a la intimidad frente al allanamiento de morada.

- Se mantiene del principio de legalidad, y por tanto, se mantiene también de la prohibición de la arbitrariedad por parte de los poderes del Estado.
- Existe la posibilidad de exigir responsabilidades por abuso de poder durante el tiempo de duración de las limitaciones excepcionales de los derechos fundamentales.
- Las restricciones tienen un carácter excepcional, quedando limitadas a conseguir el restablecimiento de la normalidad constitucional.
- Las limitaciones excepcionales no interrumpen el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado.
- Se mantiene la tutela jurisdiccional de los derechos.
- Permanece la obligatoriedad de interpretación restrictiva, por parte de los tribunales y órganos de la administración de las medidas legales excepcionales limitativas de derechos.
- Algunos derechos no pueden estar comprendidos en la suspensión temporal de los derechos, como sucede con el derecho a la vida o a la integridad física.
- 

### **Formas de restricción temporal excepcional de los derechos humanos**

- El estado de alarma, que hace referencia a la existencia de situaciones excepcionales de catástrofes, crisis sanitarias, etc.
- El estado de excepción que supone la respuesta institucional a las alteraciones graves de orden público. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente: los efectos del mismo, el ámbito territorial al que se extiende, y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con idénticos requisitos que el estado de alarma.
- El estado de sitio, que representa la defensa constitucional ante los actos de fuerza que, procedentes del exterior o del interior del país, amenacen la integridad o independencia de la nación o su orden constitucional.

Inclusive, aún en los estados de conmoción interior o de estado de sitio hay derechos y garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos que en ningún momento pueden ser limitados. Como por ejemplo el derecho al reconocimiento de personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y de retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad o los derechos políticos.

## **Las limitaciones de los derechos humanos para determinados grupos de personas**

Existe el reconocimiento en las normas internacionales y en las ordenamientos jurídicos internos, entre ellos el español, de la posibilidad de establecer restricciones por parte de la legislación de los Estados, en situaciones normales, al ejercicio de los derechos de reunión, sindicación, asociación y huelga para los funcionarios en general y en especial para los miembros del cuerpo de policía y para los miembros de las fuerzas armadas: En relación a los derechos de reunión, asociación, y sindicación, el artículo 11,2 de la Convención de Roma del 50, afirma: El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

En relación a los derechos de asociación y de sindicación el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, artículo 22, 2, establece: ... Más severo es el artículo 16,3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues prevé no sólo la posibilidad de establecer restricciones al ejercicio del derecho de asociación por parte de los militares y miembros del cuerpo de policía, sino incluso la posibilidad de privación del ejercicio del derecho de asociación.

En relación al ejercicio de derechos económicos también se prevén restricciones: así, el artículo 8,2 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, reconoce la posibilidad de establecer restricciones para los derechos de sindicación y huelga por parte de los militares, cuerpo de policía y funcionarios en general.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> /[www.cubaencuentro.com/es/derechos-humanos/](http://www.cubaencuentro.com/es/derechos-humanos/) 16 de Marzo del 2009



## **CAPITULO II**

### **ORGANISMOS DE PROTECCION Y TUTELA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

#### **2.1. LOS TRATADOS DE LOS DERECHOS HUMANOS**

La Constitución Política señala que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos son iguales a las normas constitucionales y por lo tanto lo convierte en fuente de derecho interno. Como ya lo he analizado anteriormente al respecto de los Derechos Humanos es una apuesta para los más débiles y por las minorías frente a las mayorías.

En el mundo de hoy los pueblos reclaman con gran importancia la total vigencia de sus derechos; no se refieren únicamente a la preservación física o emocional de las personas, sino a todo su entorno natural y a los procesos de desarrollo social y de las relaciones interpersonales que tienen que ver con el mejoramiento de la calidad de vida, del desarrollo de las potencialidades humanas y del respeto a la naturaleza. Es así que los derechos fundamentales por su naturaleza no requieren de un desarrollo legal para poder ser reconocidos y aplicados; así cualquier persona se encuentra legitimada para invocarlos y exigir que les sean respetados por los particulares o protegidos por las autoridades.

El conjunto de instrumentos y codificaciones sobre derechos humanos de carácter internacional es muy amplio y complejo.

Como instrumentos de protección de los derechos humanos constan los tratados, convenciones, pactos, declaraciones, normas mínimas, etc. Estableciéndose categorías de instrumentos de acuerdo al alcance geográfico (universal, internacional o regional), a nivel de obligatoriedad y a la cobertura en términos de derecho, a su carácter global o específico.

Se define tres categorías de instrumentos:

- a) Aquellos que corresponden a las declaraciones más generales;
- b) Los tratados de orden general, y;
- c) Las declaraciones y tratados referentes a derechos específicos y/o regionales.

Los instrumentos de referencia universal y regional para las Américas son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos Humanos, suscritas en 1948. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos

Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

De esta matriz nacieron declaraciones sobre los derechos del niño, independencia de las colonias, de los pueblos, discriminación racial, cooperación cultural, mujer, ciencia, etc. Además a nivel particular se cuenta con normas sobre genocidio, crímenes de guerra, tortura, esclavitud, discriminación por raza y sexo, educación, ocupación, información, seguridad social, extranjeros, refugiado, trabajadores, mujeres, niños, combatientes, etc.<sup>11</sup>

Los mismos documentos consensuados sugieren que la dignidad humana es el fundamento de los derechos. Así, en el preámbulo de la Declaración se dice: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. La dignidad humana sería el valor en el cual se fundaría el valor básico. Y la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y la paz serían valores confóndantes, coadyuvantes. La Constitución española los recoge en su artículo 1 y se refiere a ellos con el calificativo de valores superiores.

### **Caracteres de los Derechos Humanos en la Normatividad Internacional.**

1. La concepción de Derechos Humanos cubre no solamente a aquellos específicamente difundidos en la Constitución, sino también en pactos, convenios y Tratados Internacionales sobre la materia;
2. Hay un conjunto de valores consecuenciales que la comunidad internacional y los estados han transformado en bienes jurídicos, objeto por tanto de protección jurisdiccional y que no están generalmente consagrados como derechos específicos;
3. La vigencia de los Derechos Humanos, lleva implícito un deber: el ser humano amparado por un cuadro de derechos y libertades, debe usarlos para su propio desarrollo personal y para el progreso social, y,
4. El ejercicio de algunos derechos pueden verse restringidos o suspendidos por exigencias reales de la sociedad civil.

---

<sup>11</sup> García Falconi, José. *La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la nueva Constitución Política del Ecuador*, Primera edición Rodin nov. 2008. Quito Ecuador, 2008, p 102, 104, 121, 122

## **Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos<sup>12</sup>.**

En el Derecho Internacional moderno se han dictado normas referentes al hombre, pero esto no significa que los derechos del hombre sean refutados por el derecho internacional de modo directo, que hayan dejado de ser asunto interno de cada Estado, pues hoy tenemos tratados y convenios internacionales que establecen los compromisos mutuos de los Estados de conceder a sus ciudadanos derechos y libertades determinadas; y son compromisos que emanan del principio de respetar los Derechos Humanos, formulados en la Carta de las Naciones Unidas y que recomienda a los Estados garantizar a los individuos que viven en su territorio o bajo su jurisdicción, los derechos humanos y sus libertades constitucionales a todos sin discriminación alguna.

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y otros convenios Internacionales, sobre el particular, obligan a los Estados a fijar un sistema de medidas internas para cumplir los compromisos adquiridos; más aun con la nueva Constitución Política se reconoce a los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos la misma jerarquía que las normas constitucionales, y la parte pertinente del art 424 que señala “La Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público y en el art. 425 señala “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: la Constitución; los Tratados y Convenios Internacionales; Las leyes Orgánicas; Las Leyes Ordinarias; Las Normas Regionales y las Ordenanzas Distritales; los Decretos y Reglamentos; Las Ordenanzas; Los Acuerdos y las Resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

El tratadista Humberto Nogueira Alcalá señala”..Los tratados que aseguran y garantizan derechos esenciales de la persona humana tiene un interés superior a las partes que es la dignidad de la persona y los derechos humanos, frente a lo cual los Estados se subordinan y están obligados a cumplir siempre las disposiciones del Tratado, aun cuando otro Estado los vulnere ya que todos ellos se someten a un bien jurídico y los supera y tiene carácter prioritario.

## **2.2. EL SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS. NECESIDAD Y SIGNIFICADO.**

Si el término Derechos Humanos, resulta polémico en muchos aspectos incluyendo su definición; sin embargo, el de Garantías parece más preciso, aunque en ocasiones suele utilizársele como sinónimo de derechos (Ejemplo; La Constitución Mexicana de 1917).

---

<sup>12</sup> García Falconi, José. *La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la nueva Constitución Política del Ecuador, Primera edición* Rodin nov. 2008. Quito Ecuador, 2008, p107,108.

Pero, aun así, el término garantía es uno de los más claros y precisos en el lenguaje jurídico y no adolece de los contornos vagos de imprecisión y generalidad de otros términos.

En fin, etimológicamente, garantía deriva de la idea fundamental de confianza que debe presidir todas las relaciones jurídicas, su finalidad no es otra que la de suministrar; **seguridad, protección o defensa.**

Como ha quedado planteado, derechos y garantías son dos categorías con su significado propio, pero ambas están íntimamente relacionadas, siendo las garantías la consecuencia de la importancia y lugar que se le ha atribuido en los ordenamientos jurídicos a los derechos.

En efecto, el mero reconocimiento constitucional de los derechos es un requisito jurídico político necesario, pero no suficiente para garantizar su efectiva aplicación. La consagración de la noción de Derechos Humanos, sólo se produce cuando el ordenamiento constitucional adquiere determinada cualidad, esto es, cuando la Constitución se convierte en norma suprema y por, consiguiente, cuando al consagrar determinados derechos, determina las consecuencias jurídicas correspondientes a los actos de cualquier índole que los puedan transgredir.<sup>13</sup>

De esta forma las garantías de los derechos humanos pasan a convertirse en el complemento imprescindible para hacer posible el tránsito que media desde el reconocimiento de los derechos hasta su real eficacia jurídica en las relaciones humanas.<sup>14</sup>

Es decir, que la efectividad de los derechos depende tanto de su reconocimiento constitucional como de la existencia de mecanismos adecuados, prácticos y disponibles para prevenir sus violaciones y reaccionar contra ellas, unido a la necesaria condicionalidad material para su pleno disfrute.

Varias han sido las definiciones que en torno a las garantías se ha emitido, algunas como la del profesor Fix-Zamudio<sup>15</sup> ofrece una visión restrictiva de las mismas, al reducirlas a los instrumentos adecuados para una pronta y eficaz tutela procesal de los derechos. Es decir, sólo abarcan los mecanismos de índole jurisdiccional.

---

<sup>13</sup> Asensi Sabater, J, OP, CIT,PP,101

<sup>14</sup> García Morillo, J. OP. CIT,PP23.

<sup>15</sup> Fix Zamudio, H. La protección Procesal de los Derechos Humanos,op.cit,pps. 51-52.

Por su parte en la nueva enciclopedia jurídica se ofrece un concepto más amplio que incluye las diferentes vías o mecanismos que integran el sistema de garantías al cual nos acogemos, en este sentido, se entiende por Garantías, el conjunto de medidas técnicas e instituciones que tutelan los valores recogidos en los derechos y libertades enunciadas por la Constitución, que son necesarios para la adecuada integración en la convivencia política de los individuos y grupos sociales.

En efecto los ordenamientos constitucionales además de reconocer los derechos, consagran un bloque garantista que incluye mecanismos de muy diversa índole y sobre los que la doctrina ha emitido múltiples clasificaciones. Ante tal complejidad propongo la siguiente clasificación a los efectos de lograr una visión integral de los distintos tipos de garantías, que permita luego el análisis particular y comparado de esas vías en los países escogidos y luego en Cuba.

En primer lugar situamos:

Las Garantías Constitucionales, que abren las posibilidades de demandar ante órganos de este género (tribunales) la preservación o el restablecimiento de los Derechos Humanos. Se les conoce con el nombre de instrumentos reactivos o garantías concretas, pues se ofrecen a los ciudadanos para que, en caso concreto que se repute una vulneración de un derecho, pueda acudir a ellas y obtener la debida protección. Kelsen afirmaba, que las Declaraciones de Derecho atribuyen al individuo un derecho en el sentido técnico de la palabra, solamente si aquél tiene la posibilidad de reclamar en juicio contra un acto inconstitucional del órgano, y especialmente su puede poner en movimiento un procedimiento que lleve a la anulación del acto inconstitucional.

Hoy día, para un amplio sector de la Doctrina Constitucional<sup>16</sup>, las garantías jurisdiccionales son los medios idóneos para la protección de los derechos humanos, al estar dotados de una serie de condiciones o cualidades que le permiten desempeñar con eficacia esta importante misión, pues en efecto, la sola posibilidad de acudir a un órgano imparcial e independiente, y dotado de la necesaria fuerza vinculante, integrado por un personal capacitado para aplicar los derechos de conformidad con su contenido constitucionalmente reconocido, puede permitir a quien ve vulnerado o amenazado algunos de sus derechos humanos, obtener su protección o reparación con la consiguiente restitución en el pleno goce de su derecho o prevenir su violación inminente.

Dentro de las garantías jurisdiccionales cabe destacar:

a) Garantías Jurisdiccionales Generales u Ordinarias, que Fix Zamudio denominó remedios procesales indirectos, refiriéndose a los procedimientos ordinarios, civil, penal, laboral y la justicia administrativa) a través de las cuales se protegen los derechos de carácter ordinario, pero que en forma refleja

---

<sup>16</sup> Cappelletti, M. La jurisdicción Constitucional de la Libertad, México, 1961, pp. 17 y ss.

pueden utilizarse para la tutela de los Derechos Humanos. Esta vía tiene gran trascendencia sobre todo cuando no existen instrumentos específicos de tutela de los derechos humanos; incluso en muchos países donde existen instrumentos específicos y directos de protección, se exige el agotamiento de la vía judicial ordinaria para poder acudir a estos. Es decir, que el primer mecanismo de protección de los derechos humanos, es la protección judicial ordinaria, son los órganos judiciales los que reúnen las condiciones precisas para ejercer esa alta responsabilidad, es a ellos a quienes está constitucionalmente atribuida la función jurisdiccional, esto es, la de decir el derecho que corresponde a cada uno, la misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, son ellas quienes han de tutelar los derechos e intereses legítimos entre los cuales se encuentran los derechos humanos y son en definitiva sus sentencias y resoluciones de obligatorio cumplimiento. Por ello los órganos judiciales se convierten en la base, en el escalón principal del sistema de garantías de los derechos humanos.

b) Garantías Jurisdiccionales, Específicas: Son remedios procesales creados exclusivamente para el muy específico fin de proteger los derechos humanos, son por tanto, procesos de cognición limitada. Se distinguen por brindar de forma directa, rápida y eficaz tutela a los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento constitucional, es decir, el modo de proceder debe caracterizarse por la inmediatez, por la máxima urgencia y abreviación en la tramitación y solución, compatibles con un conocimiento adecuado del problema a dilucidar, siendo los efectos del fallo protector esencialmente reparador, es decir, no sólo requiere de la sanción sino que dispone la restitución al afectado en el goce de sus derechos.

Al decir de Cappelletti las garantías jurisdiccionales específicas forman parte de la llamada Jurisdicción Constitucional de la Libertad, la necesidad de su establecimiento se ampara en la fundamentación doctrinal acerca de los inconvenientes que la vía jurisdiccional general u ordinaria ofrece, pues si bien, es cierto que constituye la garantía de “primer orden” a las “garantías del día a día” de los derechos humanos, no es menos cierto también, que los procedimientos que en esa vía se ventilan suelen ser dilatados y complejos, lo que resulta perjudicial a la protección de los derechos humanos, que en todo caso debe caracterizarse por la rapidez, brevedad y eficacia, dada la naturaleza del bien jurídico tutelado, por tanto, el retraso en la protección del derecho, puede convertirla en inútil, pues con frecuencia desaparece la situación que demandaba tal protección, o se llega a tal estado de cosas que la preservación del derecho o el restablecimiento del mismo resulta del todo imposible, de ahí que el elemento temporal integra el logro de la garantía.

Estas garantías jurisdiccionales específicas pueden ser:

**Ordinarias**, cuando se trata de un procedimiento específico para la defensa de los derechos humanos ante los propios órganos judiciales ordinarios Ejemplo: el Habeas Corpus.

**Extraordinarias**, cuando se trata de un procedimiento específico para la defensa de los derechos humanos ante órganos jurisdiccionales especiales o

especializados, como es el caso de los recursos o procedimientos establecidos en algunos países ante los Tribunales Constitucionales.

Un segundo escalón dentro de la diversidad de mecanismos de protección de los derechos humanos lo constituyen:

**Las Garantías Constitucionales.** No pueden considerarse como instrumentos procesales en sentido estricto, pues se trata de órganos o instituciones que se han establecido con la función esencial de tutelar o fiscalizar los derechos humanos. En este caso se encuentra el Ombudsman de origen escandinavo que ha sido asimilado por varios ordenamientos contemporáneos donde ha recibido distintas denominaciones y tratamiento (sobre este particular nos referimos en el punto siguiente). Sus orígenes se remontan al siglo XVI y al Preboste de la Corona, tanto en Suecia como en Finlandia, temprana fecha en la que aún no se hablaba de Derechos Humanos. Aunque ha ido evolucionando, la misión fundamental de esta institución ha sido la de supervisar la actividad de los funcionarios públicos para defender a los particulares contra el proceder ilegal de la administración pública.

A pesar de la notable expansión que esta institución ha tenido hacia distintas latitudes del mundo, y de las diferentes versiones que del modelo original se han creado, los rasgos esenciales que la caracterizan perduran en mayor o menor grado; en sentido general se puede afirmar que:

- El Ombudsman es un funcionario independiente que no debe estar influido por los partidos políticos.
- Representante de la legislatura (hay casos excepcionales donde depende del Ejecutivo), que vigila a la administración.
- Se ocupa de las quejas de la población.
- Tiene la facultad de investigar, criticar y dar a la publicidad las violaciones de la administración.
- No tiene poder de revocación, por lo que sus decisiones adoptan la forma de recomendaciones y carecen de fuerza vinculante y, por tanto, de efectos reparadores.

También se sitúa dentro de estas garantías al **Ministerio Fiscal**, que tiene atribuida la función de ejercitar la acción penal en representación del Estado; es un órgano de control y fiscalización de la legalidad y en tal sentido puede, promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos. Es evidente que esta intuición carece de naturaleza procesal y aunque posee sus propias peculiaridades que la distinguen del **Ombudsman**, en materia de protección de los derechos humanos tiene funciones similares en cuanto a la recepción, atención, tramitación, investigación y solución de las quejas planteadas por la población, así como que sus decisiones adoptan la forma de proposiciones, recomendaciones, o sugerencias.

