



Universidad Internacional SEK

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo de titulación para la obtención del Título de
Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral

Título: El rol del Juez de Garantías Penales en la retención de correspondencia y la interceptación de comunicaciones. La necesidad de controles que hagan efectiva la tutela judicial efectiva y el cumplimiento de normas dentro del proceso penal.

Director: Álvaro Román Márquez

Autor: Víctor Agustín Velástegui Rodríguez

11 de noviembre de 2017

Declaración Juramentada

Yo, Víctor Agustín Velástegui Rodríguez, con cédula de ciudadanía No. 1718412487, declaro bajo juramento que el trabajo aquí presentado es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional, y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen. A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo a la Universidad Internacional SEK, Ecuador, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente

Víctor Agustín Velástegui Rodríguez

C.C. N° 1718412487

Dedicatoria

A mis padres, Wilson y Margot, por inculcarme los valores y principios que sirvieron para forjar la persona que hoy soy.

A mi familia, por ayudarme a poner los pies en la tierra cuando es necesario.

A Lizeth, por darme el apoyo en los momentos difíciles.

Este trabajo es para todos ustedes.

Resumen

La retención de correspondencia y la interceptación de comunicaciones se constituyen en dos actuaciones investigativas admitidas por nuestro procedimiento penal, en las cuales existen graves y fuertes injerencias en los derechos fundamentales de los investigados. En ese marco se erige el juez de garantías penales como principal garante de los derechos de los sujetos del proceso penal, a fin de evitar arbitrariedades, principalmente en el desarrollo de las referidas actuaciones.

El presente estudio tiene por fin investigar el origen del juez de garantías penales en el Ecuador; determinar cuáles son los roles, constitucionales y legales, establecidos para el juez; comprobar los procedimientos que la ley ha previsto para las interceptaciones de comunicaciones y retención de correspondiente; y, establecer si las funciones entregadas para los jueces de garantías penales se encuentran cumplidas en los casos de interceptaciones y recepción de correspondencia que se han presentado en la ciudad de Quito desde la vigencia del COIP.

Abstract

The retention of correspondence and the interception of communications are constituted in two investigative actions admitted by our criminal procedure, in which there is serious and strong interference in the fundamental rights of the investigated person. Within this framework, the criminal guarantees judge is established as the main guarantor of the rights of the subjects in the criminal process, in order to avoid arbitrariness, mainly in the development of the aforementioned proceedings.

The present study has as purpose to investigate the origin of the criminal guarantees judge in Ecuador; determine which are the constitutional and legal roles established for the judge; check the procedures that the law has foreseen for communications interceptions and corresponding retention; and, establish if the functions delivered for the judges of criminal guarantees are fulfilled in the cases of interceptions and reception of correspondence that have been presented in the city of Quito since the validity of the COIP.

Índice

Introducción

Capítulo I: EL ROL DEL JUEZ Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL

1.1.- Antecedentes históricos

1.2.- Fundamentos del proceso penal

1.3.-El garantismo y el papel del juez dentro del proceso penal

1.3.1.- Los aportes del garantismo al proceso penal.

1.3.2.- El rol del juez de garantías dentro del proceso penal contemporáneo

1.4.- Derechos fundamentales y el proceso penal acusatorio

1.5.- La necesidad de controles dentro del proceso penal acusatorio.

Capítulo II: LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD E INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y NACIONAL.

2.1.- La visión de derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad de correspondencia, desde la óptica de la CrIDH y el TEDH.

2.1.1.- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.1.2.- Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2.2.- El paradigma constitucional ecuatoriano.

2.2.1.- Análisis del sistema constitucional ecuatoriano.

2.2.2.- La Constitución ecuatoriana frente a los Tratados internacionales.

2.3.-Las restricciones de los derechos constitucionales a la intimidad y a la inviolabilidad de correspondencia en el proceso penal,según la normativa del Ecuador.

2.3.1.- La retención de correspondencia en el COIP

2.3.2.- La interceptación de las comunicaciones o datos informáticos en el COIP

Capítulo III ANÁLISIS DE LOS CASOS PRESENTADOS EN EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE LA PARROQUIA IÑAQUITO, DEL D.M., DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA, DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL COIP.

3.1.- Juicio N° 17282-2015-01258

3.2.- Juicio N° 17282-2015-05233

3.3.- Juicio N° 17282-2015-05077

3.4.- Juicio N° 17282-2015-05078

3.5.- Juicio N° 17282-2015-05069

3.6.- Juicio N° 17282-2015-06010

3.7.- Juicio N° 17282-2016-00375

3.8.- Juicio N° 17282-2016-01540

3.9.- Juicio N° 17282-2016-01891

3.10.- Juicio N° 17282-2016-02777

3.11.- Juicio N° 17282-2016-02952

3.12.- Juicio N° 17282-2016-03222

3.13.- Juicio N° 17282-2016-03312

3.14.- Juicio N° 17282-2016-04336

3.15.- Juicio N° 17282-2016-04337

3.16.- Juicio N° 17282-2016-04340

3.17.- Juicio N° 17282-2016-04711

3.18.- Juicio N° 17282-2016-04797

Conclusiones.

Bibliografía.

Introducción

El Código Orgánico Integral Penal prevé desde su Art. 475 hasta el Art. 482 las actuaciones especiales de investigación consistentes, particularmente para este estudio, en retención de correspondencia e interceptación de las comunicaciones o datos informáticos, las cuales proceden con orden judicial dictada antes del acto y siempre bajo petición fundamentada de Fiscalía General del Estado.

La tónica de las actuaciones indicadas son el desmedro en los derechos de las personas que son objeto de las referidas técnicas, que podrían denominarse como afectadas, a quienes se les vulnera desde los derechos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos¹, la que en su Art. 11 numeral 2 protege a las personas de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia y de ataques ilegales a su honra o reputación; de igual forma, se vulnera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos², el cual recoge en su Art. 17, una protección similar³ a la anotada. Estas actuaciones además vulneran lo previsto en el Art. 66 numerales 20 y 21 de la Constitución de la República, esto es, el derecho a la intimidad personal y el derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual, ya que lo que estas actuaciones permiten es que un funcionario estatal ingrese en la esfera más íntima de una persona, sea al revisar su correspondencia física o virtual, o bien al interceptar y escuchar sus conversaciones en

¹ La Convención Americana de Derechos Humanos fue suscrita por el Ecuador el 22 de noviembre de 1969 y fue ratificada el 8 de diciembre de 1977.

² El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por el Ecuador el 4 abril de 1968 y ratificado por el mismo el 6 de marzo de 1969.

³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 17.-

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

las que sabemos existen momentos de plena intimidad que nadie desea que sean escuchados, siendo ambos aspectos íntimamente ligados a la dignidad de las personas.

Ahora bien, en nuestra Constitución de la República se han previsto límites funcionales para los derechos que en ella se establecen a favor de las personas, siendo que bajo mandato constitucional se ha impuesto un límite al derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual, la cual viene dada en la existencia de un juzgador que puede y debe autorizar la vulneración a este derecho, claro está, previo cumplimiento de la motivación correspondiente.

Es de esta previsión constitucional de la que nace la figura central de este estudio, el juez, quien en el papel es el funcionario público que debe velar por el respeto a los derechos consagrados a favor de todas las personas y que tiene como uno de sus roles principales, ser el vigilante imparcial ante las peticiones que puede formular el ente acusador (Fiscalía General del Estado) y las personas a las que estas peticiones les pueda vulnerar en sus derechos; en el caso de nuestro país, ese juez ha recibido la denominación de Juez de Garantías Penales.

El rol del juez de garantías penales, *prima facie* podríamos considerarlo cumplido cuando previo a la realización de la actuación –sea retención de correspondencia o interceptación de comunicaciones- se requiere de una autorización judicial en la que debe verificarse que las peticiones formuladas por Fiscalía sean motivadas y proporcionadas; sin embargo, en este estudio buscaremos analizar si ese control previo resulta suficiente para garantizar la tutela judicial efectiva y el debido proceso; y, si una vez que se ha autorizado la vulneración del derecho fundamental, el juez puede entrar a verificar si la intervención ha sido realizada respetando los derechos de la persona, esto con el fin de evitar el ingreso al proceso de medios probatorios

obtenidos de forma ilícita o ilegal, esto a través de un control judicial posterior que asegure su papel de celador de los derechos fundamentales de las personas.

Es de vital importancia investigar sobre el problema referido en líneas anteriores ya que en nuestro país no se ha hecho un estudio académico al respecto, esto es, no se ha analizado si la ausencia de un verdadero control previo y uno posterior oportuno en las actuaciones de investigación en las que se vulneran los derechos constitucionales a la intimidad personal y el derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual, por parte del Juez de Garantías Penales, pueden conllevar a la vulneración a la tutela judicial efectiva y a la garantía constitucional al debido proceso en la medida del Art. 76 numeral 1 y numeral 4 de la Constitución de la República de la persona afectada. Realizar este estudio nos conducirá a generar conocimiento que puede ser utilizado por operadores de justicia a fin de determinar de forma inequívoca si las actuaciones judiciales empleadas son adecuadas o si al contrario, las mismas devienen en inconstitucionales, así como permitirá que la academia vea acrecentado en el estudio de una rama del Derecho de trascendental importancia como es el derecho procesal penal.

En este sentido, el objetivo principal de esta investigación es describir el control judicial dentro de las actuaciones especiales de investigación de retención de correspondencia e interceptación de comunicaciones, a fin de determinar si en nuestro país existe un control efectivo de los derechos constitucionales del investigado por parte del juez de garantías penales. De la misma forma, dentro de este estudio pretenderemos determinar ¿cuál es el rol del juez de garantías penales en el sistema procesal actual según la teoría? y contrastar si en la realidad este papel se está cumpliendo o no en el Ecuador. Finalmente se buscará descubrir si el sistema procesal penal ecuatoriano es respetuoso de las garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva y al debido

proceso, en lo que respecta a la interceptación de llamadas telefónicas y retención de correspondencia.

En este sentido, nos adentraremos en la teoría relacionada con los derechos fundamentales, analizados desde la visión de los autores de diversas épocas; así, estudiaremos el concepto de garantismo desde las diversas fuentes doctrinarias, así como también intentaremos conceptualizar lo que son los derechos fundamentales relacionados con el proceso penal acusatorio.

Para realizar este estudio utilizaremos el método hipotético-deductivo, esto a través del estudio bibliográfico de autores, así como de la revisión de los casos que han sido resueltos, tanto a nivel internacional, como nacional.

El método científico es la forma en la cual una persona trata de entender de forma cabal a través de su análisis, comprensión y transformación.

El enfoque de esta investigación, por su naturaleza, será cualitativo, ya que se realizará un análisis de las cualidades del objeto de estudio a fin de comprenderlo integralmente y poder desarrollar, de ser el caso, un nuevo acercamiento teórico que explique de mejor forma el fenómeno analizado.

En este sentido, en el primer capítulo de este estudio revisaremos los antecedentes del proceso penal, los fundamentos del proceso penal acusatorio, el rol del juez de garantías en el proceso penal actualmente, estudiaremos las garantías fundamentales que se hallan en juego dentro del proceso penal y determinaremos cuales son las restricciones que pueden sufrir estas garantías en el decurso de proceso.

Luego, en el segundo capítulo realizaremos un análisis respecto de las vulneraciones a derechos fundamentales dentro del proceso penal, de manera particular

a lo relacionado con la interceptación de comunicaciones y correspondencia, esto a partir de los pronunciamientos emitidos por las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, esto es Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para luego realizar un análisis comparativo entre estos pronunciamientos y nuestra Constitución de la República y legislación interna, buscando determinar en primer lugar, si estas restricciones deben ser únicamente materia de control previo o si deben ser vigiladas o verificadas luego de su realización, esto entendiéndolo como un control posterior; así como, determinar si luego de nuestro último cambio constitucional, los pronunciamientos internacionales han sido asumidos por nuestra legislación procesal penal.

Dentro del tercer capítulo estudiaremos si dentro de los procesos penales que fueron sentenciados en el Tribunal de Garantías Penales de la parroquia Iñaquito, provincia de Pichincha, se respetaron los derechos fundamentales de los procesados cuando se les haya interceptado sus comunicaciones o retenido su correspondencia y si el juez de garantías penales cumplió con su labor dentro del proceso penal, esto conforme lo prevé la doctrina y los pronunciamientos de las Cortes internacionales.

Finalmente, estableceremos las conclusiones de este estudio, en las que esperamos contar con criterios que sirvan de base para la comunidad científica respecto de la materia del análisis, así como, en la medida de las posibilidades, establecer una nueva teoría para el problema planteado.

CAPÍTULO I

EL ROL DEL JUEZ Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL

En este primer capítulo analizaremos doctrinariamente el devenir del proceso penal, los fundamentos del proceso penal contemporáneo y el rol del juez en este proceso; así mismo trataremos de conceptualizar los derechos fundamentales y finalmente revisaremos que derechos fundamentales están en juego dentro del proceso penal, así como si estos pueden o no ser restringidos.