El tercer grupo de mecanismos protectores de los derechos humanos lo conforman las llamadas:

**-Garantías Normativas o Abstractas**, cuyo objeto es evitar que la actividad de los órganos estatales fundamentalmente el legislativo y el ejecutivo pueda implicar un desconocimiento o vulneración de los derechos humanos.

Se trata de previsiones o requisitos de carácter general establecidos en la propia Constitución dirigida a limitar la actuación de los órganos estatales, para evitar que normas de inferior categoría a la Constitución, emanada de algunos de estos órganos puedan desarrollar los derechos desfigurando el contenido esencial y despojándoles de la eficacia que le ha asignado la Constitución. En tal sentido dichas garantías no están vinculadas con violaciones concretas de los derechos humanos de ahí su denominación. Dentro de este mecanismo garantista, la doctrina constitucional (principalmente española y alemana) sitúan en primer lugar:

**a)** El carácter directamente aplicable de los derechos fundamentales dada la naturaleza jurídica especial de los preceptos constitucionales reguladores de tales derechos, lo cual deriva del hecho de que la Constitución es norma jurídica y como tal es directamente aplicable. Por tanto, la directa aplicabilidad de los preceptos constitucionales reguladores de los derechos humanos significa que no se requiere de un desarrollo legislativo posterior aún y cuando la Constitución así lo disponga para que estos se apliquen y tengan eficacia.

**b)** La reserva de Ley, Es otra de las garantías normativas o abstractas de los derechos humanos. Sucede que muchas veces la Constitución reconoce los derechos, pero deja para un ulterior desarrollo legislativo la regulación del ejercicio de los mismos haciendo uso de la **interpositio legislatoris**, exigiendo, además, que tal, regulación sólo puede hacerlo el órgano legislativo y forzosamente mediante el acto normativo conocido como Ley en sentido estricto, dotado así de supe legalidad a una materia de especial importancia como la de los derechos humanos resguardándola de eventuales modificaciones. Ahora bien la reserva de Ley no implica que otros actos normativos no puedan incidir en la regulación de los derechos, sino que se desarrollen solo por Ley los elementos básicos que configuran el ejercicio del derecho, es decir, que las formas y condiciones del ejercicio del derecho y los límites de estos se establezcan mediante Ley.

**c)** El Contenido Esencial: Es conocida esta garantía con el nombre de “Límite de los Límites”, pues en efecto impone límites a la actividad de legislador al obligarlo a respetar el contenido esencial de los derechos, es decir el núcleo mínimo que caracteriza al derecho, aquellas características que fija la Constitución y que indican que se trata de tal derecho y no de otro, los rasgos que permiten reconocer al derecho.

Esto significa que el legislador al regular el desarrollo del derecho mediante Ley no puede hacerlo de forma absoluta, sino que está obligado a respetar su contenido esencial, lo que implica que el desarrollo legislativo de los derechos



no puede hacerse en forma tal que desfigure y difumine los límites del derecho hasta hacer éste irreconocible.

d)La Rigidez Constitucional: Finalmente dentro de las garantías abstractas hay autores que sitúan un mecanismo que si bien la doctrina ha calificado como garantía protectora del texto constitucional, sirve de forma indirecta para la tutela de los derechos humanos consagrados en la Constitución, se trata, de la Reforma Constitucional, especialmente la rigidez de las normas constitucionales y las modalidades de procedimientos agravados de los propios textos constitucionales exigen para ser reformados y muchos más cuando derechos y libertades ciudadanas se trata.

Garantías Indirectas: Son mecanismos que no están diseñados directamente para la protección de los derechos, pero de manera indirecta sirven para ello, como ejemplo tenemos los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes y demás posiciones jurídicas. Basta señalar que la posibilidad de obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma que afecte el ejercicio de los derechos, es también una garantía de los derechos, en la medida en que proporciona una vía para que un órgano con las correspondientes facultades, verifique la concordancia de las normas jurídicas que inciden en el ejercicio de los derechos con los preceptos constitucionales y en caso de incongruencia pueda expulsarlas del ordenamiento jurídico.

No cabe duda que hoy en día existe una gran diversidad de mecanismos garantistas de los derechos humanos en el ámbito internacional y de los ordenamientos jurídicos contemporáneos regulan unos u otros en dependencia de varios factores, tales como la tradición jurídica, el nivel de desarrollo económico-social y político alcanzado, el grado de perfeccionamiento legislativo y del sistema institucional y judicial del país entre otros.

Lo más importante no es crear todo un abanico de medios garantistas, sino que en la práctica estos sean eficaces y funcionen como un Sistema de Garantías de manera que en la concurrencia de todas las vías se logre un verdadero clima de cultura, respeto, realización y protección de los derechos humanos.

En tal sentido el sistema de garantías que proponemos debe cumplir con las siguientes exigencias:

-Estar integrado por los tres subsistemas que comprenda tanto la vía jurisdiccional, la vía no jurisdiccional y las garantías abstractas o normativas.

-Que los medios que integren las vías jurisdiccionales y no jurisdiccionales sean: adecuados, disponibles, sencillos, prácticos y eficaces, que permitan investigar seriamente los hechos cuando ello sea preciso para establecer la verdad, identificar los culpables, aplicarles las medidas pertinentes para asegurar el restablecimiento del derecho y la reparación de los daños causados.

-Que el funcionamiento del Sistema de Garantías sea armónico y multidimensional que presente un desarrollo equilibrado e integral de las

diferentes vías que lo integren, que todas interactúen y se complementen para que puedan cumplir la alta misión de protección de los derechos humanos.

### **2.3. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMPARADO.**

El Derecho Constitucional Comparado tiene como misión el estudio de las normas jurídico constitucionales positivas de varios Estados, preocupándose de destacar las singularidades y los contrastes entre ellos o entre grupos de ellos.<sup>17</sup>

Por tanto, el estudio comparativo a nivel constitucional constituye un instrumento formidable para el progreso jurídico, pues en primer lugar permite realizar generalizaciones sobre los aspectos analizados, por otra parte, cuando comparamos nuestro derecho con el de otros países podemos comprobar las virtudes y los defectos de nuestras normas también encontrar nueva información para perfeccionarlas.

He escogido para realizar un análisis de las garantías de los derechos humanos vigentes en los derechos constitucionales a dos países: España, porque las raíces de nuestro derecho es español y Colombia, porque su constitución es una de las más modernas aprobada en 1991.

La constitución Monárquica Española de 1978 establece como primer mecanismo de protección, la tutela judicial de cualquier derecho o interés legítimo ante los jueces y tribunales ordinarios a través de los procedimientos previstos para cada caso por las leyes procesales ordinarias Art. 24.

El procedimiento preferente y sumario español, conocido como amparo judicial cuyas notas distintivas son la excepcionalidad, rapidez, simplicidad, alter natiuidad y compatibilidad con el procedimiento ordinario; ofrece una doble vía de protección ante la jurisdicción ordinaria, toda vez que las personas naturales y jurídicas pueden escoger entre la vía ordinaria común o el amparo judicial e incluso acudir a ambas vías de modo simultáneo, impugnando el mismo objeto por motivos diferentes. En el procedimiento ordinario puede alegar vulneración del derecho y cuestiones de legalidad, mientras que en el preferente sumario se debe basar únicamente en las lesiones o amenazas causadas a los derechos fundamentales por actos o actuaciones provenientes de los poderes públicos o de particulares, claro que aunque este procedimiento es de cognición limitada, de escogerse el mismo, el ciudadano además de contar con las ventajas procesales que le conceden el carácter preferente y sumario de dicho proceso, tendrá también la vía expedita para llegar al Amparo Constitucional.

Teniendo en cuenta que el procedimiento preferente y sumario, tiene como único objeto otorgar amparo judicial frente a las violaciones de derechos

---

<sup>17</sup> García Pelayo, M. a manual de Derecho Constitucional Comparado, Madrid, 1959, pp.20.

fundamentales y no frente a cualesquiera otras lesiones de derechos o intereses por graves que fueran, es evidente, que la sentencia no podría pronunciarse sino sobre la existencia o no de la violación de tales derechos y el fallo deberá limitarse a lo necesario para preservar o restablecer el derecho violado.

En la Constitución Política de Colombia de 1991 en el artículo 86 y en el artículo 6 del Decreto Nro. 2591 que reglamenta la Acción de Tutela, disponen que esta acción sólo proceda cuando no existan otros recursos o medios de defensa judicial.

La acción de Tutela Colombiana al igual que el mecanismo español, brinda protección sólo a los derechos fundamentales frente a las vulneraciones causadas por actos o actuaciones de los poderes públicos y contra acciones u omisiones de particulares, es también un procedimiento excepcional, extraordinario, caracterizado por la sumaria, preferencia, rapidez y simplicidad de los trámites (8 días entre la solicitud de tutela y su solución) pero a diferencia del procedimiento preferente y sumario español, la tutela colombiana no tiene naturaleza alternativa sino subsidiaria o residual, pues deben ser agotados todos los medios y recursos existentes en la vía judicial ordinaria, para que pueda ejercitarse la acción de tutela. Al ser también un proceso de cognición limitada, la sentencia, por ende se concretará únicamente a la existencia o no de la violación o amenaza del derecho fundamental invocado y el fallo tendrá efectos particulares sobre el reconocimiento y la restitución al agraviado en el pleno goce de su derecho, existiendo la posibilidad de impugnar dicho fallo ante el juez competente Art. 86 de la Constitución Colombiana.

Otra modalidad de garantía jurisdiccional específica para la tutela de los derechos humanos, prevista en los ordenamientos constitucionales de España y Colombia, es el procedimiento de Habeas Corpus para la defensa no de una pluralidad de derechos como en el caso de los anteriores mecanismos, sino para la tutela de un derecho concreto, el de la libertad personal dada su condición de derecho clave e impulsor para el disfrute de los restantes derechos. Este procedimiento se caracteriza por su rapidez, brevedad, abreviación de trámites como por ejemplo en España la tramitación es de 24 horas y en Colombia la tramitación es de 36 horas, procede contra las privaciones de la libertad ilegales dispuesta por autoridades gubernativas, excepto en España donde también protege frente a los atentados que contra el derecho de libertad pudieran cometer los particulares.

Las garantías jurisdiccionales extraordinarias a diferencia de las garantías ordinarias, no han recibido una recepción unánime, sólo aparecen en las Constituciones más recientes, la Española de 1978 y la de Colombia de 1991, que han adoptado el modelo de jurisdicción constitucional concentrado a cargo de tribunales especializados.

En España esta garantía se concreta en el Recurso de Amparo Constitucional ante el Tribunal Constitucional previsto en el artículo 53.2 de la Constitución, caracterizado por su naturaleza subsidiaria pues se trata de un medio

supletorio y extraordinario de la normal y primaria tutela de los derechos fundamentales que constitucionalmente se encomienda a los órganos judiciales ordinarios; es decir se debe agotar la vía jurisdiccional ordinaria para luego acudir al Amparo Constitucional.

En Colombia establece como garantía jurisdiccional extraordinaria, la Revisión eventual de las sentencias dictadas en Acción de Tutela ante la Corte Constitucional, como su nombre lo indica, tal procedimiento tiene naturaleza revisora, pues la propia Corte de oficio selecciona según su criterio las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas, también procede a instancia de cualquier magistrado de la Corte o del Defensor del Pueblo, cuando consideren que la revisión de algún fallo de tutela excluido puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Las sentencias recaídas en revisión surten efectos sólo para el caso concreto.

En los ordenamientos de España y Colombia existen, además, ante la jurisdicción constitucional especial o extraordinaria (Tribunal o Corte Constitucional) otros procedimientos que aunque no están destinados directamente para la tutela de los derechos humanos, de manera indirecta sirven a tales fines, estas vías son, en el caso español 1- El recurso de inconstitucionalidad. La Cuestión de Inconstitucionalidad y la Declaración sobre la Constitucionalidad de los Tratados Internacionales y en el caso de Colombia la Acción Pública de Inconstitucionalidad que brinda la posibilidad al ciudadano de presentar directamente ante la Corte Constitucional demandas de inconstitucionalidad contra leyes que afecten los derechos fundamentales, a diferencia de los mencionados mecanismos españoles que no dan acceso directo al ciudadano. Dentro de las garantías abstractas o normativas es la rigidez constitucional la que aparece como una constante en todos los textos comparados. Así en la Constitución española establece en el Art 168 un procedimiento de reforma agravada para los derechos fundamentales. Colombia exige un procedimiento agravado con referéndum popular en el Art. 377 de su Constitución.

El resto de garantías abstractas o normativas no parecen de manera constante en todos los ordenamientos constitucionales, por ejemplo, la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales es acogida en los Arts. 9.1 de la Constitución Española y en el 85 de la Colombia, reafirmandose la idea de que los derechos fundamentales gozan de un régimen de protección reforzado y privilegiado con respecto a los otros derechos, cuya eficacia queda acondicionada al desarrollo legislativo posterior y a la condicionalidad material que para su disfrute cree el Estado.

La reserva de Ley exige en España que la regulación del ejercicio de los derechos se realice por ley, reforzando dicha garantía en el caso de los derechos fundamentales cuya regulación debe ser no sólo por ley sino por ley orgánica que requiere de una mayoría cualificada para su aprobación.

El texto constitucional de Colombia regula también de modo expreso tal garantía, cuando dispone que mediante leyes estatutarias, que exigen para su aprobación la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, dentro de una

sola legislatura, se regularan los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección.

Pero a la garantía de la reserva de ley se le añade una garantía “límite” en el texto constitucional español, se trata del contenido esencial previsto en el artículo 53.2 que impone la obligación al legislador de respetar el contenido esencial del derecho fundamental previsto en la Constitución cuando regule mediante ley su ejercicio. En los restantes textos constitucionales no se hace referencia expresa de tal garantía, no obstante en Colombia, el Decreto Nro. 2591 que reglamenta la acción de tutela en los casos de estado de Excepción se podrá ejercer por lo menos para defender el contenido esencial de los derechos.

Generalidades del análisis comparativo.

1. Las garantías son la consecuencia de la importancia y lugar que se le ha atribuido en los ordenamientos jurídicos a los derechos, bien sean considerados humanos o fundamentales.
2. Los tribunales ordinarios se constituyen en los garantes de primer orden de los derechos humanos.
3. El establecimiento de mecanismos o procedimientos específicos en sede judicial ordinaria para la tutela de los derechos, caracterizados por la sumariaidad, preferencia, rapidez y simplicidad de los trámites.
4. Es significativo el amplio espectro de sujetos legitimados para instar el mecanismo protector y la posibilidad que en todos los casos tiene el ciudadano de acudir por sí o a través de representantes a estas vías en defensa de sus derechos constitucionales reconocidos.
5. Los diferentes tipos de garantías previstas en los ordenamientos constitucionales estudiados permiten defender y proteger los derechos humanos de las lesiones o amenazas causadas por actos o actuaciones de los órganos del Estado.
6. A través de los medios garantistas estudiados pueden combatirse tanto los actos como las actuaciones provenientes principalmente de los Órganos del Estado.
7. Los efectos de las sentencias o fallos comprenden la prevención, el reconocimiento y la restitución o restablecimiento del derecho. En todos los casos existe la posibilidad de impugnación.
8. EL Habeas Corpus como guardián del derecho de libertad personal es regulado por todos los textos constitucionales seleccionados.
9. Las garantías jurisdiccionales extraordinarias no han recibido una recepción unánime en los textos constitucionales comparados.

10. La institución del Ombudsman como garantía no jurisdiccional ha sido asimilada por todos los ordenamientos constitucionales seleccionados, desempeñando un papel de garantía de segundo orden.

11. En todos los casos, las decisiones de este órgano carecen de fuerza vinculante.

12. La rigidez constitucional como garantía abstracta o normativa es acogida en los textos constitucionales.

13. Se observa que los distintos tipos de garantías analizadas no brindan igual tutela o protección a todos los derechos, existiendo la tendencia de reforzar la protección de los llamados derechos fundamentales.

#### **2.4. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO COMO UN DERECHO HUMANO O FUNDAMENTAL**

Para hablar de los derechos y garantías del acusado en el proceso penal hay que tomar como punto de partida precisamente uno de los derechos fundamentales: El derecho al debido proceso o la tutela judicial efectiva.

Este derecho hunde sus razones en el derecho anglosajón, en la obligación de respetar el “due process of law”. Fue recogido en la Enmienda VI Y XIV de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica en 1787.

En el ámbito internacional queda reconocido en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Del contenido de dichos documentos y de la labor interpretativa de los tribunales podríamos acercarnos a los perfiles configuradores del derecho al debido proceso o a la tutela jurídica efectiva como también se le conoce; como el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema Judicial y a obtener del mismo una resolución fundada en Derecho y por tanto motivada que puede ser de inadmisión, cuando concurre una causa legalmente prevista y a esto se añade, el derecho a no sufrir indefensión; esto es a poder ejercer en el proceso, en apoyo de la propia posición todas las facultades reconocidas en la ley<sup>18</sup>. En fin es el derecho de toda persona a recurrir al juez, mediante un proceso en el que se respeten todas las garantías, con el fin de obtener una resolución motivada, que sea conforme a Derecho.

Cuando se trata de desentrañar el fundamento de la regulación constitucional y reconocimiento del derecho al debido proceso nos lleva de la mano a la necesidad de transformar la práctica judicial, de manera que el proceso se caracterice por una tendencia anti formalista, que no significa que el tribunal

---

<sup>18</sup> García Morillo El ordenamiento Constitucional, derechos y deberes de los ciudadanos en Derecho Constitucional, Vol. 1, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1994, pp.316.

deje de cumplir los requisitos procesales, sino tomar las normas procesales y las formas de proceso como instrumentos y no como objetivos; esto es que dichas normas están al servicio de la tutela judicial efectiva y no al revés.

El derecho debe enfocarse contra los llamados formalismos enervantes de los ordenamientos procesales y la interpretación o aplicación formalista de la legalidad vigente. ¿Cómo hacerlo y Cómo luchar contra esos formalismos?.

1. La búsqueda constante de la interpretación de las normas que más favorable resulte a la efectividad del derecho fundamental.
2. La exigencia de la proporcionalidad, en el sentido sobre todo, que en caso de incumplimiento de omisión de un requisito procesal, el efecto provocado sea proporcional a la causa. El necesario equilibrio entre la exigencia de cumplir los requisitos procesales con la proporcionalidad de la consecuencia.
3. Eliminar de las resoluciones judiciales todo atisbo de arbitrariedad. Lo que implica que las mismas sean debidamente motivadas, razonadas y ajustadas a Derecho y precedidas en caso de sentencias penales condenatorias de una actividad probatoria que sea susceptible de destruir la presunción de inocencia.