1.1.- Antecedentes históricos

La historia de nuestra humanidad, si algo nos ha enseñado, es que los juicios han sido la fuente de las mayores contradicciones e injusticias; a lo largo de los libros históricos hemos visto como las personas que han servido de base para un cambio en la visión del mundo, han sucumbido a las bajas tentaciones de procesos penales plagados de ilegalidades, todo a cuenta y riesgo de jueces que solo han servido para apaciguar los clamores populares de sangre o sencillamente para servir al poder de turno.

Demandt (2000) parafraseando a Platón, nos dice “Quien es realmente justo acepta también, en favor de la justicia, la máxima injusticia aparente y la condición de la mayor impotencia.” (p. 9). Esta cita nos sitúa en la Antigua Grecia, lugar en el que se llevó a cabo quizás el proceso penal más antiguo que sea recordado en los libros de historia. Y como no debiera ser sí, cuando Sócrates, uno de los pensadores más notables de la historia, fue acusado de la “asebía”, la impiedad y por este cargo, fue requerida su muerte. Dejando de lado los sentimentalismos que pudiera causar, para el objeto de este estudio debemos puntualizar que el vigilante del proceso de Sócrates fue el “*arconte*

basileus”, quien era el encargado de recibir la denuncia y celebrar la audiencia en la cual se leían los cargos; y, quien finalmente resolvía el asunto era el tribunal del pueblo (Demandt, 2000, págs. 13-15).

Esta figura, la del “arconte basileus”, podríamos decir que es un primer acercamiento a nuestro juez, esto obviamente guardando las distancias, ya que como podemos ver, esta figura debía recibir la denuncia y convocar a la audiencia en la que se leerían los cargos propuestos, sin que en él se hallen establecidas las facultades para juzgar, ni para verificar los cargos, ni tampoco para determinar si el acusado tenía otro derecho más que al juicio de sus pares. En este sentido, podríamos considerar a la figura del “arconte basileus” como una base histórica del juez de garantías.

Luego, todos sabemos que el proceso contra Sócrates terminó con su muerte por cicuta, esto por democracia del tribunal del pueblo, quien en base a los discursos terminó aceptando los cargos y disponiendo la pena en su contra.

Avanzando con la historia, encontramos el proceso que para la mayoría de la humanidad se convirtió en fuente de inspiración y que sirvió de base para la fundación de una de las iglesias más grandes e importantes, el cristianismo. Jesús de Galilea fue apresado por un consejo de sumos sacerdotes y escribas, denominado *sanedrin*, quienes en medio de la noche llevaron a cabo una audiencia en la que se leyeron los cargos contra el acusado, le fue requerida su declaración y esto sirvió de base para que, en el calor del avivamiento de las masas populares, nazca la idea de su muerte. Todo esto ha sido recogido por los apóstoles, los cuales plasmaron en los diversos Evangelios el desarrollo de aquella noche, quienes en palabras similares afirman la existencia de esta suerte de audiencia preliminar (Demandt, 2000, págs. 37-52).

Esta audiencia preliminar, en la que obviamente no se respetaron ningún tipo de garantías a favor de Jesús, quien fuera puesto en indefensión ante un tribunal –si puede ser llamado así- que no tenía competencia, podríamos ver reflejado una suerte de juez preliminar, similar al *arconte basileus* del juicio de Sócrates; que en el caso de Jesús –y reiterando que deben guardarse las distancias- realizaron un control de las acusaciones formuladas en contra del acusado, para afinarlas y posteriormente llevarlas ante el juez que termina sentenciando, en este caso el prefecto Poncio Pilato, obviamente sin conceder en ningún momento el derecho de defensa a favor de Jesús, sino que sirvió únicamente para afinar la acusación y asegurarse una condena. En esta misma audiencia preliminar, los jueces recolectaron las pruebas –el testimonio de Jesús- que utilizarían para solicitar su muerte, por lo que en este caso estamos ante unos jueces-acusadores, muy similares a lo que se vería con el paso del tiempo, en el sistema inquisitivo.

En el año de 1431, conocemos que una joven llamada Juana de Arco, fue llevada a un proceso denominado de “anatematización” por supuesta herejía, en el cual el juez Cauchon y los otros partícipes del proceso, a través de tretas y argumentos teológicos rebuscados para engañar a la acusada, pretendían obtener la prueba en su contra; la acusada, una doncella de un pueblo francés, que afirmaba que Dios le hablaba y le encomendó la liberación de Orleans de los ingleses y permitir la coronación de Carlos VII como rey, era una campesina, no letrada, que no contó con más defensa que la de sus propios dichos ante jueces que lo único que buscaban era desacreditar su misión y con ello, desestabilizar el reinado.

Durante el proceso inquisitorial, se presentaron ante el juez-acusador, testigos que afirmaban falsedades en contra de la acusada, quien luego del proceso plagado de arbitrariedades, fue entregada al brazo secular, quien era el ente encargado de ejecutar las condenas, en este caso la muerte por hoguera (Demandt, 2000, págs. 112-116).

Como vimos en el caso del proceso de Jesús, durante la audiencia preliminar se llevó a cabo prácticamente el juzgamiento de Juana de Arco, quien en esa audiencia no contó con las mínimas garantías que le permitan defenderse en igualdad de condiciones; claro está que, en los tiempos a los que nos referimos, no existía el mínimo interés en otorgarle derechos al acusado, sino al contrario, el juez inquisidor lo único que buscaba era asegurarse una condena, así para ello deba valerse de testigos falsos o incluso de la tortura.

Finalmente, llegamos al proceso que marcaría un antes y un después en la historia moderna; desde el año de 1933, el partido nacionalsocialista se hizo con el poder en Alemania, su figura principal Adolf Hitler, era un acérrimo creyente de la raza aria y creía que cualquier persona que no vaya a tono con su imaginario de supremacía alemán, debía ser eliminado; es así como empezó un plan de expansión militar a lo largo y ancho de Europa que le permitió hacerse de varios países, así como puso en marcha un plan de exterminio en contra de cualquier persona que consideraba impuro y que no merecía vivir en Alemania, siendo los mayores afectados con este plan los judíos.

Durante más de diez años Adolf Hitler y su partido Nazi, mataron a más de 11 millones de personas, de ellas seis millones de judíos; esto y su plan conquistador expansionista, fueron el motivo para que se iniciase la Segunda Guerra Mundial. En ese escenario, varias potencias mundiales entre las que se hallaban Estados Unidos, Reino Unido, la Unión Soviética, en el año de 1945 pusieron fin a la era nazi, conocida como el Tercer Reich.

Ahora bien, una vez que terminó la guerra, las potencias aliadas tomaron la decisión de llevar a juicio a los nazis capturados que tuvieron en su cargo el exterminio de millones de personas, siendo que para ello elaboraron el convenio de Londres en el cual se acordó llevar a los criminales a un juicio en Nuremberg. Los jueces elegidos

eran 4, uno por cada potencia aliada (Estados Unidos, Reino Unido, Francia y Unión Soviética), así como se dispuso que cada aliado tenga representación con un fiscal. El juicio se instaló el 20 de noviembre de 1945 y en él se presentaron miles de documentos que sirvieron de prueba para que el Tribunal condene a los acusados a la muerte, en la mayoría de casos, y a prisión en los casos de personas que no tuvieron una participación mayor en los hechos que se juzgaron (Demandt, 2000, págs. 234-248).

Se reseña este caso debido a dos razones fundamentales. La primera es el cambio histórico que se generó debido al acontecimiento que se juzgaba, ya que, tomando como antecedente el holocausto nazi y la Segunda Guerra Mundial, se crearon las Naciones Unidas y con ello, como pasaremos a ver en un instante, se instauró por primera vez una carta universal que contenía los derechos y garantías mínimas de todas las personas.

La segunda razón, es que en el juicio de Nuremberg, se observa como el proceso inquisitorial que tuvo su auge en la Europa continental, tuvo su primer acercamiento al *common law*, usado por los ingleses y los Estados Unidos, siendo que de este acontecimiento es de donde surge el planteamiento que serviría de base para posteriormente instaurar el sistema oral acusatorio y sistema mixto, en Europa y en casi toda Latinoamérica con sus rezagos.

Claro está, al existir la figura de fiscales dentro del juicio de Nuremberg, se puede deducir con acierto que la figura del inquisidor, que tiene el papel de acusador y juzgador, desaparece y pasamos en cambio a tener una tercera figura en el proceso, el cual debe resolver el asunto bajo el principio de igualdad e imparcialidad.

1.2.- Fundamentos del proceso penal. -

Bajo este antecedente histórico, necesario para ubicarnos tempo-espacialmente, encontramos que la culminación de la II Guerra Mundial, generó ese punto de inflexión en el mundo entero, ya que se entendió por parte de las potencias y con ello de todos sus ciudadanos, que debía hacerse un cambio para que nunca más puedan darse las atrocidades vistas en Alemania, así como instaurarse de alguna manera ciertos derechos comunes mínimos a favor de todas las personas, los cuales no pueden ser vulnerados en ningún caso. En este sentido, tanto tratadistas europeos como Armenta Deu, como tratadistas latinoamericanos como Urbano Martínez, coinciden en que existe un marco básico, según el cual cada país debe ir fundando su sistema procesal. En este caso, me inclinaré por la corriente de pensamiento de Urbano, quien realiza una argumentación más sólida respecto de estos fundamentos.

Como derivación de la Segunda Guerra Mundial, se empezó por suscribir la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, sin embargo, hay que aclarar que en Latinoamérica en el mismo año, en el mes de abril, se celebró el que conocemos es el tratado internacional de derechos más antiguo, esto es el conocido como Pacto de Bogotá o Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, el cual sería la base para posteriormente suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos en el año de 1969. En Europa, por su parte, se suscribió el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el año de 1950 y de forma posterior, a nivel de Naciones Unidas se suscribió el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entrando en vigor en 1976.

Como podemos observar en cada uno de estos tratados, se establecen ciertas reglas mínimas que deben ser respetadas por los Estados, esto es, principios de legalidad, imparcialidad, condiciones de igualdad entre acusación y defensa, presunción

de inocencia, licitud probatoria, publicidad, todos los cuales fueron recogidos por las distintas naciones con el devenir de los años, dentro de sus legislaciones internas.

De estos tratados y convenios internacionales es que nace el primer fundamento del proceso penal, puesto que como vemos, sin la base fundamental que nos ofrecen los tratados internacionales, ninguna de las legislaciones nacionales pudiera ir amalgamando su ordenamiento jurídico interno, conforme las obligaciones contraídas por el Estado. Aquella falsa idea de que el proceso penal de un país se compone por sus leyes únicamente, es una visión errada al basarse en la legalidad únicamente, siendo que como vemos, son aquellos convenios internacionales, los que nos dan el marco del ordenamiento jurídico interno. (Urbano Martínez J. J., 2011).

El segundo fundamento del proceso penal viene dado por el desarrollo que, en materia de derechos fundamentales, los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, han generado en función a los casos que con el paso del tiempo ha ido resolviendo en contra de los Estados. Es así que debe tomarse como fundamento del proceso penal para nuestra Latinoamérica, las sentencias y resoluciones que han emanado tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, e incluso el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Debe entenderse que las garantías y derechos otorgados en las normas supranacionales, no son un convidado de piedra, y que con el paso de los años han ido desarrollándose conforme el avance de los tiempos, siendo que sus únicos intérpretes autorizados, en este caso los Tribunales designados para juzgar el incumplimiento de tales derechos, han generado resoluciones que de poco han sido tomadas por el legislador nacional para ir perfeccionando y fundamentado en bases sólidas el derecho nacional. (Urbano Martínez J. J., 2011).

El tercer fundamento del proceso penal viene dado por la Constitución de cada país, ya que en ésta se ve reflejada la aceptación o rechazo de cada uno de los principios formulados en las normas supranacionales, otorgando a sus ciudadanos más o menos derechos y garantías (Urbano Martínez J. J., 2011). En el caso de nuestro país, la Constitución de 2008 ha integrado una serie de elementos que han sido recogidos por las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, esto en función al mandato constituyente inclusivo respecto de las normas *pro ser humano*, siendo por tal un avance en materia de derechos y garantías. (Montaña Pinto & Pazmiño Freire, 2013)

Finalmente, el último fundamento del proceso penal viene dado por la interpretación que se haya dado a las normas constitucionales por parte de su intérprete autorizado, en el caso de nuestro país, por la Corte Constitucional (Urbano Martínez J. J., 2011); en este sentido, en nuestro país, el fundamento es poco menos que vacío y no se le ha dotado de contenido, esto en la medida en que, por una parte tenemos que nuestra actual Corte Constitucional viene de un bagaje de fracasos en tanto no podía consolidarse como institución constitucional sino hasta el año 1998, en donde se le dio la denominación de tribunal independiente, aunque en ese tiempo, sin poder determinante en las decisiones del país (García Belaunde, págs. 9-10). De otra parte, tenemos que la Corte Constitucional no ha entendido aún la importancia de su trabajo, esto en lo concerniente a la fundamentación de un proceso penal, puesto que los ciudadanos y aún más, el legislador, debería tener en las sentencias de este Tribunal el derrotero respecto de la aplicación de derechos y garantías fundamentales en el país, más, en nuestro caso, esto no ha sucedido y la Corte ha quedado como un espectador más.