No existe consenso sobre la naturaleza jurídica de este derecho fundamental, al que algunos autores lo sitúan como un “derecho instrumental”<sup>19</sup>, para la defensa judicial de otros derechos, o sea, es presupuesto y garantía de los demás derechos constitucionales, o como derecho complejo de carácter autónomo e independiente, y con contenido propio<sup>20</sup>, la complejidad esta dad precisamente en que se configura como un conjunto global de los diferentes derechos que le asisten a las personas ante los órganos judiciales..

Por otro lado se ubica como un derecho de la primera generación de índole civil formando parte del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos; o como un auténtico derecho de prestación, que implica la existencia de una administración de justicia, dotada con medios materiales y personales suficientes, que permita realmente que la tutela sea eficaz.

Cuando se dimensiona el derecho al debido proceso, nos encontramos en esu contenido a su vez con cuatro derechos:

- El libre acceso a los jueces y tribunales.
- El derecho a no sufrir indefensión en el curso del proceso.

---

<sup>19</sup> Pérez Royo, J Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 1977, pp.311.

<sup>20</sup> De Esteban Jorge Curso de Derecho Constitucional Español, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1994, pp.80.

-El derecho al fallo.

-El derecho a la ejecución.

Es éste el contenido esencial del derecho, de donde podremos desprender, distinguiendo 3 fases fundamentales, los otros derechos presentes en ese conjunto global, que es el derecho al debido proceso, y que se puede graficar de la manera siguiente:

<b>Fase</b>	<b>Derecho</b>
Inicio del Proceso	Acceso a la tutela judicial
Curso del Proceso	No sufrir indefensión
	Obtener el fallo
	Ejecución del fallo
Finalización del proceso	Revisión de la Resolución.

De esta forma, en la fase de Inicio del Proceso que encontramos como derecho rector el acceso a la tutela judicial o al sistema judicial, 3 interrogantes nos conducen a su vez a desentrañar el contenido del mismo en este momento procesal.

-¿Ante que órgano?

-¿Quiénes pueden acceder?

-¿en qué procesos?

Lo primero que es menester precisar es, de qué órgano se puede reclamar tal tutela; la cual se podrá obtener si el interesado se dirige al órgano judicial competente, en correspondencia con los órdenes jurisdiccionales existentes, en dependencia de la organización jurisdiccional que se adopte; se trata del “derecho al juez natural” o al “juez legal”, que no es otra cosa que el juez ordinario predeterminado por la ley y la prohibición de los tribunales de excepción; esta predeterminación sólo puede realizarse por ley, o sea, es una designación de carácter general y no para un supuesto o caso concreto, lo que se resume en 3 razones: la judicialidad el carácter ordinario y la predeterminación legal, que ha llevado al Tribunal Constitucional Español a establecer “que el órgano judicial haya sido previamente creado por la norma jurídica, que ésta la haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la situación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarla de especial o excepcional.



En todos estos requerimientos subyace y a través de ellos se asegura la imparcialidad del juez, que constituye el interés directo protegido y cobra significado propio en cuanto permite su consecución.

Cuando se le da respuesta a la segunda de las interrogantes planteadas, se entra al análisis de la titularidad del derecho fundamental, y en este particular existe consenso en señalar a todas las personas nacionales, extranjeras e incluso las personas jurídicas, que tienen capacidad para hacer parte de un proceso.

El tercer elemento se refiere a todos los procesos en que se afecten los derechos e intereses legítimos; aquí un aparte especial merece la problemática relativa a la inadmisión, que para que satisfaga el derecho a la tutela judicial, debe reunir determinados requisitos, a saber:

-La causa de la inadmisión debe estar legalmente reconocida.

-La resolución de inadmisión debe ser motivada.

Pero incluso va más allá, debe alcanzar el legislador, en el sentido de que éste, no puede establecer arbitrariamente las causas de inadmisión; su regulación debe estar en correspondencia o proporción con la finalidad perseguida, que no puede ser otra que establecer un orden en el proceso.

Lo que considero más importante, la interpretación por parte de los jueces de las normas procesales incluyendo por su puesto las referidas a la inadmisión conforme a la Constitución y en especial en el sentido que más favorezca al derecho fundamental. Se hace un llamado constante a que las causas de inadmisión sean interpretadas restrictivamente, con una posición informalista, que elude formalismos enervantes que puedan ser subsanables, y que constituyen obstáculos para alcanzar la tutela, por motivos distintos de la falta de competencia del órgano y de la pretensión que se insta.

El legislador de la norma procesal y los jueces deben promover la defensa, que no es otra cosa que brindarle posibilidades a las partes, para defender sus propias posiciones en condiciones de igualdad. El derecho a no sufrir indefensión a su vez su desdoble en otros derechos.

-El derecho a la prueba.

-La asistencia letrada.

-El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

**El derecho a la prueba.-** Como un derecho derivado al debido proceso y en especial de la prohibición de indefensión se alza el derecho a utilizar los medios de prueba que se consideren pertinentes y en tal sentido la “pertenencia” debe ser entendida y apreciada, cuando guardan relación directa

con el objetivo del proceso, de modo que su determinación y fijación trasciende a la resolución de éste o para alcanzar cualquier otra finalidad procesal vinculada con el mismo; de manera que la denegación de la prueba no deje en estado de indefensión a la parte. Por otro lado, la decisión que deniegue la prueba solicitada ha de ser reiterada y razonable.

En cuanto al derecho a la asistencia letrada, nuevamente encontramos como hilo conductor, la posibilidad de las partes de hacer valer o defender sus posiciones y derecho, cuestión que es de difícil consecución si no se asegura la posibilidad de acceder a un asesoramiento especializado, garantizando a través de éste que el proceso transcurra de manera ordenada, correcta y transparente, y cobren vida los principios de igualdad de las partes y contradicción para evitar los desequilibrios entre las respectivas posiciones de las partes o limitaciones en la defensa, que puedan derivar de ellos la indefensión de una de las partes.

Según García Morillo, los elementos dentro del contenido del derecho a la asistencia letrada son:

-La relación de confianza que debe existir entre el abogado y el cliente, que cobra significado especial en el proceso penal.

-Libre elección del abogado.

Derivado del derecho anterior esta lo relativo a que el costo de los procesos no puede ser un obstáculo, o la llamada justicia gratuita, que está en contradicción con el hecho de que la asistencia letrada genere costes económicos, que no todos pueden subvenir, por lo que puede constituir un impedimento para el libre acceso a los jueces y tribunales, generando una discriminación económica que atenta contra el principio de igualdad.

De Esteban cuando plantea que las regulaciones constitucionales que estipulan la justicia gratuita parece ser mera utopía, pues difícilmente un Estado podría sufragar el costo de todos los litigios. La medida más realista consiste en que la prestación de la justicia gratuita este dirigida a los que carezcan de suficientes medios económicos, y en este sentido deben articularse en los ordenamientos normas relativos a hacer operativo y eficaz tales procedimientos.

Por supuesto que se debe partir de distinguir, si se trata de un acuerdo con un proceso penal o de otra situación, pues en el primer caso, todo acusado tiene derecho a designar letrado de su propia elección y si no lo hiciera el Estado está en la obligación de proveerle de un defensor de oficio.

**El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o también conocido como el derecho a un proceso que dure un plazo razonable.**

Lo primero a tener en cuenta es la condicionalidad material de este derecho derivado o secundario dentro del debido proceso, me refiero a la existencia de una administración de justicia que posea los medios o recursos humanos y materiales adecuados para llevar a cabo su función, o sea para garantizar que

los procesos se desenvuelvan en condiciones de normalidad, dentro del tiempo requerido, y en el que los intereses litigiosos obtengan pronta satisfacción.

Este derecho parte de la necesidad de una correcta configuración legal, de manera que se estructure desde la norma jurídica un proceso capaz de asegurar un resultado efectivo en la determinación de los derechos o intereses de los individuos<sup>21</sup>, luego le corresponde a los jueces el respeto del mismo.

No se trata, en efecto, de un derecho absoluto a un juicio rápido, sino de un derecho a que el proceso no se derive por la arbitraria e injustificada pasividad del juzgador o por la indebida influencia de terceros.

Se han señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos algunos elementos a tener en cuenta para acercarnos a la definición de “duración razonable”, y evaluar si un comportamiento aletargado de los jueces constituye o no una violación de derecho:

-La complejidad del asunto en un proceso civil hay que tener en cuenta el número y cantidad de pretensiones; en un juicio penal el número de implicados y la naturaleza del delito.

-La actividad procesal del interesado o litigante.

-La conducta de las autoridades judiciales.

-Las consecuencias de que el litigio presuntamente dirimido se sigue para ellos<sup>22</sup>.

Hay que tomar en consideración además las pautas o márgenes ordinarios en los procesos de que se trata, o en otras palabras, el estándar medio admisible para proscribir dilaciones más allá de él.

El derecho, no implica según algunos autores el cumplimiento de los plazos establecidos, sino el derecho a que la causa se resuelva en un plazo

---

<sup>21</sup>Palaci di Suni Diritti Fondamentali e garanzie in GERMANIA Spunti per una nuova visiones dei ferilli fundamentalli en Diritto e Societa, Nro. 4, 1990,pp y ss.

<sup>22</sup> Fiaren Guillen, V proceso Equitativo Plazo razonable y tribunal europeo de Derechos Humanos. Editorial Comarez, Granada, 1996, pp. 234 y ss.)

razonable, por ello insisto como punto de partida en la condicionalidad material y jurídica de dicho derecho.

Carpio Marcos cuando afirma que no hay recetas mágicas que puedan formularse en abstracto y de validez erga omnes, para sostener el carácter razonable e irrazonable de la duración de un proceso hay que adentrarse en cada caso y de acuerdo con sus circunstancias, debe estar presente una perspectiva valorativa y doméstica, pero las exigencias deben cobrar un mayor vigor en materia penal, por los bienes jurídicos que resultan afectados.

Por otro lado, el “plazo razonable”, también se proyecta frente a procesos excesivamente breves, frente a la desproporcionada perentoriedad con que un proceso ha sido configurado por el legislador, y que limita las garantías de las partes. Trocken, cuando define el término “razonable” como aquel que expresa una exigencia de equilibrio en el cual están moderados armoniosamente, por un lado, la instancia de una justicia administrada sin retardos, y por otro, la instancia de una justicia no apresurada y sumaria.

Por último, en la fase de finalización del proceso, aparecen tres derechos derivados:

- El derecho a obtener una resolución.
- El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.
- El derecho a la revisión de la resolución.

En cuanto al primero como contenido del debido proceso, ésta queda normalmente satisfecho cuando se obtiene una resolución de fondo, que motivado, ajustado a derecho estime o desestime las pretensiones instadas. Se trata del derecho a que jueces y tribunales dirimen las pretensiones y no el derecho a que el órgano judicial estime tales pretensiones. Aquí lo más importante es la argumentación de la decisión adoptada, que excluye la arbitrariedad, manifestada en ocasiones en la ausencia de motivación de las resoluciones, que la hacen infundadas e irrazonables.

Por el derecho al debido proceso no se agota con la obtención de la resolución, sino, que incluye el derecho a la ejecución de la misma; se concreta en que el fallo judicial pronunciado se cumple, de manera que el ciudadano que ha sido favorecido por la resolución de fondo tenga derecho a ser repuesto en sus derechos y compensado, si hubiera lugar a ello, por el daño sufrido. Aquí también es aplicable el principio “pro actione”, de manera que se ejecuta la sentencia, en principio en estrictos términos. Los jueces y tribunales competentes deberán tomar las medidas pertinentes para el cumplimiento del fallo, sin alterar el contenido y el sentido del mismo.

Por mi parte la inejecución, para que sea considerada válida, tendrá que declararse en resolución motivada apoyada en una causa presente en una norma legal.

El derecho a la revisión de la resolución, o a entablar los recursos legales, no significa el doble pronunciamiento judicial, es decir no comporta el derecho a la segunda instancia, pero sí cuando se encuentra legalmente prevista, o sea, se incluye dentro del contenido del derecho al debido proceso, cuando está regulado en el propio ordenamiento jurídico; el cual debe articular el recurso, de manera que esté libre, de excesivos obstáculos procesales innecesariamente formalistas.

De la misma forma de la admisión/inadmisión, se proyecta la interpretación y aplicación de dichas normas de conformidad con la Constitución y en el sentido que más favorezca el derecho fundamental y sobre la base de criterios de proporcionalidad, debe prevalecer una interpretación restrictiva de los requisitos formales.

En el proceso penal, el derecho a recurrir con todo caso ante un tribunal superior, es reconocido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## **2.5. EL ACUSADO DENTRO DEL PROCESO PENAL: PROTECCIÓN JURIDICA PENAL DE LOS DERECHOS DEL ACUSADO.**

El proceso penal es la vía y el instrumento que permite dar vida a esa facultad de punir y por tanto materializar el Derecho Penal, es por ello que se le considera el sismógrafo que dimensiona la verdadera estructuración de esos límites, las leyes del proceso son leyes complementarias de las garantías constitucionales, la ley del proceso penal es el complemento necesario de las libertades públicas, y es en la persona del acusado y su tratamiento procesal, donde la colisión entre éste y el ius libertatis tiene su mayor enfrentamiento, no en vano Beling afirmó que el derecho penal no toca ni un solo pelo del delincuente, nos permitimos agregar a ésta sabia sentencia, que de ello se encarga el derecho procesal, la búsqueda de una ponderación adecuada entre la facultad de castigar y los derechos del imputado que es antes que nada, aunque muchos lo olviden y lo conviertan en el otro o en el enemigo, un ser humano; es el mayor reto en la búsqueda difícil, pero no imposible de un derecho penal garantista.

Para la correcta comprensión de la posición del acusado en el proceso penal, es necesario definir que es el proceso penal, fijando sus fines y sobre la base de ello quienes son los sujetos y las partes del proceso penal.

El proceso penal es un procedimiento regulado por la Ley. Consiste en una serie de actos del órgano jurisdiccional y de los otros partícipes, cuyos presupuestos de validez y efectos el Derecho Procesal Penal los determina. Tales actos presentan una gran variedad, pero todos pueden ser considerados como coordinados a una finalidad única.

Los vínculos que contiene la relación procesal tienen por fundamento el proceso y por titulares sus sujetos, entendiendo que proceso es una secuencia

o sucesión tendientes a un fin superior y último al de cada uno de ellos, considerados independientemente. Estos actos que se suceden en el tiempo obedecen a un orden preestablecido.

Así en derecho se comprende que el proceso está integrado por el conjunto de todos los actos necesarios y con una secuencia temporal que con el objetivo de resolver una litis o asunto se desarrolla.

En el ámbito del derecho procesal sería el conjunto y la totalidad de los actos que conforman una unidad de interés de conseguir la cosa juzgada. En este orden de cosas vale comprender entonces, como procedimiento el orden de proceder, la tramitación, el aspecto externo o formal y que viene determinado por la Ley. El procedimiento es, pues el proceso en movimiento o, en otros términos, el movimiento del proceso.

Por su parte el Profesor Carlos Viada, sostiene que el proceso penal debe entenderse a partir de la Teoría del Conflicto, y señala que pudiera concebirse el proceso penal como un conflicto de intereses entre partes, siendo éstas, la sociedad de un lado y el imputado del otro. La colectividad tiene interés en que se castigue al culpable de un delito y el imputado tiene interés en evitar el castigo. Y continua precisando que el problema así planteado debe ser comprendido sobre la base de que el proceso es un mecanismo e instrumento ideado para resolver no tan sólo el conflicto entre partes (colectividad-imputado) sino que el conflicto está dentro y entre la misma sociedad. El proceso existe para que se castigue al culpable y para que no se castigue al inocente. La colectividad tiene interés en que se sancione al culpable del delito, pero también tiene interés en evitar las condenas de los inocentes.

Estimo que esta forma de enfocar el problema es acertada, pues quiérase o no, el imputado (culpable o inocente) no es un ente aislado, separado y extraño del grupo social, él es parte y miembro del grupo y en consecuencia al ir contra él, la sociedad va contra sí misma. Al contrario Sensus cuando él fue contra la sociedad al atacarla con su acto delictivo, de hecho fue contra el mismo, pues no es concebible la sociedad sin los sujetos, ni la existencia de éstos al margen del grupo social. Por esto, considero que el sistema mejor, debe basarse en el proceso que garantice igualmente los dos intereses en conflicto, y busque un equilibrio exacto, donde no se menoscaben los derechos y garantías, ni de la sociedad ni del individuo.

### **Los sujetos del proceso penal**

El comienzo, desarrolla y fin del proceso penal, como sucesión de actos realizados en su devenir temporal, requieren y exigen la existencia y actuación de personas que lo lleven a cabo. Existiendo diversidad de criterios sobre quienes son sujetos y partes en el proceso e incluso algunos identifican ambos conceptos, aunque la generalidad de los procesalistas considera que las partes constituyen sujetos procesales, pero no, todos los sujetos procesales poseen la condición de parte.

Son sujetos aquellas personas particulares u orgánicas, que intervienen en el proceso siendo portadores de un interés jurídico subjetivo y con voluntad propia o dotados de ella por la función o cargo que ejercitan, para realizar cualquier acto vinculado con el establecimiento y desarrollo de la relación jurídico procesal.

Otros han considerado que sujetos procesales son las personas que inciden, ya a título personal o en ejercicio de una función o profesión, en la realización del proceso. Pudiendo ser esta intervención permanente o accidental. Esta opinión la sostienen los procesalistas que consecuentemente clasifican a los sujetos procesales en connaturales, conjugados o necesarios; y contingente o eventuales.

De esta forma consideran como connaturales, conjugados o necesarios, al Tribunal, al Fiscal, al acusado y al abogado defensor (como representante de éste). También a los auxiliares de las funciones jurisdiccionales (secretarios del tribunal, alguacil, etc.). A partir de esta clasificación nosotros tendríamos también que considerar además, al agente policial. Siendo entonces sujetos contingentes o eventuales; el testigo, el perito y el tercero civil responsable. En nuestra Ley Procesal, aceptando este criterio de clasificación, se contaría también al acusador particular en el caso de la querrela.

Otros autores reducen la concepción de sujetos procesales a aquellos que están directamente vinculados a la relación jurídica procesal. De esta forma comprenden sólo a los órganos o personas que ejercitan acciones, que inciden directamente en el establecimiento y desarrollo de la relación jurídico procesal.

En consecuencia el concepto se limitaría única y exclusivamente a los que intervienen como actuantes de dicha relación en cumplimiento de los derechos y deberes que la ley establece, siendo por tanto condicionantes de la relación procesal, sin los cuales el proceso no puede existir.

Aceptando una u otra clasificación, queremos destacar el carácter de sujeto procesal que posee el Tribunal, en tanto que es el titular de un órgano que representa al Estado, verdadero sujeto prominente del proceso, habida cuenta la importancia que tiene en la relación jurídico procesal, pues las acciones de más trascendencia que son realizadas durante el desarrollo del proceso obligan a la necesaria presentación y actuación de él. Las actuaciones de los sujetos procesales considerados como partes no tendrían validez alguna sin la actuación del Tribunal. Si bien el debate o contienda se entabla entre las partes es el Tribunal el que impulsa y lleva el proceso hacia la obtención de la verdad material.

Las partes pueden clasificarse desde diversos puntos de vista:

.Según su vínculo con la acción:

Parte activa: la fiscalía o Ministerio Público, el acusador particular, y víctima que ejerce la acción civil.

Parte pasiva: el acusado y el tercero civilmente responsable.

-Según su interés y legitimación sobre la cosa objeto de juicio:

Principales: Fiscalía o Ministerio Público, acusador particular y el acusado.

Secundarios: El actor civil.

-En atención de su necesidad para el establecimiento de la relación procesal:

Necesarios: Fiscal, acusador particular y el acusado.

Contingentes: Tercero civilmente responsable.

### **El acusado como parte del proceso penal**

El acusado es la parte necesaria del proceso penal, pues de no existir persona contra la que se dirija la acusación, no puede entrarse en el juicio. El acusado es aquel sujeto que está siendo sometido a una investigación, por la supuesta comisión de un delito, lo califican de sindicado, imputado o inculcado, procesado acusado, reo.

### **Protección jurídica penal de los derechos de los acusados**

El acusado tiene derecho a obtener la realización de una tutela efectiva, solo así se puede hablar de un debido proceso coherente. Este derecho es un proceso penal con garantías que tiene como fundamento la necesidad de asegurar la imparcialidad del juez, a potenciar las posibilidades de defensa del acusado y a garantizar que nadie será objeto de una condena penal sino es luego de un proceso.

Los principios derechos y garantías que deben estar presentes en un Debido Proceso son:

1. Principio de legalidad en el proceso Penal.<sup>23</sup>
2. Derecho de acceder a la jurisdicción.
3. Derecho a un proceso con todas las garantías.
4. Derecho de igualdad ante la Ley.
5. Derecho a disponer de juicio Público o Publicidad en el Proceso.

---

<sup>23</sup> Aparece recogido en el Art. 14y 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de la ONU y en los artículos 8, 9, 25, 8.2, 8.4, 8.5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.



6. Derecho a no ser enjuiciado más de una vez por la misma causa.
7. Derecho a la Defensa.
8. Presunción de Inocencia.

**El derecho a la defensa.**-fundamental en el debido proceso es el Derecho a la Defensa, que implica repeler la agresión que pone en cuestión los bienes jurídicos más importantes del acusado<sup>24</sup>.

Para que legal y prácticamente se consagre y realice el Derecho a la Defensa y se puede hablar de que no ha existido indefensión:

1. Derecho a un intérprete.
2. Derecho a conocer de que se acusa y por que se acusa.
3. Acceso a las actuaciones.
4. Proponer prueba y participar en las que se realicen.
5. Defensa Material.
6. Defensa técnica.
7. Derecho de última palabra.
8. Derecho a una resolución fundada y argumentada.
9. Derecho a utilizar recursos legalmente establecidos.

**Autoprotección, publicidad, concentración y oralidad.**- la autoprotección es de no sufrir indefensión en el curso del proceso. El principio de publicidad responde a dos finalidades.

1. Proteger a las partes de una justicia sustraída al control público,
2. Mantener la confianza de la sociedad en sus tribunales.

Por su parte el derecho a utilizar las pruebas pertinentes alcanzan su concreción en la oralidad del proceso, o que conduce a que como regla general y de acuerdo con los principios de inmediación, oralidad y concentración que

---

<sup>24</sup> (Moreno Catena Víctor: Competencia y partes en el Proceso Penal Español en El Proceso Penal, México, Editorial Porrúa, 2000, pp.91.

han de presidir el proceso penal, las pruebas que se practiquen en éste, deben serlo, predominante y preferentemente en el juicio oral, y deben realizarse con todas las garantías; lo que no implica cuando su reproducción en el juicio oral no sea posible, que sea inválida la prueba realizada con atención al juicio oral, o llamada prueba pre constituida, pero si se exigen que deben haber sido practicadas con todas las garantías de contradicción e intermediación.

El derecho a una resolución fundada, argumentada es importante elemento del debido proceso pues de esta forma se controla la actividad jurisdiccional y las posibles arbitrariedades e ilegalidades que puedan cometerse por el mismo, una sentencia motivada debe versar sobre el fondo del asunto y de las pretensiones formuladas.

(STSC Español 96 de 1987, caso Juicio de Herrera de la Mancha y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Pretto.)

**Presunción de inocencia.-** que no es otra cosa que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa<sup>25</sup>, todo acusado más que presumirse inocente, es inocente, hasta que no se demuestre lo contrario definitivamente por el tribunal competente y en proceso pleno de garantías.

**Presunción de inocencia y prisión preventiva.-** la prisión provisional es una limitación no sólo a libertad, pues prácticamente los demás derechos, salvo la vida pierden virtualmente su realización, tan severa restricción se impone a una persona que debe presumirse inocente; con ello tal presunción al igual que el resto de los derechos queda, aunque así se empeñen en demostrar lo contrario, sin sentido alguno, sólo como un principio que está legalmente establecido. Se identifica el surgimiento de la Escuela Positiva Italiana, sin embargo ya Carrara había desarrollado su posición con respecto a la prisión preventiva, proponiendo una simbiosis de necesidades del procedimiento, que tiene que ser brevísima, que no es tolerable sino en graves delitos y que hay que procurar suavizarla con la libertad mediante fianza, admitiendo su prolongación sólo para dar respuesta a necesidades: primero de justicia, para impedir la fuga del reo, segundo de verdad para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos, tercera de defensa pública para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno. Carrara, considero a la prisión preventiva una injusticia necesaria. las ideas de Ferri y Garófalo fueron retomadas en tiempo de fascismo por Manzini que con argumentos de carácter procesal, pero yuxtaponiendo a esto intereses defensitas, cuestionaba la presunción de inocencia al señalar que no existía nada más tontamente paradójico e irracional que tal presunción, pues la

---

<sup>25</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 11, en Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ratificado por Cuba, La Habana, Mars Editores S.A., pp.8.

imputación debería constituir, si acaso una presunción de culpabilidad. Ya que si se presume la inocencia del imputado, demanda el buen sentido porqué se procede contra él.

**Presunción de inocencia y derecho probatorio.**- la presunción de inocencia se vincula con el derecho probatorio, a partir de la dimensión de que le corresponde a la parte acusadora probar los hechos, el acusado no necesita probar, la insuficiencia de prueba conduce a la absolución, pero liberar al acusado de la carga de la prueba no significa privarlo de ella, debe recordarse que un elemento clave en el Derecho a la Defensa y que garantiza la contradicción es la posibilidad de proponer pruebas por parte del acusado.(Vidal Prado, Carlos:”Derechos Educativos. Derecho a la Tutela Judicial Efectiva”, en Derecho Constitucional III, EDITORIAL Colex, Madrid, 2003, pp.24)

**Los derechos fundamentales, el debido proceso y su relación con el acusado como objeto de prueba.**

La licitud o no de una intervención concreta sobre el cuerpo del imputado se reduce a límites, garantías y fines propuestos. De ninguna forma se puede mantener la licitud de toda injerencia corporal sobre el acusado todo ello ha de ser matizado en atención al principio de proporcionalidad, la imputación que sobre el sujeto recae, y el peligro para la salud que la medida permite.

**El derecho a la libertad.**- toda intervención e inspección corporal, fundamentalmente en los casos de pruebas de alcohol métricas, la limitación de la libertad de movimientos del sujeto pasivo de manera instrumental y en tanto necesaria para dicha actuación. Tal privación de libertad no tiene problemas si el acusado se somete a ella de forma voluntaria, pero que sucede si se dispone coactivamente.

**Derecho a no declarar; no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia.**- En este sentido se plantea que la sujeción de las personas, mediante la utilización de su propio cuerpo, a determinados métodos de carácter científico no es constitutiva, en relación a su resultado, de una verdadera declaración, sosteniendo el Tribunal de Casación Español que no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice su contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración. Así a quienes estiman que las intervenciones corporales en sí constituyen un atentado a los derechos a no declarar y no confesarse culpables, o bien frente a los que piensan que tales medidas, aunque no idénticas a una declaración en sentido estricto, si entrañan un cierto atentado a la libre disponibilidad física sobre la propia persona, se alza el argumento de la no plena identificación entre la declaración y la sujeción a métodos que, en realidad, no son otra cosa que actos de investigación de naturaleza pericial según Guillermo Sendra o como bien estima el Tribunal de Casación Español especiales modalidades de pericia e las que al sujeto únicamente se exige un sometimiento no colaboración.la influencia en el derecho a al presunción de inocencia, la doctrina considera que no es un acto de autoinculpación, sino un

medio de prueba que puede ser tanto favorable como desfavorable al acusado, es decir consiste en una posibilidad ofrecida al acusado de probar un elemento que le disculpe y ello no equivale a establecer una presunción de culpabilidad.

Las intervenciones corporales con carácter necesario, a modo de obligaciones procesales, no constituyen violación alguna del derecho a la presunción de inocencia ni de otros derechos fundamentales que amparan la defensa material del imputado en vía de silencio o autoincriminación.

**Reserva jurisdiccional en orden a su mandamiento.-** toda inspección o intervención corporal o personal ha de otorgarse en cuanto a su ordenación y en régimen de exclusividad a la Autoridad Judicial, es decir competen al juez de instrucción.

Las intervenciones que se dispongan se realicen por especialistas o personal capacitado, según el caso, así como valorar oportunamente los peligros para la salud de la persona, análisis que debe tomarse en cuenta el estado de salud del acusado pues puede suceder que lo que a algunos no les cause ninguna afectación, si se la produzca a otros por la existencia de circunstancias previas que desaconsejen la intervención como por ejemplo una enfermedad o encontrarse la mujer en estado de gestación, etc. La doctrina española acoge varios requisitos irrenunciables en la realización de toda intervención corporal.

1. Solo cabe estimar su procedencia siendo absolutamente imprescindible para asegurar la defensa del interés público y la búsqueda de la verdad material.
2. Siempre será necesario el consentimiento expreso del afectado y en caso de negativa una resolución debidamente fundada, indicativa de cómo se realizara la mencionada intervención.
3. Se debe partir del respeto a la salud y a la dignidad personal.

**La obligación de soportar intervenciones corporales.-** este tema ha sido tratado de diferentes maneras en las legislaciones procesales, unos consideran las intervenciones corporales con un carácter meramente voluntario, pero la mayoría estiman se deben sancionar al modo de verdaderas obligaciones procesales llevando consigo consecuencias para el caso de negativa.

## CAPITULO III

### LA PRUEBA ILICITA

#### 3.1 DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ARBOL ENVENENADO

**Nacimiento, Alcances.-** El primer antecedente en nuestro país de esta teoría en nuestro país la encontramos en 1891<sup>26</sup>, en el que la Corte decidió la exclusión de unos documentos incorporados al juicio contrariando las Ordenanzas vigentes en la aduana, que prohibían expresamente las pesquisas en casas particulares que no fueran depósitos, por haber sido el resultado de sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito porque la ley, en interés de la moral, y la seguridad y por respeto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles.

Pero la incorporación definitiva de esta interpretación como tal y en forma sistemática, se efectuó en el caso “Fiorentino Diego”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 27 de Septiembre de 1984 (fallos,306:1752)

Esta doctrina se fundamenta genéricamente, en la imposibilidad de utilizar como elementos convictivos en un proceso penal, pruebas obtenidas mediante la violación de garantías constitucionales.

Pero tal como advierte José Cafferata Nores<sup>27</sup>, se relaciona con la invalidez del uso del proceso de elementos probatorios que sin ser el corpus de la violación constitucional (por ejemplo el allanamiento ilegal, la confesión forzada, etc.), se pudieran conocer y utilizar por ella.

De lo expuesto se desprenden dos aspectos: uno, vinculado con la prueba propiamente dicha, llevado a cabo con violación a las normas constitucionales, y otro relacionado con las restantes pruebas obtenidas mediante aquella actividad ilegal.

De la primera pocas consideraciones pueden realizarse ya que ninguna duda cabe que dicha prueba es nula, de nulidad absoluta y, por consiguiente declarable de oficio.

---

<sup>26</sup>, Caso Charles Hno. y otros, septiembre 5 de 1891, Fallos,43:36)

<sup>27</sup> Los frutos del árbol venenoso, publicado en Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1986, pàg.491.

Solo cabe señalar que el vicio debe contener, en forma actual o potencial, un perjuicio ya que no es posible declarar la nulidad en el sólo beneficio de la ley.

De la restante, más allá de distintas posiciones que se han elaborado, se requiere una relación de dependencia entre el acto irrito y los otros que son su consecuencia: esta relación debe terminarse no solamente desde el aspecto jurídico-procesal, sino además desde un punto de vista fáctico.

Así si desaparece la confesión prestada bajo apremios, también lo hace la declaración propiamente dicha y con ella todo el proceso que se funda en dicho acto (prisión, preventiva, acusación, defensa, sentencia<sup>9</sup> o en un secuestro realizado sin orden judicial dejando de lado los permisos legales o jurisprudenciales-afecta el acta labrada y todo lo secuestrado, al igual que los peritajes, exhibiciones, etc. Ya que como sostuvo la Corte...la incautación del cuerpo del delito, no es entonces sino el punto de un procedimiento ilegítimo y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el proceso la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales, lo cual no solo es contrario con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito.

### **Evolución.**

Esta doctrina alcanzo su conceptualización integral en el fallo “Reginal Rayford”.

En dicho caso la mayoría del alto tribunal, estableció como la había hecho en Fiorentino, que la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso legal que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías constitucionales.

Más adelante el Tribunal dio pautas para la aplicación de la doctrina señalando que debe analizarse la proyección de un acto o procedimiento viciado sobre cada uno de los elementos probatorios incorporados a la causa.

El profesor español Manuel Miranda Estrampes, en una importante ponencia presentada en reunión en el Perú en el II Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología del 22 al 25 de Junio del 2005, hace una aportación de legislación comparada que implica lo previsto en textos internacionales de derechos humanos, así como jurisprudencia constitucional y penal de Perú, España, Estados Unidos, Alemania e Italia. De dicha ponencia se reproduce en nuestra defensa los siguientes párrafos.

En la teoría de la prueba ilícita está siempre latente el conflicto entre la averiguación de la verdad y la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Para la solución de dicho conflicto cobra protagonismo la fase acuñada por el Tribunal Supremo Alemán de que la verdad no puede obtenerse a cualquier precio, esto es, de que no todo es válido en la obtención

de la “verdad”, sino que deben cumplirse las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo o equitativo (proceso debido) reconocido en los textos internacionales de derechos humanos (art.14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.6 Convenio Europeo de Derechos Humanos y art.8 Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica). El derecho a la presunción de inocencia reconocido también en los textos internacionales de derechos fundamentales y en las Constituciones nacionales, exige en su consideración como regla probatoria, que únicamente pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de formar la convicción acerca de los hechos objeto de enjuiciamiento en un proceso penal, aquellas pruebas obtenidas y/o practicadas con respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales. El art. 11 del nuevo Código Procesal Penal Peruano del 2004 se refiere expresamente a este significado cuando establece que la presunción de inocencia requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

El reconocimiento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas diseña el proceso penal como un auténtico instrumento de garantía para el acusado, frente a la actuación arbitraria de los poderes públicos. Al comentar el fundamento y finalidad de la regla de exclusión, dice el profesor español Miranda Estrampes, con referencia al Modelo norteamericano:

En el modelo norteamericano, si bien en un principio la doctrina Federal trató de conectar la teoría de la prueba ilícita con el contenido de la IV (protección de la intimidad y prohibición de registros o detenciones ilegales) y V (derecho al silencio y a la no auto incriminación forzada). Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos (casos *Weeks vs. Us*, de 1914; y *Mapp vs. Ohio*, de 1961), pronto se configuró más como una medida reparadora de la violación detectada. Rápidamente el punto de inflexión se situó en la finalidad disuasoria (deterrent effect) de la regla de exclusión (exclusionary rule). Dicha regla encontraba su fundamento en la finalidad de disuadir a la policía de realizar actuaciones contrarias a los derechos fundamentales de las personas...En palabras de la sentencia dictada en el caso *Us vs. Jnis* de 1976 el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, sino el único es evitar las conductas policiales ilícitas, la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como un derecho constitucional de la parte agraviada. La regla está calculada para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir, imponer el respeto de la garantía constitucional de la única manera efectivamente disponible, mediante la remoción del incentivo para ignorarla.

En referencia a los Modelos continentales europeos, Miranda Estrampes, nos ilustra con lo que sigue:

A diferencia del modelo norteamericano, la jurisprudencia de algunos países de la Europa continental diseña la exclusión de las pruebas ilícitas como una garantía objetiva de naturaleza constitucional. En Italia la STC134/1973, en un tema de intervenciones telefónicas, proclamo la inutilizabilidad en el proceso, de las pruebas obtenidas mediante métodos o comportamientos realizados en

desprecio de los derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados en la Constitución, acuñando el término *prove inconstituzionali*. La doctrina italiana que dicha sanción de la inutilizabilidad de la prueba ilícita obedece a un principio de rango constitucional que deriva de lo dispuesto en el art. 13.3 de la Constitución italiana, que sanciona cualquier tipo de violencia física o moral sobre la persona sometida a investigación o a restricción de libertad. El propio art. 188 del Codice di Procedura Penale italiano de 1988 consagra el principio de la libertad de la persona en la práctica de los medios de prueba declarando que no podrán ser utilizados, tampoco con el consentimiento de la persona interesada, técnicas o métodos capaces de influir en la libertad de autodeterminación o de alterar la capacidad de recordar o de valorar los hechos. El actual art. 191 del Codice di Procedura Penale italiano proclama que las pruebas adquiridas con violación de las prohibiciones establecidas en la ley no podrán ser utilizadas ni a los fines del enjuiciamiento ni a los fines de la inculpación.

En la misma línea, el TCF alemán proclamó la exclusión absoluta de toda prueba que violara los derechos más fundamentales de la persona, con indiferencia de la gravedad de la acusación. Por su parte el TS Alemán, por la denominada teoría del entorno jurídico prohíbe el aprovechamiento del material probatorio que pueda llegar a lograrse cuando la violación afecta de forma esencial el ámbito de los derechos del acusado, y no cuando tenga sólo una importancia secundaria. La prohibición de la valoración de la prueba se ha aplicado especialmente en supuestos de vulneración de la garantía de no autoincriminación prevista en el parágrafo 136 de la Ordenanza Procesal Penal alemana, cuyo apartado tercero establece que aquellas declaraciones obtenidas transgrediendo las prohibiciones contempladas en dicho precepto no podrán ser aprovechadas aunque el inculpado aprobara su utilización.