Claro, el ejemplo de nuestra Corte no es el único y mal haríamos con quedarnos con esa visión; podemos ver que en nuestra Latinoamérica la experiencia ha sido

variada, desde el caso de Chile en donde sus jueces constitucionales no han sido aquellos guardianes de derechos fundamentales, sino que por el contrario, han mantenido una línea conservadora respecto de este tema, a tal punto que se han quedado en muchas ocasiones como simples aplicadores de normas (Couso & Hilbink, 2010); llegando al caso de Colombia, donde la Corte Constitucional ha sido la base fundamental de asuntos de interés nacional, esto quizás al conflicto armado por el que han vivido, siendo por tal una obligación que han asumido los jueces respecto de su país.

Esta posición no es del todo aceptada a su vez por Cuenca Dardón (2015) quien considera que las fuentes del proceso penal son los tratados internacionales, la legislación nacional (que en su obra es reconocida como la Constitución), la jurisprudencia (que prefiere entenderla como precedentes judiciales, debido al cambio que existe entre los tribunales) y finalmente la doctrina, que es donde se sienta la posición antagónica con Urbano Martínez y Armenta Deu, siendo considerada la doctrina, para este efecto, como fuente del derecho.

En este caso, consideramos que, si bien la doctrina podría ser aceptada como fuente o fundamento del derecho procesal penal, sin embargo, esta sería más bien una derivación de cualquiera de las fuentes, ya que claro está que los doctrinarios han preferido siempre enfocar sus estudios a cada uno de los fundamentos, sea al estudio de los tratados internacionales, a la jurisprudencia que los Tribunales han emitido sobre estos, sobre la Constitución e incluso sobre la jurisprudencia que se ha emitido por parte de las Cortes o Tribunales Constitucionales.

1.3.- El garantismo y el papel del juez dentro del proceso penal

Entendido que el proceso penal tiene sus fundamentos en los tratados internacionales, en las interpretaciones que se hagan por parte de los Tribunales autorizados, en la Constitución y en la jurisprudencia que sobre estos derechos se dicten, corresponde determinar las teorías que han influenciado el proceso penal contemporáneo.

En esta línea, la teoría del garantismo expresada por Ferrajoli¹ ha sido la que ha calado más hondo en nuestra sociedad y en nuestra legislación, explicándose éste fenómeno, incluso, a partir de la vigencia de la Constitución de 1998, en la que, de una u otra forma, se establecían principios que daban supremacía a las normas constitucionales sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico; claro, con el advenimiento de la Constitución de Montecristi, esta corriente se vio expresada en su máximo esplendor ya que, pasamos de ser un estado social de derecho, a un estado constitucional de derecho, expresión acuñada por Ferrajoli como parte de su teoría neoconstitucional.

En este sentido, el garantismo, que propende a minimizar el impacto del poder punitivo del estado en las personas, es la teoría en la que se encuentra inspirado nuestro sistema de justicia.

1.3.1.- Los aportes del garantismo al proceso penal

De los fundamentos del proceso penal indicados en el título anterior, es que se ha planteado una estructuración básica del proceso penal a través de principios. En ese orden de ideas, Ferrajoli (2001), en su búsqueda de la teoría del garantismo penal, considera que el proceso penal debe estar concebido de forma mínima por los principios

¹ Luigi Ferrajoli empieza a desarrollar su teoría del garantismo penal desde 1989, llegando a su cumbre con la publicación de “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, en el año 1995.

de: jurisdiccionalidad, de inocencia, principio acusatorio, principio de imparcialidad, independencia, competencia del juez y principio de carga probatoria.²

De su parte, Armenta Deu (2014), realizando un análisis de la necesidad de volver un tanto negociable al proceso, esto en la medida que cumpla con sus fines, considera dentro de los principios no negociables que deben estar contenidos en todo ordenamiento jurídico, a los principios de igualdad, de audiencia o contradicción, de defensa, de presunción de inocencia, de doble instancia, de oralidad, de inmediación y de publicidad.

Esta teoría aterrizó en nuestra América, ofreciendo el colombiano Urbano Martínez (2011) -quien ha tomado en consideración además de la teoría expuesta por Ferrajoli, las teorías alemanas y españolas-³ una propuesta sobre los principios o fundamentos que rigen el proceso penal, determinándolas en tres principios mínimos, así:

a) El principio acusatorio, entendido a su vez en tres garantías, la primera la existencia de “separación funcional” entre el ente acusador y quien detenta el poder de juzgamiento, a efecto de que el juez no vea en riesgo su imparcialidad, así como tampoco pueda asumir el papel de investigador y en ese sentido decretar pruebas de oficio; la segunda garantía es la imposibilidad de condenar sin acusación previa,

² Los principios recogidos a su vez tienen varias sub derivaciones que el autor considera deben ser observadas dentro de cada uno de ellos, así dentro del principio de jurisdiccionalidad debe entenderse implícito la necesidad de respeto a la legalidad; en el principio de inocencia debe entenderse que están incluidas las garantías a no ser juzgado de forma arbitraria y a que se respete la libertad del imputado; en el principio acusatorio por su parte, se halla concebida la garantía a la existencia de separación entre acusador y juez, a que los métodos de averiguación de la verdad respeten los derechos del imputado y a que se establezca de forma previa y detallada la acusación; finalmente, el principio de carga probatoria debe entenderse que contiene el derecho a la defensa y contradictorio del procesado, el derecho a un juicio público y oral, así como a la motivación.