En España la doctrina de la prueba ilícita tiene su origen en una construcción constitucional en el STCE 114/1984, en un supuesto planteado en el ámbito de un proceso laboral de despido, en donde la prueba aportada consistía en la grabación subrepticia de una conversación por uno de los interlocutores que fue utilizada como causa de despido, cuya doctrina se extendió rápidamente al proceso penal. La doctrina del TCE se construye en un momento en que no existía en el ordenamiento jurídico español una regla legal expresa que excluyera la utilización procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, sin embargo, esta ausencia de una regla legal expresa no fue obstáculo para que el TCE estimara que la imposibilidad de una prueba de tales características derivaba de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su condición de inviolables. La recepción procesal de tales pruebas conlleva, además, una violación de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE), así como una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 CE). Aunque en dicha sentencia no faltan referencias a la jurisprudencia norteamericana cierto es que el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita se sitúa al margen del *deterrent effect* y se entronca directamente con el carácter preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y en su condición de inviolables. En su origen la regla de exclusión española se presenta por tanto, con un sólido anclaje constitucional.



Al año siguiente de dictarse la STCE 114/1984, la regla de exclusión de las pruebas ilícitas recibió el refrendo del legislador mediante su plasmación normativa en el art. 11.1, al proclamar que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

Según la concepción del TCE, la regla de exclusión no tiene como finalidad última disuadir los comportamientos policiales ilícitos, sino que es una consecuencia necesaria que deriva de la propia posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, con lo cual dicha regla adquiere la condición de garantía objetiva de naturaleza constitucional.

La inutilizabilidad de la prueba ilícita término que debe preferirse al de nulidad, debe ser entendida con un doble alcance: como prohibición de admisión y como prohibición de valoración. El art. 155.2 del nuevo Código Procesal Penal Peruano del 2004 consagra la inadmisión de las pruebas prohibidas por la ley, entre las que se deben incluirse las obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, conforme lo previsto en art. VIII 2. También el art. 159 del mismo texto procesal penal, prohíbe al Juez utilizar dichas pruebas a efectos de valoración. El control jurisdiccional de la licitud debería realizarse no sólo a instancia de parte, sino también de oficio por el propio órgano jurisdiccional y en cualquier estado o fase del procedimiento penal. Esta es la situación italiana cuando el art. 191.2 CPP Italiano de 1988 admite que la inutilizabilidad de la prueba podrá denunciarse en cualquier estado y grado del procedimiento. Y en cuanto a la eficacia refleja de la prueba ilícita, agrega el autor español Miranda Estrampes.

“Otra de las cuestiones problemáticas que presenta la teoría de la prueba ilícita es el reconocimiento de efectos reflejos. Dicha doctrina también tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, mediante la formulación de la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado (the fruit of the poisonous tree). Así es el caso de *Silverthornr Lumber Co vs. Us*, de 1920, referente a la aprehensión ilícita de documentos por parte de agentes federales cuyo examen permitió el descubrimiento de nuevas pruebas de cargo, el Tribunal Supremo Federal Norteamericano consideró que no sólo los documentos sino que el resto de las pruebas obtenidas o logradas a partir de los mismos no eran utilizables, la eficacia reflejada de la prueba ilícita puede formularse, por tanto, de la siguiente forma: la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas derivadas que aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial. En España la regla de exclusión plasmada en el mencionado art. 11.1, recoge dicha eficacia refleja cuando afirma que no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación a los derechos fundamentales. Un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia estiman que el término indirectamente empleado en el precepto implica el reconocimiento de la eficacia refleja de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico. Es evidente la influencia de ésta fórmula legal en el nuevo código procesal penal peruano del 2004 cuyo artículo VIII 2 declara que Carece de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente con violación al contenido esencial

de los derechos fundamentales de la persona. Aunque la ley nacional no utilizara éste término indirectamente, el reconocimiento de eficacia refleja es una consecuencia que deriva necesariamente de la admisión de la regla de exclusión (así lo reconoció en un primer momento el propio TCE). La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya declarado un derecho fundamental como a aquellas otras, que habiéndose obtenido ilícitamente se basan, apoyan o derivan de la anterior (directa o indirectamente), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surte efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituirá una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente surtirían efecto.

De la obra de una importante jurista uruguaya, Bernardette Minvielle hace una aportación sobre el tema<sup>28</sup>, el prologo del libro corre a cargo del notable procesalista argentino, prof. JOSE I. CAFFERATA NORES, mismo que expresa:

“Nuestra posición se orienta en el sentido de la inadmisibilidad de la prueba obtenida extraprocesalmente, mediante la comisión de un acto de violación de los derechos sustanciales consagrados por la Carta, ya sea a título expreso, como los que se infieren de los principios generales del derecho”.

“A pesar de ser evidentes las relaciones entre Constitución y Derecho Procesal, nuestra problemática continua aun sin solución, puesto que la denominada prueba ilícita no implica la vulneración de derechos procesales constitucionales garantizados, sino de verdaderos derechos sustanciales o materiales, tales como el derecho a la intimidad, etc.

La doctrina Constitucional contemporánea, tiende a considerar las Constituciones (inclusive, las declaraciones de derechos) como textos enteramente positivos, y no como mera formulación de principios extraños al ordenamiento jurídico en tanto no sean concretizados por el legislador; temperamento este del cual, nos permite afirmar, participa el constituyente uruguayo, al disponer en el art. 332: “los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios del derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.”<sup>29</sup>

Como afirma Rui Barbosa,<sup>30</sup> las declaraciones constitucionales de derecho actúan ipso iure, por el mero hecho de su existencia en las Constituciones que se consignan. Esto es, por tres motivos primero porque la declaración de un derecho individual por la constitución importa la inmediata adquisición del derecho asegurado y la prohibición general a los particulares y a las

---

<sup>28</sup> La prueba ilícita en el derecho procesal penal, Marcos Lerner, Editora córdova,1987

<sup>29</sup> Comentario de Alfonso Zambrano: La DISPOSICIÓN QUE CITA LA profesora BERNARDETTE MINVIELLE, con respecto a las garantías constitucionales, y entre ellas las de respecto al debido proceso.

<sup>30</sup> Comentarios á Constituicao, Vol. II,1933,PÁG. 483-485.

autoridades públicas de violarlo. Segundo porque aún cuando el poder legislativo no establezca medidas especiales en su defensa, ese derecho por el simple hecho de existir, encuentra en los medios generales del derecho común, las vías para el desagravio, la reparación y el mantenimiento. La tercera consideración, en fin, por la cual los derechos proclamados en la Constitución no son dependientes de la Ley para efectivizarse, está en que, siendo la principal finalidad de las declaraciones constitucionales cercar esos derechos de una trinchera inaccesible al arbitrio; ya sea del gobierno, como de los parlamentos, quedaría totalmente anulada la garantía allí recogida, si tales derechos no se pudieran reivindicar sino cuando estuvieran contenidos en actos legislativos...”

Si los derechos constitucionales expresa o implícitamente consagrados, constituyen derecho positivo o imperativo, vinculante y limitador de la actividad de los poderes del Estado- Ejecutivo, Legislativo y Judicial- y de los particulares, cada vez que se pretende introducir en el proceso el medio probatorio obtenido extra-procesalmente con violación a tales derechos, el juez debe rechazarlo por inadmisibile. De esta forma el derecho declarado se convierte en derecho garantizado. La garantía resulta de la aplicación de las reglas de exclusión; existe una actuación jurisdiccional tutelando el derecho en función del rechazo del fruto de su violación, pues en caso contrario, su aprovechamiento, se resolvería en una nueva y sucesiva lesión de aquel”.

La profesora Minvielle, nos ilustra posteriormente así:

“En definitiva en la expresión medio no prohibido por la ley contenida en el art. 173 del CPP, debe considerarse comprendida, además de la prueba prohibida expresa o implícitamente así como la irritual, el medio de prueba obtenido fuera del proceso con lesión a los derechos constitucionales, posición ésta, que no es totalmente ajena a la sostenida por procesalista uruguayos.

La teoría de la inadmisibilidad procesal por nosotros sostenida, no es excluyente de las sanciones penales, civiles y disciplinarias aplicadas al agente del hecho ilícito, a pesar que, es del caso señalarlo, su efectividad como forma de garantía de los derechos humanos es sumamente dudosa” (ob. cit. p.39) Una efectiva forma de garantía contra los abusos cometidos en la actividad de búsqueda de prueba, está representada por la valoración procesal negativa, ya que el saber que la prueba obtenida mediante un acto ilegítimo no podrá ser usada para probar la culpabilidad del indagado, hace perder al sujeto ejecutor todo incentivo en separarse de la disciplina dictada por la ley para su actividad” (ob.cit.p.40-41)

### **3.2. LA PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL TIPO PARA AMERICA LATINA.**

#### **Aspectos Introductorios:**

El sistema probatorio adoptado en un proceso penal constituye un termómetro del nivel de desarrollo democrático de una concreta comunidad. La relación entre proceso penal y sistema constitucional es excepcionalmente evidente al

observar como los principios básicos que inspiran la justicia penal deben obtener una referencia en la carta política<sup>31</sup>. En realidad el régimen procesal es reflejo fiel del sistema político, y da más o menos atribuciones al juez, a la defensa y a los ciudadanos, según el sistema político ideológico, el sistema ideológico es a su vez la columna vertebral del sistema procesal. La historia de los métodos de valoración de la prueba es prácticamente, la historia del enjuiciamiento penal. Por ello el sistema probatorio es condicionado por las concepciones ideológicas que imperan en una sociedad y esa vinculación no se oculta tampoco en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina. La prueba penal ha seguido los vaivenes de los sistemas políticos vigentes en los distintos momentos de la historia, reflejando diferentes posturas.

En el Código Tipo no se oculta esa referencia que en el fondo constituye la verdadera justificación de su existencia. Ya en la exposición de motivos se afirma, con buen tino, que en nuestros países latinoamericanos la justicia penal ha funcionado como una caja negra, alejada del control popular y de la transparencia democrática. El apego a ritualismos antiguos, a fórmulas inquisitivas, que en la cultura universal ya son curiosidades históricas, la falta de respeto a la dignidad humana. Tornan imperioso comenzar un profundo movimiento de reforma en todo el continente. Este código tipo busca servir de base a esta política transformadora, impostergable. Es por esa razón que muchos institutos procesales incluidos en el Código, que para los países de la Europa Continental son obvios mecanismos de administración de justicia, en el contexto cultural t política, que trasciende el campo de lo jurídico.

Esta situación se pone particularmente de relieve cuando abordamos el tema probatorio, el principio de libertad de la prueba, sus limitaciones legales y constitucionales, así como los sistemas para apreciar y valorar esa prueba, con todas sus implicaciones. En estas líneas pretendemos exponer en forma muy general el sistema probatorio adoptado en el Código Tipo, referido principalmente a la etapa del juicio.

### **Libertad probatoria.**

Asumiendo una concreta posición política el Código Tipo reconoce en forma clara y directa el principio de libertad de la prueba, según el cual en el proceso penal, se podrá probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba permitido. Con ello soluciona un problema debatido por la doctrina sobre la existencia de tal principio<sup>32</sup>, y aclara algunas confusiones terminológicas. En efecto, de acuerdo con esa formulación normativa, <sup>33</sup>en materia penal, todo hecho, circunstancia o elemento, contenido en el objeto del procedimiento y, por tanto, importante

---

<sup>31</sup> Profesor C. Conso. Costituzione e proceso penale, Milano, 1969, en especial p.67.ss

<sup>32</sup> En posición contraria a la doctrina dominante, se inclina por desconocerlo, C. Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 1963, V.II.p.175ss.

<sup>33</sup> J.Maier; Derecho Procesal Penal Argentino, 1989 T.I., pp.434ss, cita, p,586.

para la decisión final, puede ser probado y lo puede ser por cualquier medio de prueba<sup>34</sup>.

En consecuencia el principio afincado en el Código está admitiendo la posibilidad (garantía) de que cualquier hecho, circunstancia, que de alguna manera afecte la decisión del Tribunal, puede ser probado, incluyendo desde luego las situaciones invocadas por el acusado y su defensa. Se trata de un primer aspecto relacionado con el objeto de la prueba, que responde a la pregunta ¿Qué probar?

En segundo término el principio admite la posibilidad de utilizar cualesquiera medios de prueba lícita<sup>35</sup> para cumplir con el objetivo de averiguar la verdad real, sin que al efecto deba escogerse sólo los medios de prueba mencionados en el Código. A lo anterior se llega respondiendo a ¿Cómo probar? Ambas fases de esa libertad (en relación con el objeto de prueba y en relación con los medios de prueba) encuentran en el Código importantes limitaciones y prohibiciones, que podemos calificar de absolutas cuando se trata de hechos o circunstancias que la ley no permite verificarlos (por ejemplo la inadmisibilidad de la prueba de la verdad), y relativas cuando la ley indica qué medios de prueba deben utilizarse para acreditar ciertos hechos (sobre el estado civil, por ejemplo), o cuando se priva de efectos probatorios a determinados medios de prueba.

En esta última categoría ingresan las limitaciones probatorias de origen constitucional.

Para esos efectos la fórmula del artículo 148 del Código Tipo señala, en principio, que esa libertad probatoria existe salvo previsión expresa en contrario de la Ley, admitiendo la existencia de las limitaciones. Luego, en el párrafo segundo se apresura a indicar que un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad, finalizando el párrafo con una concreta exclusión (inadmisibilidad) de los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido. Posteriormente el articulado se encarga de señalar algunas de estas situaciones básicas, dejando otras para las leyes civiles, la respectiva Constitución y los pactos de Derechos Humanos aprobados por los países de la región.

El Código se encarga de estatuir y reglamentar diferentes medios de prueba, tales como el registro, el secuestro, la prueba testimonial. La pericial, la

---

<sup>34</sup> J.I. Cafferata Nores, La prueba.cit, p.25s.y E. Florián De las pruebas penales .Bogotá, 1982, T.I., 3 Ed., pp.223, s.s.

<sup>35</sup> Cfr.J.Maier, Derecho Procesal Penal, cit,pp. 465s, 586ss.

documental, los reconocimientos, los careos, Arts. 150,a 195, pero se pronuncia por la no taxatividad de los medios de prueba, al precisar que además de los medios de prueba previstos en este Capítulo, se podrá utilizar otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas en este Código o afecten el sistema Institucional, así todo se puede probar y por cualquier medio siempre que no se irrespeten los derechos fundamentales de los ciudadanos.

### **3.3 PROHIBICIONES O LIMITACIONES REFERIDAS A LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA.**

En el Código Tipo sigue el principio de libertad probatoria, según el cual todo hecho, circunstancia o elemento de interés para la decisión se puede probar, y puede hacerse por cualquier medio (Art.148). así mismo señalamos como ese cuerpo normativo también sigue el principio de la libre convicción, porque no se le asignan criterios al juzgador para establecer el valor de cada prueba, sino que aquello debe de hacerlo de acuerdo con las circunstancias de cada caso, realizando una motivación suficiente y eficiente.

Estos dos principios básicos, rectores de toda la actividad probatoria realizada en el proceso penal, no implican ausencia de regulaciones, requisitos y formalidades en el ofrecimiento, la recepción y la valoración de la prueba. En efecto, esos dos sistemas no son absolutos, ni conllevan a una prepotente arbitrariedad del tribunal juzgador, existen claras limitaciones que provienen de todo el ordenamiento jurídico, comenzando por los Derechos Fundamentales, establecidos en las respectivas Constituciones Políticas y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por los países de la región, hasta llegar al propio Código Tipo, que establece las condiciones de admisibilidad (oportunidad y pertinencia), regula el Procedimiento para introducir las pruebas al proceso, señala las limitaciones en ese sentido, así como también establece las prohibiciones relativas a la valoración de la prueba, complementando un cuadro garantístico cuyo objetivo principal lo constituye el respeto a los derechos básicos de los ciudadanos como límite de la coactividad que caracteriza la investigación en el proceso penal.

Desde una primera perspectiva las limitaciones en general pueden ser clasificadas en absolutas y relativas. Estamos frente a limitaciones absolutas cuando la Ley no permite que sean investigados ciertos objetos de prueba (hechos, circunstancias, calidades personales, relaciones, etc.). en estos supuestos la Ley prohíbe el objeto o el tema sobre el que versa la prueba, como resulta de la limitación derivada del Código Tipo al excluir el testimonio de quien deba guardar secreto, sea particular u oficial.

Las limitaciones relativas zona aquellas que impiden verificar un objeto de prueba recurriendo a ciertos medios de prueba, o cuando se restringa la

posibilidad de probar a determinados medios de prueba<sup>36</sup>. En este caso la Ley prohíbe el uso de ciertos métodos, ya no el tema, como ocurre en El Código Tipo al prohibirse la tortura, los psicofármacos, sueros de la verdad, la hipnosis, los detectores de mentiras, etc.

Más que prohibiciones constituyen limitaciones probatorias por no tratarse de normas de deber, aunque algunas están apoyadas por mandatos o prohibiciones, son normas referidas a la admisibilidad o inadmisibilidad de un objeto, órgano método de prueba (normas potestativas. Siguiendo una segunda clasificación, estas abarcan tanto las denominadas prohibiciones o limitaciones relativas a la producción o la práctica de la prueba, como las relativas a la utilización o valoración de la prueba<sup>37</sup>.

Las limitaciones sobre la producción o práctica de la prueba pueden estar referidas también a declarar inadmisibilidad el uso de determinados métodos de prueba, constituyendo éstas un tercer subgrupo, así observamos en el Código Tipo como estima inadmisibles, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados (Art. 148). En igual sentido se pronuncia a declarar inadmisibles, como método para obtener la declaración del imputado, la coacción, la amenaza, los malos tratos, el agotamiento, la tortura, el engaño, el psicoanálisis los sueros de la verdad, la hipnosis los detectores de mentiras (Art.45). Se trata de excluir el uso de prácticas lesivas a los derechos fundamentales, porque la actividad probatoria tiene un claro límite al mantener, en un Estado de Derecho el respeto por la dignidad del ser humano. A estos valores fundamentales se agregan otros derechos básicos como la intimidad, la vida privada, la salud, el honor, etc.; los cuales si bien pueden ser vulnerados durante la investigación penal, pueden serlo solo bajo estrictísimas exigencias formales, con autorización del juez y bajo estricto control de sus consecuencias.