³ El autor en su obra, reseña las propuestas de sistematización, como él las denomina, tanto de Claus Roxin en su obra Derecho procesal penal; y de Jacobo López Barja de Quiroga en su obra Tratado de Derecho Procesal Penal. p. 62.

imposibilitando de esta manera que el poder punitivo del Estado se vea exacerbado en la persona del juez, quien no puede asumir por sí la condena de un ser humano sin que el órgano investigador presente su acusación formal, la cual debe ser detallada, esto a efecto de garantizar la legalidad; y la tercera garantía es la coherencia entre la acusación y la sentencia final, entendiéndose que el juez no puede ir más allá de la acusación presentada, esto con el fin de garantizar la defensa de la persona procesada.

b) El principio de defensa en condiciones de igualdad con la acusación, que en resumen es aquella posibilidad real que tiene el acusado de proponer una resistencia a las pretensiones acusatorias, presentando para ella los medios necesarios para desestimar los hechos que se le imputan de forma previa, siempre observando que en la medida en que el acusador es el Estado encarnado en la Fiscalía y sus representantes, la relación se encuentra desigual, por lo que es el mismo Estado quien debe prestarle las facilidades para ejercer de forma plena este derecho, esto a través de instituciones como la Defensoría Pública, en el caso de nuestro país.

c) El principio de juez integral, principio que se recoge en la existencia de una persona que esté, entre la acusación realizada por la Fiscalía y la persona procesada, a fin de que observe el respeto al debido proceso y controle “las interferencias en los derechos fundamentales” en contra de las personas. En razón de la vigencia de este principio, el juez debe propender a dar un trato equitativo a las partes, decidir con respeto a las leyes, el debido proceso y la dignidad de las personas. Urbano Martínez entiende que, a fin de que éste principio pueda verse cristalizado, el juez no debe tener más referente en su labor que la ley, su trabajo debe estar garantizado a través de sistemas imparciales de designación y lo más importante quizás que se debe resaltar, el juez debe estar protegido de presiones externas en su trabajo.

Como podemos ver, en la visión expuesta por el autor analizado, cada uno de estos principios que compone el proceso penal se desarrolla siempre a la sombra de la figura del juez de garantías dentro del estado constitucional, quien toma un papel sobresaliente en la estructuración del sistema contemporáneo, esto en razón de las garantías y derechos que debe tutelar, ya que como se observa, es el juez quien no puede condenar sin acusación, es quien debe respetar la congruencia que debe haber entre acusación y sentencia, es él quien debe hacer respetar los derechos de los intervinientes, etc., todo lo que se halla de una u otra forma sintetizado en el principio de juez integral, que pretende ser la premisa para sustentar la necesidad de blindar a los jueces en su labor.

En consecuencia, es evidente que la teoría del garantismo y sus acepciones⁴ han sido planteadas y plasmadas en nuestro ordenamiento jurídico, siendo innegable que en esa virtud, los derechos fundamentales tienen supremacía por sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico –al menos en el deber ser-, que dicha supremacía debe verse expresada no solo en la Constitución, sino también en las normas inferiores y lo más importante, en las actuaciones administrativas y policiales; y, que debe existir una necesaria separación entre derecho y moral, siendo que allí se verá expresada una verdadera democracia. (Ferrajoli, 2001).

⁴ Ferrajoli (2001) explica la teoría del garantismo penal desde tres acepciones. La primera el “garantismo designa un *modelo normativo de derecho*” siendo este definido como un “modelo límite” en tres planos: el “epistemológico” caracterizado por ser de mínima intervención; el plano “político” que pretende minimizar la “violencia y maximizar la libertad”; y el plano “jurídico” que liga el poder punitivo con las garantías fundamentales, concluyendo que “es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva”. La segunda acepción “garantismo designa una teoría jurídica de la validez y de la efectividad como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la existencia o vigencia de las normas”, indicando que a través de esta acepción se busca establecer el “deber ser” y la realidad, siendo esas antinomias las que determinan si el sistema es garantista o no, en la medida en que entre más cerca se encuentra el sistema del deber ser, más garantista es. Finalmente, la tercera acepción “garantismo designa una *filosofía política* que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos” distinguiéndose en este punto, la necesaria separación entre derecho y moral para que exista una real justicia. (pp. 851-854).

1.3.2.- El rol del juez de garantías dentro del proceso penal contemporáneo

Previo a adentrarnos en el tema debemos partir de una puntualización que resulta importante para no perder el hilo conductor del tema; como habíamos visto, Ferrajoli y todos los autores que siguen su línea, han definido al principio acusatorio como fundamento del proceso penal garantista; en este caso, cuando nos referimos a un proceso penal acusatorio no nos referiremos al principio, sino al sistema de justicia que actualmente tiene vigencia en nuestro país.

Sobre este tema, Vaca Andrade (2014) realiza una breve reminiscencia respecto del sistema acusatorio implantado en Grecia y la antigua Roma, el cual fue transformado posteriormente por el sistema inquisitivo en el medioevo, para posteriormente pasar a un sistema mixto que tuvo vigencia en nuestro país desde el año de 1983 hasta el año 2000, siendo que debido a la manifiesta ineficacia de ese sistema se optó por implantar un nuevo sistema judicial oral conocido como sistema oral acusatorio o proceso penal acusatorio, en el que cada parte tiene roles claros y muy bien definidos, así Fiscalía y Policía Judicial tienen a su cargo, una vez llegada la noticia del delito, la investigación que establezca la existencia de una infracción penal y la posible responsabilidad de una persona, mientras que la defensa, al estar amparada por la presunción de inocencia como garantía fundamental, no está obligada sino a probar cualquier tipo de situación que excluya la responsabilidad, en la medida que ésta sea probada previamente por Fiscalía. En este sentido, lo que pretendemos en esta parte de la investigación es determinar cuál es el rol del juez en este sistema, que ha sido acogido por varias naciones del mundo, incluyendo al Ecuador.

A fin de entender de forma adecuada el rol del juez, en este caso de garantías penales, debemos realizar necesariamente referencia a Guerrero (2007), quien indica que ésta figura nace del procedimiento chileno y a su vez éste fue una réplica del juez

alemán, quien era denominado como “juez de la investigación”. Su aparición tuvo razón de ser en la búsqueda de limitar el accionar de la Fiscalía y Policía, sobre todo en lo que tenía que ver en la afectación de derechos ya que en un estado de derecho por más mínima que sea la vulneración de un derecho por parte del Estado, la misma debe contar con una “protección preventiva”.

Guerrero así mismo nos dice que, en la legislación alemana se entendió que debido a la posibilidad de vulnerar los derechos de las personas, la existencia de esta figura genera una suerte de equilibrio entre la actuación de Fiscalía y los derechos que deben precautelarse a favor de los ciudadanos, sin que esto implique de ninguna forma que el juez de investigación sea un obstáculo en la labor de investigación, sino que, lo que se pretende, es evitar que las actuaciones ejecutadas puedan generar violaciones que luego se vean reflejadas en nulidades procesales. Este control que el juez realiza, sea antes de la actuación fiscal o después de la misma, es la cristalización de lo que debe entenderse como tutela judicial.

En este sentido, la posición del doctrinario es que el Juez de Garantías Penales es el de un tercero imparcial que debe ser el celador de los derechos fundamentales de los ciudadanos, entendiéndose con esto que no es que se va a sacrificar la justicia por los derechos del investigado.

Ya de forma más específica, Bernal Cuellar y Montealegre Lynett (2013), considera que éste juez de control de garantías, tiene a su cargo dos funciones básicas: “el control de la legalidad y constitucionalidad de la investigación y la adopción de medidas que impliquen la limitación de derechos fundamentales” (p. 288). En cuanto tiene que ver al control, los autores refieren que:

Controlar es, entonces, algo más que autenticar, avalar o certificar; es un ejercicio jurídico donde el funcionario, conocedor del derecho, está

obligado a decidir sobre la legalidad y el respeto de los derechos fundamentales de conformidad con la Constitución y las leyes (...) (2013, pp. 289-290)

El papel del Juez de Control de Garantías ha sido entendido de tal forma que no corresponde únicamente al Juez ser un espectador, ni un testigo de las irregularidades que en el proceso se pueden ir presentando, al contrario, a él se le han otorgado prerrogativas que le obligan, de forma ineludible, a precautelar los derechos que la Constitución prevé para las personas, así como vigilar que las vulneraciones a dichos derechos se hagan en el marco del respeto a lo que la ley permita, sin que las peticiones que las partes le hagan lo liguen, siendo él quien debe ponderar y argumentar sus decisiones.

En cuanto a lo que se refiere a la adopción de medidas que implican limitación de derechos fundamentales, los autores citados consideran que no se pueden limitar todos los derechos fundamentales, esto en tanto las medidas se hallan reservadas únicamente para la necesidad de aseguramiento de elementos probatorios, siendo que en ningún caso es admisible que se mutile el debido proceso ya que esto implicaría la vulneración del ordenamiento jurídico mismo. (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett, 2013).

Bajo el análisis descrito, es evidente que el papel del juez de garantías dentro del proceso penal es el de un juez aplicador de la Constitución, más que de la ley, ya que si el juzgador deja de observar lo que en ella se proscribiera para el proceso, sencillamente su labor pierde vigencia; aquella concepción legalista, de que el juez es un mero aplicador de la ley, en el plano del juez de garantías penales pierde vigencia, ya que las fórmulas procesales previstas en la ley, resultan incompletas y hasta cierto punto, pierden validez si el juez no observa lo que la Constitución prevé.

Ya en nuestro país y volviendo con Vaca Andrade (2014), nos manifiesta que el juez dentro de este sistema debe asumir la posición de garante “vigilando que las actuaciones de la Policía Judicial y del Fiscal no vulneren los derechos fundamentales del procesado” (p. 213); con lo que estimamos que la figura que la doctrina de otros países nos trae, es la misma que hemos acercado en nuestro país.

No está por demás indicar que, tomando en cuenta los fundamentos del proceso penal que hemos referido, el juez de garantías no puede apartarse de los criterios que se manejan en los tratados internacionales de derechos humanos, así como tampoco puede dejar de revisar las decisiones que los jueces supranacionales han emitido respecto de la interpretación de estos derechos, ya que al ser fundamentos del proceso penal y al ser reconocidos en la misma Constitución como parte del ordenamiento jurídico, el juez tiene la obligación de otorgar estos derechos y garantías en el decurso de los casos particulares, lo contrario atenta contra el ordenamiento jurídico entero; en este sentido, Cuenca Dardón (2015) nos dice “El juez es el único que tiene facultad decisoria, las fases de instrucción y debate son públicos y orales, prevaleciendo el interés particular.” (p.35).

Siendo así, es evidente que el juez de garantías penales debe ser un juez constitucional por excelencia, entendiéndose que no solo debe ejercer su labor desde la aplicación directa e inmediata de la Constitución, sino que además su criterio para impartir legalidad al proceso, así como para autorizar restricciones de derechos fundamentales, debe basarse en argumentaciones que pongan en la balanza los distintos derechos y garantías que se están poniendo en juego dentro del proceso penal, siendo lo

más razonable usar el principio de proporcionalidad dentro de su labor, esto a fin de no dejar de impartir justicia⁵.

Sobre esto último, Aponte (2008) considera que existen tres criterios que deben observarse frente a la proporcionalidad, siendo estos: la consecuencia jurídica de la conducta investigada, la importancia de la causa que se ventila y las exigencias de la política criminal. A criterio del citado autor, el juez en su labor, a la vez que aplica el principio de proporcionalidad y sus diferentes sub principios, debe entrar a ver en cada caso en particular estos tres criterios, con el fin de emitir su resolución.

Frente a esto, consideramos que la aplicación en la decisión judicial de los criterios referidos por Aponte, implica un retroceso en materia de derechos y garantías, ya que pone de manifiesto el eficientismo judicial con el que actualmente se labora en los despachos judiciales, poniendo siempre de presente y con prevalencia los intereses estatales en juego, en lugar del respeto a los derechos y garantías del debido proceso. Aceptar un criterio como el expresado por el autor implicaría que los jueces, antes que respetar los derechos fundamentales, deben visibilizar lo que las autoridades políticas o policiales buscaban al formular la norma penal, ya que esto se entiende por política criminal, llevándonos a los ciudadanos a vivir en un “estado autoritario” y no en un “estado social de derechos”, como lo ha definido Bustos Ramírez⁶ (2008) citando a

⁵El principio de proporcionalidad se subyace a su vez en tres sub principios que deben irse estudiando uno a uno en cada caso concreto: a) el principio de idoneidad o utilidad, que considera que la intervención a un derecho debe ser idónea para alcanzar la satisfacción de otro derecho en juego, esto es el derecho del investigado frente al derecho de la víctima del delito; b) el principio de necesidad, que proclama que la intervención a un derecho debe estar fundada en que no existe otra forma de satisfacer el derecho contrario, siendo por tanto necesario la vulneración de uno, en la forma y medida requerida, para la satisfacción del otro, en la misma medida; y, c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que prescribe que el juez debe observar hasta que medida la vulneración del derecho es admisible para la satisfacción del otro derecho. (Aponte, 2008). Esta triada, debe estar soportada a su vez en un juicio de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, criterio que maneja la Corte Constitucional del Ecuador como base del derecho a la motivación, esto con el fin de evitar la arbitrariedad.

⁶ El autor indica que la política criminal se ve expresada en dos fases, la primera en la que se expresa la decisión de formular una conducta como criminal, lo que implica la generación de un tipo penal que la condene; y el segundo momento, en el que se aplica la norma penal en la realidad; en ambos casos, esto se define como el *ius puniendi*, siendo que, en ambos niveles o fases existen límites o garantías, en el

Ferrajoli (2001); o, quizás algo más grave, que es lo que Jakobs (2003) ha conceptualizado como “derecho penal del enemigo”⁷ dejando por el suelo los derechos de las personas.