Por otro lado también constituyen un segundo segmento de este cuarto subgrupo de limitaciones, las reglas que establecen un procedimiento para practicar e incorporar las pruebas, puesto que si no se cumplen esos requisitos estaríamos frente a pruebas ilegales o al menos irregulares, las que en algunos casos imposibilitan al Tribunal para que se le asigne un valor, por no haberse cumplido con el procedimiento, estas reglas son fijadas en el Código Tipo para

---

<sup>36</sup> J.Maier Derecho Procesal Penal, cit., p, 598; y J. López de Quiroga. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida Madrid, 1989, pp., 120ss.

<sup>37</sup> Sobre las limitaciones probatorias derivadas del respeto a los derechos Fundamentales Cfr. B.P Borgoñón, Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas, en Justicia 86, pp345ss. Sobre prácticas probatorias ilícitas Cfr. E. Dohring, La investigación del Estado de los hechos en el proceso. La prueba, Buenos Aires, 1972pp.192ss.

la testimonial, la pericial, los registros, las inspecciones, los careos, la documental, etc. (Art 150 a 195), sin pretender una enumeración taxativa de los medios de prueba, al precisar que además de los medios de prueba previstos en este Capítulo, se podrá utilizar otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas en este Código o afecten el sistema Institucional. La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos en lo posible (Art 148). En consecuencia como existe libertad probatoria en cuanto la prueba sea útil, pero también podrá incorporarse al proceso siempre que se cumplan las reglas establecidas para ello, constituyendo ambos aspectos limitaciones objetivas para el principio de libertad de la prueba, esos cuatro segmentos de normas confirman, entonces el primer grupo de limitaciones referidas a la producción a la práctica de la prueba.

### **3.4. PROHIBICIONES O LIMITACIONES REFERIDAS A LA VALORACION DE LA PRUEBA.**

#### **Alcances de la Prueba Ilícita.**

Con base a las reglas anteriores que se refieren a la práctica y a la producción de prueba. En dichas reglas normalmente se impide que la prueba se introduzca al proceso cuando el tema está prohibido o bien que al practicarse e introducirse al proceso se haga cumpliéndose todos y cada uno de los pasos procedimentales estatuidos.

Sin embargo, cuando no obstante esas limitaciones la prueba se practica y se introduce al proceso, aunque no se hayan cumplido todos los supuestos establecidos, esta vez referida a todos los supuestos establecidos, (prueba viciada<sup>9</sup>, intervienen entonces el segundo gran grupo de limitaciones o prohibiciones, esta vez referidas a la utilización y a la valoración de esos elementos de prueba, ya no a su práctica y producción. En efecto este grupo de prohibiciones, limitan el principio de la libre convicción del juzgador en la valoración de la prueba, porque si bien el juez selecciona el material probatorio para fundamentar la decisión y es libre para establecer el grado de credibilidad de cada prueba, esa libertad no se traduce en una facultad irrestricta para seleccionar cualquier elemento de prueba, aun aquellos viciados, como tampoco puede asignarles arbitrariamente un grado de convicción contrario a las reglas mismas de la sana crítica racional (la lógica, la psicología, la experiencia).

La solución de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia es simple cuando estamos frente a elementos de prueba directamente viciados: estos deben ser



excluidos de la valoración con el objeto de no darles ninguna utilidad en la decisión final del asunto<sup>38</sup>.

Frente a la prueba directamente ilícita, porque se transgredieron las limitaciones señaladas para su producción o práctica, estimamos que no surgen dos intereses en conflicto. Pareciera que en estos casos surge, por un lado, un interés privado de la defensa, al lesionarse un derecho particular con la obtención de la prueba, y por otro se ubica un interés superior y público, en cuanto interesa a la colectividad, y a la aplicación del derecho penal a quien cometió un hecho delictivo. Pero ese supuesto enfrentamiento es solo aparente. En estos casos en realidad no colisionan dos intereses, sino que se trata del mismo interés doblemente inobservado. En efecto existe una lesión al interés público tanto cuando se comete un hecho delictivo como cuando se lesionan otros fundamentales derechos en la investigación judicial motivada en un hecho delictivo. Ello sucede cuando no se observan las reglas básicas en la producción de la prueba. Piénsese, por ejemplo, en la declaración testimonial o la confesión obtenida bajo tortura, o el decomiso de documentos realizado durante un allanamiento de un lugar habitado, sin haberse obtenido previamente una orden judicial, etc., la comunidad está interesada en la represión penal, pero también es de legítimo interés público que el proceso penal seguido contra los ciudadanos acusados no lesione sus derechos fundamentales.

Esta línea garantista y democrática fue la adoptada por el Código Tipo al establecerse por un lado que “todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este Código”,(art. 149); y por otro al señalar que “no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código” (art. 225). En estas normas se establecen dos limitaciones generales para valorar los elementos de prueba incorporados al proceso, reduciendo la amplitud del principio de la libre convicción...” “..Y se entiende siempre como vicios no subsanables (defectos absolutos) concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías constitucionales o cuando afecte derechos previstos por los tratados suscritos por el Estado(art. 227).”

“En efecto la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado la denominada tesis del fruto del árbol envenenado,<sup>39</sup> lo que también se conoce como la regla de exclusión<sup>40</sup> o la doctrina de la supresión, según la cual no puede aceptarse

---

<sup>38</sup> E. Florián, De las pruebas penales, Cita, T.I, pp.245ss.

<sup>39</sup> M. Scaparone, “Common law” e proceso penale, Milano,1974,pp.161ss.

<sup>40</sup> J, Maier, Derecho procesal penal, Cit., p. 462 ss.; Ji. Cafferata Nores, “La Prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales” en temas de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires,1988,pp.193 y ss., j López Quiroga, Las Escuchas..., Cit. Pp. 88ss..De Marino. 2Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba”, en Primeras Jornadas de derecho judicial, Madrid. 1983,pp. 609.

como válido que se utilicen pruebas directamente relacionadas con otros elementos de prueba ilícitos, para sustentar una posición contraria a la del imputado en el proceso penal. En tales supuestos deben excluirse o suprimirse todos y cada uno de los elementos de prueba que hubieren sido obtenidos como consecuencia de una violación de los derechos fundamentales del acusado, aunque la relación sea sólo indirecta. En otras palabras, si el acto regular no hubiere existido sin la inobservancia anterior de una regla esencial, el conocimiento adquirido con base en el acto viciado también comprende el acto regular, como efecto reflejo, directo y necesario, del acto irregular, es decir como fruto del árbol envenenado. Para ello debe recurrirse a lo que en doctrina se señala como la supresión mental hipotética<sup>41</sup>.

Mentalmente se suprime el acto viciado y se examina si siempre se hubiera arribado al acto regular y por tanto, al conocimiento que dio origen al acto mediato. Si suprimida la irregularidad, es posible concluir que también se hubiera arribado al conocimiento que se cuestiona, el elemento de prueba obtenido se puede valorar, de lo contrario debe suprimirse. Se trata de establecer o destacar una relación causa efecto, en donde el acto viciado tendría que ser la causa del acto cuestionado para excluirlo.

No existen dos intereses en conflicto, porque si bien es de interés de la comunidad que los delitos sean sancionados, así como también que en la administración de la justicia resplandezca la verdad, también interesa a la colectividad que la investigación y el enjuiciamiento penal se realicen sin lesionar arbitrariamente los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La razón de ser de esta regla la exclusión parece evidente: desde que se reformo el procedimiento inquisitivo y se aceptó, políticamente, que, a pesar de que el procedimiento penal sirve, principalmente, a la meta de averiguar la verdad objetiva, el constituye un método reglado-no-libre-para arribar a ese fin, con lo que se excluyeron, absoluta o relativamente, algunas formas de investigar la verdad<sup>42</sup>, debido a principios superiores que protegen la dignidad esencial del hombre el fin de arribar a la verdad histórica, no justifica los medios de investigación. La razón ética, el Estado no puede aprovecharse de lo que él mismo ha prohibido, de desalentar la utilización de métodos ilegales de investigación, fulminándose como ineficaces procesalmente, que postulan los tribunales para justificar la regla de exclusión, según se observó anteriormente, sólo son consecuencias beneficiosas de este modo de proceder.

Desde luego la regla de exclusión es sólo para la prueba que afecte al imputado, pues aquella que lo pueda favorecer puede ser utilizada aún cuando se hubiere practicado con inobservancia de las formalidades, aspecto que se

---

<sup>41</sup> Metodo descrito de F. de la Rua, El Recurso de Casación, cit., p. 175. Vittorio Grevi afirma que al declararse nulo el interrogatorio policial del imputado, la nulidad se comunica en general a todos los actos sucesivos ligados por un nexo de dependencia sustancial con el interrogatorio, en : "Nemo tenetur se detegere", Milano,1972,p.360.

<sup>42</sup> J.Majer, Derecho Procesal Penal. Cit,pp.470 y ss.

desprende en forma clara del Código Tipo al disponer ya en el artículo primero que la inobservancia de una regla de garantía establecida a favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio, lo que equivale a señalar que si puede invocarse en su favor.

La jurisprudencia norteamericana ha aplicado la regla de la exclusión de las pruebas indirectamente viciadas, lo mismo que la Argentina.

Los principios básicos en tutela de los derechos del acusado, tales, como el favor rei, el favor libertatis, y el indubio pro reo, el derecho al silencio, etc. Siguiendo esa orientación el Código Tipo acoge y desarrolla esos principios. Así la inobservancia de una regla de garantía establecida a favor del imputado no puede hacerse valer en su perjuicio, aún cuando él hubiere dado consentimiento expreso para infringir dicha regla (Arts.1 párrafo final y 52); se recoge como principio un verdadero estado de inocencia, no ya una presunción (Art.3, párrafo primero); se estipula como restrictiva toda interpretación de una norma que coarte el derecho de libertad del imputado o el ejercicio de una facultad (Art.3, párrafo segundo, y 7); se le otorga carácter de excepcionales y taxativas a las medidas de coerción autorizadas por el Código (Arts. 3, párrafo tercero y 196); se establece el derecho del imputado a guardar silencio (Arts. 41 y 42); se prohíbe expresamente el uso de métodos que menoscaben la libre decisión del imputado, tales como la coacción, amenazas, tortura, engaño, psicofármacos, “sueros de la verdad”, detectores de mentiras, hipnosis, etc. (Arts. 45, párrafo segundo y 148); se señala que el imputado no está obligado a carearse (At. 51); ni tampoco en una reconstrucción (Art.159); que la prisión preventiva se puede aplicar sólo por razones procesales y no como un anticipo de la pena, debiendo tratarse al imputado como inocente (Arts.202 y 217); y en general, se prohíbe el empleo de prácticas probatorias que impliquen violación de derechos fundamentales, salvo los casos estrictamente autorizados (Arts. 148); etc.

El principio rector según el cual el imputado no debe utilizársele como objeto elemento, o fuente de prueba en perjuicio y sin su consentimiento, salvo los casos expresamente establecidos en la ley (ob.cit. p16).<sup>43</sup>

El catedrático de la Universidad de Sevilla, Prof. Francisco Muñoz Conde, en una importante obra de su autoría<sup>44</sup>, expresa: “La prohibición de valorar en un proceso penal determinados medios de prueba de los hechos que se juzgan, cuando estas se han obtenido mediante la violación de derechos humanos fundamentales está, pues, íntima y paralelamente vinculada a la prescripción de la tortura, y es un principio jurídico fácilmente constatable tanto en las constituciones y leyes procesales penales de todos los países civilizados, como en las declaraciones universales de derechos humanos. También los índices de jurisprudencia están repletos de decisiones de tribunales, tanto nacionales

---

<sup>43</sup> J.I. Cafferata Nores, La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales, Cit.,pp.193ss.

<sup>44</sup> Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, República Argentina 2004.

como internacionales, en las que se anulan o no se valoran pruebas obtenidas mediante tortura o malos tratos de los acusados, lo que demuestra que a pesar de la vigencia jurídica universal de la prescripción de la tortura, ésta sigue siendo una práctica más o menos habitual en la indagación policial en muchos países. Es más, incluso el Tribunal Supremo israelí consideró en 1996 que un cierto grado de violencia era admisible contra los sospechosos de terrorismo; y aun está por verse lo que decide la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la situación de los presos de guerra afganos en la base militar norteamericana de Guantánamo (Cuba), que, por porque las noticias que se tienen, se encuentran en una situación muy parecida a la tortura y privados de los derechos mínimos reconocidos en los convenios internacionales a los presos, y desde luego no son ya ningún secreto las torturas infringidas a los presos iraquíes por las tropas estadounidenses (mayo 2004). En todo caso es de esperar que estos ejemplos de un auténtico Derecho penal del Enemigo no se generalicen hasta el punto de volver a situaciones procesales características del sistema inquisitivo y contrarias al Estado de Derecho (ob, cit, 25-26)<sup>45</sup>

También el Prof. Muñoz Conde hace una importante comparación entre la tortura y otro tipo de prueba ilícita:

A diferencia de lo que sucede con la tortura, en el empleo de los medios audiovisuales en la averiguación, y en su caso, prueba de un delito, no produce el mismo rechazo moral, entre otras cosas porque no siempre lesiona un derecho fundamental y su utilización, puede ser admitida, siempre, claro está, que ello sea compatible con los derechos fundamentales del ciudadano que garantizan la Constitución y los Pactos Internacionales de derechos civiles y s lleve a cabo con determinados procedimientos y garantías.

La doctrina ha establecido varios criterios de distinción, pero ha sido sobre toda la jurisprudencia constitucional la que a través de una delimitación del ámbito de protección de los derechos fundamentales, cuya violación da lugar al recurso de amparo, ha establecido el principio general de que no pueden surtir efecto probatorio de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales (ob.cit.28-30).<sup>46</sup>

El profesor Muñoz Conde establece como principio que las injerencias estatales en la vida privada a través del empleo de medios audiovisuales sólo debe admitirse en los casos fijados legalmente, bajo control judicial y siempre de acuerdo con el principio de necesidad, intervención mínima y proporcionalidad. Incluso frente a determinadas manifestaciones del ámbito

---

<sup>45</sup> Debemos recordar que la tortura es uno de los delitos de lesa humanidad que viola las garantías del debido proceso, cuya vulneración resta valor o eficacia probatoria alguna a cualquier acto pre procesal o procesal que fuese consecuencia de la misma; y, que cualquier otra violación a garantías del debido proceso, debe ser considerada igualmente como prueba ilícita y carente de eficacia alguna, como dice el Art. 66 num.3 literal c) de la Constitución Política de la República.

<sup>46</sup> Código de Procedimiento Penal de Ecuador, en el Art.155.señala la forma como debe proceder para que tenga valor una grabación audio visual, y es la autorización por escrito que debe conceder previamente un juez penal a aun fiscal pára que éste realice la grabación. Si esto no se cumple de acuerdo al art. , carece de eficacia probatoria alguna. La inadmisibilidad e ineficacia. la inadmisibilidad e ineficacia se extiende, a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

intangible de la intimidad debería excluirse cualquier tipo de injerencia, siendo discutible si, incluso en los países en los que, bajo estrictos presupuestos, se permiten las llamadas grandes escuchas, estas serían compatibles con el derecho constitucional fundamental a la intimidad en su núcleo más estricto y reservado. En todo caso, las grabaciones que no cumplan, con estos requisitos deben considerarse que violan directamente el derecho fundamental a la intimidad y, por lo tanto de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ no pueden surtir efecto como prueba (ob.cit.p.62-63).<sup>47</sup>

El Código de Procedimiento Penal del Ecuador del 2000, señala en el artículo 155 la forma como se debe proceder para que tenga valor una prueba audio visual, y es la autorización por escrito que debe conceder previamente un juez penal a un fiscal, para que este realice la grabación. Si esto no se cumple, de acuerdo con el artículo 76 numeral 4 de la Constitución Política, y Art.80 del C.P.P. citado carece de eficacia probatoria alguna. la inadmisibilidad e ineficacia se extiende, a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin violación de tales garantías.

La Jurista, Doctora María Antonieta Sáenz Elizondo, profesora de la Universidad de Derecho de Costa Rica, en su opúsculo, LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL, nos ilustra con las siguientes reflexiones.<sup>48</sup>

“El examen del proceso penal, desde un punto de vista de un instrumento idóneo para la realización de la justicia en un sentido pleno, sea tanto para el imputado como para la sociedad que reclame a través de la figura del Ministerio Público; requiere indispensablemente ser en efecto no sólo desde su idoneidad técnica para lograr ese fin, sino del buen manejo de las partes y el órgano jurisdiccional hagan del mismo mediante la adecuada intervención conforme a una fenomenología del acontecer procesal, en relación indisoluble con las reglas del debido proceso, en lo relativo a la problemática de la prueba, toda vez que ella será quien, dada su calidad determine contra quien, el juez inclinará la balanza y empuñe la espada<sup>49</sup>.”

De ahí que la prueba debe ser no sólo válida y efectiva sino que debe generarse conforme a la ley y las debidas garantías del imputado.

---

<sup>47</sup> CLAUS ROXIN, La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, trad. De Gómez Rivero y García Cantizano, Valencia, 2000, p.156.

<sup>48</sup> Publicado en la Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año, 1, No. 6 diciembre de 1992.

<sup>49</sup> Ver Fazzalari e, *Instituzioni, di diritto processuale*, Padua 1975, pp.167. el A., haciendo uso de una forma muy gráfica, expresa una idea sentida por todos (pero rara vez interiorizada) y es que necesariamente después de la cognición, es inevitable que el juez abandone su imparcialidad para tomar partido y sentar responsabilidad en quien corresponde. En consecuencia, en el dispositivo, el juez se parcializa.

El asunto pues, merece especial atención en lo que a prueba ilegítima se refiere puesto que dentro de esta óptica son muchas las injusticias que pueden cometerse. Existen dos formas para determinar cuando estamos frente a la prueba ilícita:

- a. La prueba ilegítima por disposición legal;
- b. La prueba ilegítima así considerada por obra de la doctrina y la jurisprudencia.

### **3.5. CONCEPTO DE LA PRUEBA ILÍCITA.**

La prueba ilícita es aquella que en sentido absoluto o relativo, niega la forma acordada en la norma o va contra principios del derecho positivo.

Una definición más precisa habla no de prueba ilícita, sino de prueba obtenida por medios ilícitos.

La prueba ilegítima (ilícita) tiene íntima relación con medios de prueba prohibido que es aquel medio de prueba que resulta, por sí mismo capaz de proporcionar elementos que permitan llegar a constatar la existencia de un hecho deducido en proceso, pero que el ordenamiento jurídico, prohíbe utilizar<sup>50</sup>. La problemática al respecto pareciera partir como se ha anunciado, sea de una normativa que consagre la prohibición del uso de esas pruebas o de una condición derivada de la prueba misma.

La característica de ilícita puede además, obedecer la formación de la prueba o su utilización. La consecuencia directa que resulta es la inadmisibilidad de estas pruebas, aspecto que desde luego, se da en cualquier tipo de proceso, pero que en el penal se vuelve más dramático.<sup>51</sup>

Sabemos por otro lado, que dentro de cualquier sistema de pruebas las mismas pueden ser orales o escritas, materiales y científicas, directas y mediatas.

### **Examen de las pruebas ilícitas**

A través de la doctrina y la jurisprudencia, el sistema se agiliza y se acerca más a esa fenomenología propia de cada situación y conforme a una visión más

---

<sup>50</sup> Nuvollone P, Le prove vitae nel proceso penale nei paesi di diritto latino en Riv. Dir. Proc. V.XXI (IIserie) 1996, P. 443-448. En cuanto a la segunda definición ver, VIGORITI (V), "Prove illecite e Costituzione" en Riv. Dir. Proc., 1968,p,nota2.

<sup>51</sup> Aquí el juez debe escoger entre el carácter decisivo de esa prueba y el respeto del acusado-culpable,VICORITI (V),op.cit.p.66.

cercana a las reglas del debido proceso. De ahí que el aporte de los estudiosos del Derecho, dentro de los cuales se incluye a los jueces, sea de gran importancia, sobre todo porque tratándose de los órganos jurisdiccionales, éstos tendrán la ocasión de aplicar directamente, sus posiciones.<sup>52</sup>

## **De los motivos de ilicitud**

### 1. Las pruebas ilícitas que se regulan mediante la ley.

Desde el punto de vista de la ley procesal, la primera limitación de un prueba está determinada por la inadmisibilidad o no de la misma. Sea que la primera prohibición para utilizar la prueba es la inadmisibilidad, por medio de este requisito se derivan varias situaciones:

a. En el caso de testigos, la inadmisibilidad puede obedecer a vínculos de parentesco o de afinidad, vínculos jurídicos sustanciales o procesales o a limitaciones a la hora del interrogatorio.

b. En cuanto al imputado, la forma de realizar el interrogatorio se vuelve esencial, pues debe conformarse al respecto más estricto de las modalidades para ello establecidas.

c. Por prohibición de obtener prueba documental sin observar las formas debidas.

d. Por prohibición de practicar pericias acudiendo s ciertas personas o valorando ciertos objetos.

e. Por práctica de actos tendientes a pre constituir prueba de manera irregular.

f. Por reconocimientos practicados sin observar las reglas establecidas para su realización.

“La prueba es el elemento penal más susceptible de ser alterado. Su manipulación se da en varios momentos uno es a la hora de formarla, otro al aplicarla y finalmente en el momento de la decisión judicial. La prueba en materia penal es sinónimo de garantía, la naturaleza de la garantía la convierte en imperativa, de ahí que cada vez que la prueba venga vulnerada y se le niegue este carácter de garantía en el proceso penal, la consecuencia lógica es la nulidad absoluta de ésta”.

“Cuando el juzgador basa su decisión en una prueba ilícita no viola la norma que disciplina el método para adquirir, aplicar o valorar la prueba sino que viola directamente la norma que lo vincula a juzgar conforme a pruebas legítimas. En

---

<sup>52</sup> Sobre el tema de la fecunda labor que puede realizar un juez en el mejoramiento y adecuación del derecho a la justicia. Ver, LAZZARO ©. “La fusione del giudice”. Riv. Dir. Proc. XXVI (IIserie) 1971, p, 1 ss. El autor define al juez como un creador de derecho siempre que debidamente capacitado, confiera al sistema de leyes, onterpretaciones claras y coherentes.

conclusión, la valoración realizada en sede de decisión no es un mero acto de validez sino de un juicio que se apoya en la prueba válida” (ob. Cit.).<sup>53</sup>

El derecho a la prueba, dentro de los términos del Estado de derecho, no puede ser catalogado como un derecho ilimitado, ni siquiera en un terreno en el que la búsqueda de la verdad material adquiere el interés público que tiene en el proceso penal. Aun reconociendo la presencia de ese interés, el ordenamiento reconoce limitaciones al ejercicio de la actividad probatoria en el proceso penal, pues, como se ha dicho la verdad no puede indagarse a cualquier precio. La historia del proceso penal ha sido la de la evolución hacia formas más civilizadas de tutela jurídica y, precisamente, las formas menos evolucionadas y menos garantistas de justicia penal suelen identificarse con períodos de imperio de medios probatorios que hoy entendemos como atentatorios contra los derechos más íntimos del individuo.

---

<sup>53</sup> Debemos insistir en la coincidencia doctrinaria, en el sentido de que la prueba ilícita es inadmisibile, y que en tal sentido se pronuncia igualmente la jurisprudencia extranjera que viene siendo consultada.



## CAPITULO IV

### NATURALEZA, CONTENIDO, CARÁCTER, LÍMITES, E INVALIDEZ DE LAS PRUEBAS ILEGALES.

#### 4.1 La Prueba Ilícita y su afectación al Derecho a la Intimidad.

El profesor de Derecho Penal José Sáez Capel ya hace algunos años escribió un importante trabajo relacionado con el tema de las escuchas telefónicas, del que me permito citar los siguientes párrafos<sup>54</sup>:

“Este derecho constituye una especie de derechos personalísimos, prerrogativas de contenido extramatrimonial, inalienables, perpetuos y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde su nacimiento hasta la muerte, de lo que en modo alguno puede ser privado por la acción del Estado ni de terceros, sin menoscabo a su personalidad.

Existen al menos tres categorías de estos derechos:

- a) Los primordiales de la persona física;
- b) Las libertades civiles; y,
- c) La igualdad civil.

Entre los primeros encontramos el derecho a la vida, a la integridad y a la intimidad a los que debe agregarse el derecho a la propia imagen, que importan una aplicación del derecho a la intimidad. Entre las libertades el autor José Sáez Capel, alude a la libertad de la esfera doméstica, que también se vincula con la intimidad por cuanto pretende mantener libre de injerencias el domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados. Ello así este derecho se trata de una especie dentro del género de los derechos personalísimos”.

Sáez Capel se refiere a la Intervención telefónica obtenida mediante quebrantamiento constitucional, manifestando:

Los frutos del árbol envenenado.-La inadmisibilidad judicial de la prueba obtenida mediante conculcación del derecho a la inviolabilidad de las

---

<sup>54</sup> José Sáez Capel, El derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas, Din Editora, Buenos Aires, República Argentina, 1999.

comunicaciones puede devenir de una interceptación ilegal practicada por particulares, bien de la vía de hecho de administración, bien porque hubiera sido ordenada judicialmente la medida y que posteriormente haya sido declarada la nulidad de la misma.

La conocida doctrina de los frutos del árbol envenenado entronca con la imposibilidad de que se utilicen como prueba en el proceso penal, elementos obtenidos, violación mediante, de garantías fundamentales.

Tiene vinculación con la invalidez de la utilización en el proceso de pruebas que sin ser corpus de la violación constitucional, se han colectado gracias a ellas.

Con relación a la invalidez del corpus de la violación constitucional, existe, al decir de Cafferata Nores,<sup>55</sup> una generalizada corriente de opinión entre nosotros que niega la posibilidad de dar validez conviccional a cualquier elemento de prueba constitutivo de la violación constitucional en sí misma. Tal por ejemplo en el caso de confesión obtenida mediante apremios ilegales, cuya descalificación probatoria proviene de expresas disposiciones legales relativas a la libertad de declarar, a las cuales se suman otros argumentos, como los esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia en el caso Montenegro Luis B.<sup>56</sup> al referir que otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre el una sentencia judicial, compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito.

Es reiterada la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que resultan inadmisibles como elementos de prueba en el proceso penal, aquellos obtenidos mediante procedimientos condenados por la ley y por tanto inidóneos para fundar una condena por más que hayan sido logrados con el propósito de descubrir y perseguir un delito”(ob, cit. Pp. 177,178,179)<sup>57</sup>

#### **4.2. Invalidez de las pruebas ilegales derivadas.**

Quienes nos expedimos por sostener la invalidez de aquellas, pensamos que toda prueba que así se obtenga será necesariamente una consecuencia necesaria de esta, y por ende, tan ilegítima como el propio quebrantamiento

---

<sup>55</sup> Cafferata Nores, J.I. Temas de derecho procesal penal, pág.193, Buenos Aires, 1987. Los frutos del árbol envenenado. Doctrina Penal, julio/septiembre 1986, pág.491.)

<sup>56</sup> CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN, Montenegro Luis B., diciembre 10 de 1981,LL. 1982.D.225, CON NOTA DE F. DE LA RUA sobre Un fallo sobre la confesión y la tortura.

<sup>57</sup> FALLOS:303: 1938; 306: 1752; 307;440; 308:244 y 2045

que la origina.<sup>58</sup>Es que la eficacia, de por ejemplo, la garantía que prohíbe forzar la declaración del imputado no puede reducirse sólo a quitarle validez como prueba de confesión a los dichos obtenidos por ese medio, sino que debe derivarlos de cualquier otra idoneidad auto incriminatoria aun indirecta que de ellos pueda derivarse.

Reducir al ámbito de la invalidez sólo a lo que el imputado dijo bajo tormento, pero aprovechar esos dichos para lograr otras pruebas, admitiéndolas a estas como válidas, significaría desnaturalizar la eficacia de las garantías, al punto de legalizar el fruto de su violación<sup>59</sup>

Permitir que la justicia, so pretexto de reprimir una infracción legal, se valga de una infracción inconstitucional, sería abiertamente contrario a la prevalencia normativa y equivaldría a admitir que el orden jurídico puede mantenerse a costa de su propia vulneración, lo que configuraría una contradicción fundamental, destructiva de su esencia<sup>60</sup>.

Ello por cuanto el derecho procesal penal, dispone de instrumentos de coacción y de intervención que en otros procedimientos jurídicamente ordenados resulte inaudito. El procedimiento penal justamente porque debe servir a la imposición de la protección de bienes jurídicos en ámbitos centrales de convivencia humana está provisto de los medios más intensos con los cuales debe contar el ciudadano. Esto no rige recién en el procedimiento principal o en el procedimiento de ejecución, sino ya en el procedimiento instructorio, con los medios de coacción tales como la prisión preventiva o la intervención telefónica.<sup>61</sup>

Lo que tiene sentido no sólo como la realización del derecho sustantivo, sino también como derecho constitucional aplicado o al decir de HASSEMER, “como indicador de la respectiva cultura jurídica o política, pues en el derecho procesal penal y su realización práctica se encuentran los signos que califican la calidad de la relación de un Estado con sus ciudadanos”.

---

<sup>58</sup> En Ecuador la inadmisibilidad o ineficacia es la única respuesta constitucional y procesal posible, pues el art. 76 num 4 de la Constitución dice “ las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna. El art. 80 del CPP expresa “ ineficacia probatoria.- Toda acción pre procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías”. Este criterio de ineficacia se extiende, por ejemplo, a los peritajes que se hubiesen efectuado sobre las grabaciones de audio y de video obtenidas ilícitamente, esto es sin cumplir el mandato del artículo 155 del CCP.

<sup>59</sup> Cafferata Nores, J.I., ob. Cit. Pág. 196 y siguientes.

<sup>60</sup> CNCRIM.Y CORREC.Sala IV julio 4,LL., 1997-c-416.)

<sup>61</sup> Hassemer w., Crítica al derecho penal de hoy, pág. 72. Traducción al español de Patricia Ziff. Buenos Aires,1995.

En tal sentido la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional tiene dicho que si la base incriminatoria del procedimiento está sostenida en valoraciones derivadas de escuchas telefónicas no dispuestas válidamente, sobra la doctrina del fruto del árbol envenenado, corresponde extenderle la sanción de nulidad de los actos consecuentes al viciado.<sup>62</sup>

El jurista alemán Claus Roxin en su obra de Derecho Procesal Penal nos ilustra como sigue.<sup>63</sup>

Y ello es así por cuanto entre la prueba derivada y la prueba violatoria de garantías constitucionales, existe una relación de causa y efecto, por lo que negar esta relación, dándole valor al efecto de la aparente irregularidad formal, sin tener en cuenta su constitucionalidad evidente, resulta una forma encubierta de violar la garantía constitucional. Así proceder, importaría desnaturalizarla por cuanto el procedimiento penal y su concepción jurídica no deber ser vistos solamente como un medio para el esclarecimiento y persecución de los hechos punibles, sino también como un signo de la respectiva cultura jurídica. Su ethos y su legitimación surgen a partir de una superioridad moral frente al control social en principio no vinculante. Esta superioridad moral se apoya en la cuestión de cual son límites y principios del derecho procesal penal que se pretende hacer valer. Solamente un proceso penal de principios firmes puede mantener la confianza y el respeto de la población.

Cierto es que la operatividad propia de las garantías constitucionales priva de todo valor, tanto a la prueba que resulta el cuerpo de la violación, como aquella que es la consecuencia necesaria e inmediata de la misma. Por cuanto de la violación de una garantía constitucional no puede derivarse un perjuicio para el afectado, pues sería tanto como volver a desconocer aquella garantía, el aprovechar lo que resulta de su quebrantamiento.

El eminente jurista alemán Dr. Claus Roxin, en su obra de Derecho Procesal Penal, edición Argentina nos ilustra en el tema de las pruebas prohibidas y las medidas coercitivas e injerencias en los derechos fundamentales, relacionadas en la afectación de garantías constitucionales, mediante la grabación de telecomunicaciones, de la siguiente manera:

La vigilancia y la grabación de las telecomunicaciones en soportes de sonidos pueden ser ordenadas bajo los siguientes presupuestos:

a.) Circunstancias determinadas deben fundar la sospecha de que alguien ha cometido como autor, partícipe un hecho punible político o militar, un delito del ámbito de la criminalidad más grave, de estupefacientes u organizada o ciertos hechos punibles conforme a la ley extranjera o la ley de procedimiento de asilo; por tanto no son suficientes las meras suposiciones o conclusiones. Antes bien la sospecha correspondiente a uno de los hechos punibles mencionados debe haber alcanzado ya una cierta mediada de concreción, a través del material fáctico concluyente del mundo externo e interno de los sucesos.

---

<sup>62</sup> CAM. CRIM Y Correc., Sala iv. In re Mile Antonio. Julio 4 de 1996, LL., 1997-C-416.

<sup>63</sup> Claus roxin, Derecho Proceal penal, traducción de la 25. Edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, Editores DEL Puerto, s.r.L. Buenos Aires-2000.

b.) La vigilancia de las telecomunicaciones es, en principio, subsidiaria esto es, ella sólo puede realizarse cuando, de otra manera, la investigación de las circunstancias o la averiguación del lugar de residencia del imputado, no ofrecería probabilidad alguna de éxito o se tornaría considerablemente más difícil.

c.) La orden se dirige en primer lugar, contra el imputado. Pero en determinadas circunstancias, la orden también puede afectar a terceras personas no sospechosas cuando, en razón de circunstancias determinadas, se debe suponer que ellas reciben o transmiten comunicaciones dirigidas al imputado utiliza su conexión telefónica.

En cuanto al mecanismo el Prof. Claus Roxin dice.

Sobre la orden decide el juez; en caso de peligro inminente en la demora, la fiscalía. Ella debe constatar por escrito, contener el nombre y la dirección del afectado; así como determinar el modo, la extensión y la duración de las medidas. La duración máxima de la medida está limitada a tres meses; sin embargo, en ciertas circunstancias es posible la prolongación del plazo. Las medidas de vigilancia son llevadas a cabo por el juez, por la fiscalía o por los funcionarios auxiliares de la fiscalía; el encargado de la instalación se limita a realizar la conexión telefónica respectiva con las autoridades de la persecución penal, competentes en el caso particular.

Dado que con frecuencia en la vigilancia de las telecomunicaciones no se puede evitar la obtención de antecedentes que, desde un principio, se descartan como medios de prueba (por ejemplo, comunicaciones con no partícipes) o cuya ineptitud como medio de prueba se manifiesta en el transcurso del procedimiento, dispone que los antecedentes así obtenidos deben ser destruidos inmediatamente bajo el control de la fiscalía, tan pronto como ya no sean necesarios para la persecución penal; también deben ser destruidos en caso de un sobreseimiento o de condena firme. En cuanto a la forma de introducir esta prueba en el proceso, cumpliendo con el presupuesto previo de procedencia, el profesor Roxin nos ilustra así:

“La ley no expresa como pueden ser introducidas en el proceso las informaciones obtenidas. Se puede pasar la cinta magnetofónica, inspección ocular, o bien se puede utilizar las actas con el contenido de la grabación, a través de la prueba documental. Sin embargo no está permitido reproducir o leer meros extractos o resúmenes. Por supuesto es presupuesto de una valoración semejante que la vigilancia de las telecomunicaciones se haya mantenido dentro del marco establecido por la ley. Es por eso que la grabación de una conversación no puede ser valorada cuando ha sido realizada sin orden judicial. También se necesita una orden judicial cuando el interlocutor está de acuerdo con que un funcionario judicial escuche la conversación. Si con motivo de la vigilancia legítima se toma conocimiento de la comisión de acciones punibles por las cuales no se podría haber emitido una orden conforme. (Ej. Falsificación de documentos) los elementos probatorios así obtenidos son invalorables en el proceso penal.

Los profesores españoles Lotario Vilaboy Lois y Lourdes Noya Ferreiro nos dicen que:

Uno de los principios fundamentales del proceso penal en un estado de Derecho es, que la verdad material solo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, es decir a través de los procedimientos legales establecidos conforme a la Constitución y en función de ellas interpretados y no a cualquier precio en un principio de esta naturaleza el ciudadano puede estar sometido a restricciones de muy variada índole: privación de libertad, registros domiciliarios, intervención de comunicaciones, etc. Pero el papel del Derecho radica en que estas restricciones respondan siempre a un principio de justicia, de proporcionalidad y de seguridad jurídica.

La Constitución española de 1978, consagra en el ART. 18.3, el secreto de las comunicaciones, y la medida de intervención telefónica constituye una injerencia a dicha garantía fundamental, aunque hoy con el avance tecnológico es más fácil su vulneración. Hay una relación estrecha entre el secreto de las telecomunicaciones y el derecho a la intimidad, si nos referimos a la Constitución de Ecuador, apreciamos que en el artículo 66, numeral 21 está prevista la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia; y dicha inviolabilidad se extiende a cualquier otro tipo o forma de comunicación, pero podríamos convenir en que el derecho a la intimidad es de carácter material y con el mismo se protege el área de mayor reserva del ciudadano, en tanto que el secreto de las comunicaciones puede ser apreciado como más formal pues se pretende proteger al proceso mismo de comunicación aunque su contenido sea o no reservado<sup>64</sup>.

El mismo art. 18.3 de la Constitución de España junto a la protección del secreto de las comunicaciones, prevé su limitación que únicamente podrá tener lugar por medio de resolución judicial; en el caso de Ecuador, su limitación esta prevista en el Art.155 del Código de Procedimiento Penal que faculta a un juez Penal para que autorice previamente por escrito a un fiscal para que realice la interceptación o cualquier grabación de audio o de video.

En cuanto a los presupuestos constitucionales y requisitos procesales de la medida de intervención telefónica, que se demanda en el caso de España, que puede ser extrapolado para el caso de Ecuador; siendo una medida restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, debe ser adoptada por una autoridad judicial, que debe cumplir con la observancia del principio de proporcionalidad y de la intervención judicial.

La medida de la intervención telefónica ha de estar prevista legalmente, como dispone el art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

---

<sup>64</sup> Ob.cita.p. 11. Con el Derecho al secreto de las comunicaciones puede protegerse el derecho a la intimidad en los supuestos en que las conversaciones desarrolladas afecten al área reservada de la persona STC 114/84, DE 29 de noviembre;SSTS DE 18 De junio de 1993,15 de julio de 1993, 18 de abril de 1994,11 de mayo de 1994. 15 de marzo de 1996.

El principio de proporcionalidad, entendido como la prohibición de exceso por parte de los poderes públicos, engloba a su vez tres sub principios la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, debiendo el órgano jurisdiccional que pretenda acordar una intervención telefónica respetar cada uno de ellos.

La idoneidad supone que la adopción de cualquier medida limitada de un derecho fundamental ha de ir precedida de un riguroso examen sobre su aptitud para la obtención del fin perseguido, ya que de otra manera no se justificaría la intromisión. La necesidad conlleva que todas las medidas que el órgano jurisdiccional ha considerado aptas para el fin perseguido, se debe elegir aquella que cause menor lesión al sujeto afectado. Finalmente la proporcionalidad en sentido estricto significa que el órgano jurisdiccional deberá valorar a través de la ponderación de los intereses en conflicto, si se justifica el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones de un individuo en relación con la entidad del interés estatal que se trata de proteger.

La ponderación con que debe actuar un juez en cada caso concreto es fundamental para el respeto, vigencia y consolidación del Estado de Derecho, pues actuar de otra de otra manera significaría desconocer su efectiva existencia. Dura tarea para el juez a la hora de realizar la valoración. Previo a su decisión es la de determinar, los criterios en que debe fundar la importancia de la persecución penal, mismos que pueden referirse a la gravedad de la imputación, al grado de participación, y a las consecuencias jurídicas del acto reputado como delictivo. El juez de instrucción<sup>65</sup> debe establecer qué tipo de instrucción debe establecer qué tipo de intereses individuales son merecedores de ser tenidos en cuenta a la hora de limitar el derecho al secreto de las comunicaciones mediante una intervención telefónica.

Los profesores de la Universidad de Santiago de Compostela. LOTARIO VILABOY Y LOURDES NOYA FERREIRO, comentan sobre la intervención judicial:

El segundo presupuesto constitucional que debe respetar una medida restrictiva del secreto de las comunicaciones e la intervención de la autoridad judicial, que aparece expresamente recogida en el art. 18.3 de la Constitución Española. De ordinario, los órganos judiciales, en virtud de los arts., 24.1 y 117.3 de la Constitución Española, actúan siempre como últimos garantes de los derechos y libertades de los ciudadanos, pero cuando se trata de limitar derechos fundamentales con protección privilegiada, la actividad de los jueces no puede ceñirse en enjuiciar a posteriori la validez o ilegalidad de un acto o comportamiento jurídico, sino mucho más allá, ostentan el monopolio para autorizar la adopción de medidas restrictivas de tales derechos; autorización judicial que en el caso de la intervención telefónica ha de ser previa a la limitación del derecho.

En Ecuador sin duda debe preceder a la interceptación y registro o grabación de conversaciones telefónicas o de otro tipo como las que contienen audio y video,

---

<sup>65</sup> LOTARIO VILABOY y LOURDES NOYA FERREIRO ob, cit.p.15.

la autorización por escrito que le dé un juez penal a un fiscal, mismo que es responsable de la conversación y reserva sobre contenido, al igual que el personal técnico que seguramente lo auxiliará en la tarea<sup>66</sup>. De acuerdo con nuestra normativa procesal el juez penal puede autorizar por escrito a un fiscal para la interceptación y registro de una conversación telefónica o de otro tipo, pero igualmente ese juez penal puede negarse a la autorización, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomando en consideración la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad supone un examen riguroso en torno a la gravedad de la intromisión, la necesidad demanda tomar la medida que cause la menor lesión jurídica, y la proporcionalidad en sentido estricto, le exige al juez que pondere los intereses en conflicto previo a sacrificar el derecho del ciudadano frente al interés del Estado. El juez penal puede negarse a conceder la autorización para no vulnerar una garantía constitucional, y esto es de mayor preeminencia en un modelo acusatorio como el ecuatoriano en que el juez penal es juez de garantías y de control de la instrucción fiscal, en tanto que el fiscal es el titular de la acción penal y es el que dirige la investigación pre procesal. Es así como únicamente el juez puede disponer un auto de prisión preventiva, cuando en su opinión lo considere necesario, y previo el cumplimiento de las exigencias procesales, u otro tipo de medidas cautelares personales o reales. El art 159 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, dice: A fin de garantizar la inmediación del procesado al proceso, la comparecencia de las partes al juicio; así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal o carácter real. En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueran suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia. Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en este Código.

La razón para que se le reconozca al juez penal la competencia para disponer o no una medida de aseguramiento a más de lo expresado de que es juez de garantías, se encuentra en que con su decisión se está limitando una garantía constitucional y derecho fundamental como es el derecho a la libertad, imponiéndole al juez penal la obligación de la fundamentación hasta para una detención con fines de investigación y con mayor razón cuando se trata de prisión preventiva.

.

En el art. 27 del CPP de Ecuador se refiere a la competencia de los jueces penales en el CPP. De Ecuador en el numeral 1 se reconoce la competencia para garantizar los derechos del imputado y del ofendido durante la etapa de instrucción fiscal, conforme a las facultades y deberes de este código, en tanto que el numeral 3, se le asigna competencia para dictar las medidas cautelares personales y reales.

---

<sup>66</sup> Código de Procedimiento Penal de Ecuador, Art.155.- Interceptación y grabaciones.-



En el artículo 150 de nuestra ley procesal penal, lo que tiene que ver con el juez penal como garante de la constitucionalidad: Inviolabilidad. La correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, cablegráfico, por télex o por cualquier otro medio de comunicación es inviolable. Sin embargo el juez podrá autorizar al fiscal, a pedido de éste, para que por sí mismo o por medio de la policía judicial la pueda retener , abrir, interceptar, y examinar, cuando haya suficiente evidencia para presumir que tal correspondencia tiene alguna relación con el delito que se investiga o con la participación del sospechoso o del imputado. En este caso igualmente es de facultad discrecional del juez penal, conceder o no la autorización para que el fiscal con el auxilio de la Policía judicial puede retener, abrir, interceptar y examinar la correspondencia.

En cuanto a las medidas cautelares reales, el art. 191 del CPP dice para garantizar la presencia del procesado al juicio, la indemnización de la pena y las indemnizaciones pecuniarias el juez de garantías penales podrá ordenar sobre los bienes del procesado el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar. Estas medidas cautelares sólo podrán dictarse cuando el caso reúna las condiciones necesarias como para hacer previsible que el procesado pueda ser llevado a juicio como autor, cómplice y que la necesidad de precautelar la administración de justicia así lo impugnan.

Como la Constitución Política de la República prevé como un derecho fundamental la inviolabilidad del domicilio en el art.66 numeral 22 <sup>67</sup> por razones de política criminal y atendiendo al caso concreto, el juez penal puede autorizar el allanamiento de una vivienda, para hacer efectivo un auto de prisión preventiva o una sentencia condenatoria a pena privativa de libertad art.194, numeral 1 del CPP., para recaudar lo sustraído o los objetos que constituyen medios de prueba art.194 numeral 4. La autorización del juez en este caso debe expedirse mediante auto fundamentado, conforme lo dispone expresamente el art.195 del CPP. No se requiere de formalidad alguna, en casos excepcionales a los que denominamos en estado de necesidad, como cuando se trata de aprehender a una persona que acaba de cometer delito flagrante, mientras es perseguida; y, cuando se trata de impedir la consumación de un delito que se está cometiendo o de socorrer a las víctimas, en que se debe actuar de inmediato prescindiendo de la previa autorización del juez. La fundamentación o motivación suficiente de resoluciones que acuerden medidas restrictivas de derechos fundamentales, es igualmente exigible en España de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando regula las medidas de intervención postal, telegráfica y telefónica.

---

<sup>67</sup> Constitución Política del Ecuador art. 66 numeral 22.

### **4.3. La Ineficacia Probatoria de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal Ecuatoriano.**

#### **1. INTRODUCCION.**

La principal finalidad es ampliar el ámbito de criticidad de uno anterior,<sup>68</sup> en el que se ya se abordó la temática de la prueba ilícita desde su fundamentación axiológica, así como también desde diversos aspectos que le conciernen, como su terminología, Conceptualización, tratamiento procesal, regulación positiva, así como el paragón de la regla de exclusiones probatorias en el Ecuador y las excepciones a dicha regla. Todo esto, desde el hilo conductor de nuestro código de Procedimiento Penal y el derecho Procesal Penal comparado.

En aquella oportunidad ya se había señalado sobre la necesidad existente de acoger parámetros doctrinarios y jurisprudenciales desarrollados por la dogmática procesal penal extranjera para la interpretación y el desarrollo del contenido de la prueba ilícita en el Ecuador, situación que con el devenir de desaforados acontecimientos, políticos y sociales en nuestro país nos dan la razón.

Tal es el caso de lo sucedido con los famosos “Borbuvideos” en donde se destituyó de su cargo al notable jurista Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, Magistrado de la tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, y se removió de sus funciones a dos Magistrados más en base a unos videos y grabaciones magnetofónicas, obtenidas en flagrante infracción constitucional, y pese a esa clara advertencia de inconstitucionalidad probatoria, se resolvió su separación sin aplicar ningún criterio judicial válido que otorgue admisibilidad como prueba a los videos y grabaciones, circunstancia que se encuentra fuera de toda la doctrina y jurisprudencia desplegada sobre la prueba ilícita y sus excepciones en materia probatoria.

He aquí la importancia capital que encierra determinar y establecer las limitaciones de la prueba ilícita y sus derivados, así como de fijar cuales serían las excepciones a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita en nuestro país, más aun en nuestro CPP, que en materia probatoria, es de naturaleza eminentemente garantista y proteccionista de los Derechos fundamentales del imputado o acusado.

#### **2. La Prueba Ilícita.-**

La prueba que vulnera garantías constitucionales o derechos fundamentales en su obtención tiene el nombre de prueba ilícita esta conceptualización recibe una eminente aceptación en la doctrina extranjera que predominantemente identifica al concepto de prueba ilícita con aquella

---

<sup>68</sup> Ideas de aproximación al tema de la prueba ilícita en el proceso penal del Ecuador, Memoria del XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal i Criminología, Guayaquil, 25, 26, 27,28 de Octubre del 2005, Ara, Editores, pág, 921 y ss.

prueba que tente contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana.<sup>69</sup>

Esta conceptualización no es extraña a lo que dispone el art. 80 de nuestro CPP, por lo que se deduce, que al referido concepto y definición de prueba ilícita son aplicables a nuestra legislación.

Prueba ilícita entonces, es la que se obtiene como producto o resultado de la violación de un derecho fundamental o garantía constitucional, en otras palabras los casos en que para la obtención de prueba se vulnera uno de los derechos consagrados en nuestra Constitución, dígame derecho a la inviolabilidad de domicilio, derecho de la inviolabilidad de correspondencia, derecho a no auto incriminarse, derecho a la intimidad personal, derecho a la asistencia de un abogado, derecho a no ser incomunicado entre otros, que son garantías básicas del debido proceso prescritas en el ( art. 66 numeral 22) De nuestra Constitución de la República y en los tratados convenios o pactos internacionales, sobre derechos humanos suscritos por el Ecuador, y que también son texto Constitucional.

Precisamente de esta manera que la característica singular de la prueba ilícita, es la existencia de un menoscabo o lesión a una garantía constitucional o derecho fundamental en la obtención de un medio de prueba, porque de lo contrario su trato procesal varía considerablemente ya que saldría del concepto de prueba ilícita, sometiéndose a otra ponderación por del tribunal penal. (Prueba irregular o prueba ilegal art.83 C.P.P.E).<sup>70</sup>

### **3. La Ineficacia Probatoria de la Prueba Ilícita y sus Efectos.-**

En efecto la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, en el Ecuador se encuentra constitucionalizada y elevada a nivel de garantía judicial básica con

---

<sup>69</sup> Silvia Malero V., citada por Miranda Entrampes, Manuel, el concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal Barcelona, 1999, p. 17. El mismo criterio de conceptualización de prueba ilícita es el tomada por: Ore Guardia, Artemio, Manual de Derecho Procesal Penal, Ed. Alternativas, segunda edición, Lima Perú, 1999. García Falconí José ; manual de practica procesal constitucional y penal,. Primera edición, Quito Ecuador. Además se debe rescatar que la citada conceptualización de prueba ilícita o prohibida ha sido la posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Español, puede verse en el aspecto S. T. C. 11-1984; Y EL AUTO Sala Segunda T.S. de 18 de junio de 1992 (R.A 6102), que declara: "Nadie niega en España la imposibilidad constitucional ilegal de la valoración de las pruebas obtenidas con la infracción de derechos fundamentales por la colisión que ellos entrarían en el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (art. 24.2. y 14CE) Y con el art. 11.1 de la LOPJ. No toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y practica de las pruebas puede conducir a esa imposibilidad, hay que concluir que solo cabe afirmar que existe prueba prohibida cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales".

<sup>70</sup> Conf. Zavala Vaquerizo Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo III, E editorial Edino, Guayaquil Ecuador, 2004, pág. 84. Aunque se guardan las distancias con la conceptualización dada la prueba ilícita en este trabajo, el autor ecuatoriano reconoce el tratamiento procesal diferente que tiene en nuestro CPP. La prueba que violente formas procesales al momento de incorporar el medio de prueba al proceso.

lo que se asegura la aplicación de este mandato ineludiblemente, más aun cuando en nuestra Carta Magna en el art. 426, señala que “Las Cortes Tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente.

Así mismo, se destaca que en nuestra legislación penal la ineficacia probatoria de la prueba ilícita tiene una regulación positiva bien especifica la misma que se encuentra en el art. 80 del CPP, preceptuándose que “Toda acción pre procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales, carecerá de eficacia probatoria alguna....”.

Tanto la norma constitucional en el art 76 numeral 4, como la norma procesal penal del art. 80 antes citadas dan una sola interpretación: la imposibilidad jurisdiccional de valorar prueba ilícita pues, todo acto de obtención de información o evidencia que violente derechos fundamentales o garantías constitucionales se sanciona constitucionalmente con la invalidez jurídico procesal, que es garantía del debido proceso y se produce Ex Tunc, por el Ministerio de la Ley, esto, según nos enseña el reconocido autor ecuatoriano Luis Humberto Abarca Gáelas.<sup>71</sup>

Ahora si bien he realizado una interpretación de ningún valor legal que tiene la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, su ineficacia jurídica de pleno derecho, nos compete extenuar el análisis integro del Art 80 de nuestro CPP, norma que trata de la prueba ilícita y sus efectos o lo que es lo mismo de la doctrina del fruto del árbol envenado. Bajo esta observación resaltamos la interpretación del art. 80 del CPP a la prueba ilícita así como su efecto inmediato en nuestro país se someterá a la de carencia de eficacia probatoria alguna, así según reza la norma procesal del art. 80.

---

<sup>71</sup> Abarca Gáelas: El debido proceso penal acusatorio ecuatoriano, la función persecutoria y el Non BIS In ibídem en el proceso penal acusatorio del Ecuador, la con causalidad en el CPE, Corte Suprema de Justicia y Consejo Nacional de la Judicatura, Quito Ecuador, junio 2006, pass., 31y 91

## **5. CONCLUSIONES:**

1.- La prueba ilícita o ilegítima es aquella que en sentido absoluto o relativo niega la forma acordada en la norma o va contra principios del derecho positivo, tiene íntima relación con el concepto de medio de prueba prohibido.

2.- La prueba ilícita produce nulidad absoluta del proceso, la naturaleza de garantía, la convierte en imperativa, de ahí que cada vez que la prueba venga vulnerada y se le niegue este carácter de garantía en el proceso penal, la consecuencia lógica es la nulidad absoluta y los efectos que conlleva la nulidad.

3.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las garantías básicas sin menoscabo lo que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia, como lo prevé el Art. 76 numeral 4, de la Constitución Política del Estado, que refiere que las pruebas obtenidas o actuadas, con violación de la Constitución o la Ley, no tendrá validez alguna.

4.- La prueba ilícita vulnera las garantías constitucionales e irrespeta los derechos humanos.

5.- La prueba ilícita, esta conceptualización recibe una eminente aceptación en la doctrina extranjera que predominantemente identifica al concepto de prueba ilícita con aquella prueba que atenta contra la dignidad de las personas, prueba ilícita entonces, es la que se obtiene como producto o resultado de la violación de un derecho fundamental o garantía constitucional.

## **6. RECOMENDACIONES.-**

1. Sugerir a la policía Nacional, Ministerio Fisco, Operadores de Justicia que en los medios probatorios, se rijan por los principios y garantías del Derecho Constitucional, sobre todo en la relacionada en las reglas del debido proceso , para que no se vulneren los Derechos Humanos.

2. Recomendar así mismo a los operadores de justicia en base al principio de economía procesal que se actúen las pruebas de conformidad con la Ley, con la finalidad de que se ahorre recursos para el Estado.

3. Que el Consejo Nacional de la Judicatura, imparta a través de cursos especializados, a la policía Nacional, al Ministerio Público y demás Instituciones que tengan relación con la Administración de justicia, para que se observe las garantías básicas del debido proceso, los instrumentos y tratados internacionales, las Leyes, y la Jurisprudencia.

4. Recomendar a los jueces cuando intervengan con su autorización la intervención o limitación de un derecho garantizado en la Constitución, lo haga con la motivación necesaria y el tiempo que amerite, capaz de no causar daño al sujeto.

5. Así mismo recomendar a los jueces cuando dispongan la intervención de un derecho fundamental o garantía constitucional, en contra de algún sujeto se lo ordene previo a la justificación que amerite ser concedida.