No queremos decir con esto que los derechos del procesado deben prevalecer en todos los casos y que los pedidos de Fiscalía siempre deben ser observados con recelo por parte del juzgador; al contrario, debe observarse que la función o rol del juez debe estar guiado en la imparcialidad y en este sentido, poner como criterio de aplicación, por ejemplo, la política criminal, es ingresar a la discusión situaciones ajenas a los derechos previstos en la Constitución, quedándonos en las razones que impulsaron al legislador a tipificar una conducta como criminal, afectando con ello a la prohibición de interpretación extensiva de la ley penal, que como vimos es parte integrante de los principios que rigen el proceso penal.

Claro, existirán casos en los cuales el legislador previó el tipo penal en su momento por cuestiones sociales (por ejemplo, alarma social), pero con el paso del tiempo seguramente estas circunstancias habrán cambiado, por lo que pretender que el juez recurra a ese momento histórico como un parámetro para aplicar medidas restrictivas de derechos, resulta inadecuado. Luego, es evidente que, en la realidad, el “deber ser” expresado en la Constitución implicaría una merma en los derechos de la víctima *versus* los derechos del procesado ya que la visión expresada en líneas

primer caso son entendidas como “garantías penales”, mientras que en el segundo supuesto, son las “garantías de persecución, procesales y de ejecución”; concluyendo que la conjunción de ambos tipos de garantías conlleva a la vigencia de un sistema garantista “que no sólo legitima democráticamente el *ius puniendi* estatal, sin que también deslegitiman el uso abusivo de la potestad punitiva.” (Bustos Ramírez, 2008, pp. 501-503).

⁷ Jakobs ha considerado que “el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad (...). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas (...). En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.” (pp. 79-81). En el caso procesal, aquellas garantías procesales son las del debido proceso, principalmente aquel principio de imparcialidad que debe ser resguardado en todo momento.

anteriores resulta hasta cierto punto, en extremo garantista a favor del procesado; sin embargo, en esos casos es justamente donde el juez debe entrar a argumentar su decisión a fin de determinar de forma justa si procede o no una restricción de derechos humanos.

Sobre este respecto, como quedó expresado en líneas anteriores, previo a sustentar la posición que tomamos sobre la forma de aplicar el derecho y argumentar la decisión judicial en el caso de las restricciones de derechos fundamentales, es importante realizar una puntualización. La teoría garantista desarrollada por Ferrajoli (2011) tiene su base en el positivismo y en ese sentido, la única fórmula para aplicar la ley y resolver los asuntos sometidos a la resolución del juez, es la subsunción, esto según los mismos dichos del autor italiano (pp. 351-360).

Pese a que nuestra tesis se desarrolla en base al pensamiento garantista desarrollado por el citado autor, debemos mantener discrepancia en cuanto a la forma en la que el juez debe resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, esto por cuanto, si aplicamos únicamente la subsunción en todos los casos, principalmente en los cuales existe injerencia de derechos fundamentales -como lo sugiere Ferrajoli- la argumentación jurídica que el juez puede y debe aplicar al momento de resolver los casos podría resultar corta y hasta cierto punto no podría llegar a satisfacer las obligaciones que nuestra Constitución impone, esto al tratarse nuestro país de un Estado Constitucional de Derechos, en el cual el juez ya no es la boca muda de la ley, tal como los autores citados en este trabajo han indicado.

En esa medida, la proporcionalidad y la ponderación resultan métodos más válidos para justificar de una u otra forma la injerencia en los derechos fundamentales de un ciudadano en asuntos en los cuales se requiere la autorización de un juez; y esto lo ratificamos por cuanto, en un primer momento la proporcionalidad entra a analizar la

necesidad y utilidad de la medida, situación que Alexy (2008) ha entendido como las “posibilidades fácticas”, siendo que en ese momento el juez aún no debe entrar a realizar la ponderación; en ese estado de cosas, el juez debe verificar que la medida requerida cumpla con los fines previstos en la Constitución y la ley o el denominado “óptimo de Pareto” (p. 15). En un segundo momento, es donde el juez debe poner en práctica el principio de proporcionalidad en sentido estricto y es allí donde pone en práctica la ponderación. A este respecto, la ponderación ha sido largamente analizada por Bernal Pulido (2003), quien en lo principal argumenta que luego de aplicar los subprincipios de necesidad e idoneidad, el juez debe verificar que la medida a tomarse sea proporcionada en sentido estricto y allí debe realizar un ejercicio de ponderación que ha sido entendida en tres elementos que la conforman: “a) la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.” (p. 227), siendo que esto es parte de las “posibilidades jurídicas” como las conoce Alexy.

Bajo estas premisas es importante diferenciar que, si bien la proporcionalidad y la ponderación formen parte del mismo ejercicio argumentativo que debe ser aplicado por los jueces en los casos concretos, no podemos indicar que son lo mismo, ya que ambos manejan elementos y conceptos totalmente diferentes e incluso su aplicación corresponde a dos momentos distintos, en los cuales los jueces deben observar situaciones totalmente disímiles, esto es, lo fáctico y lo jurídico.

Ahora bien, hecha esta puntualización necesaria para entender la posición tomada, podemos afirmar que, en aras de aplicar los principios y normas que nos gobiernan y pese a que las mismas están amparadas en una teoría positivista en la cual la subsunción es la forma de aplicación recomendada por su teórico, consideramos que, precisamente por vivir en un estado constitucional, el cual se halla fundado en principios que deben cumplirse en la mayor medida posible y en el que es evidente que

existirán choques de derechos en juego dentro de los casos particulares, al momento de aplicar dichos principios es necesario usar una argumentación que no deje en el suelo uno de los principios en contraposición, siendo la teoría de la proporcionalidad y la ponderación la más razonable para ello; claro está, los jueces deben aplicar esto, siempre vigilando que el proceso no es de una sola vía, sino al contrario, los derechos que están tutelando tienen su contraposición, no en las posiciones o intereses del *ius puniendi* estatal, sino en el derecho a la reparación integral que puedan tener las potenciales víctimas de la infracción.

1.4.- Derechos fundamentales y el proceso penal acusatorio

Sin que se constituya en el tema de esta investigación, ya que esto podría generar por sí mismo un nuevo estudio, con el objetivo de entender de mejor forma el tema propuesto, es importante buscar una diferenciación entre los conceptos que puedan existir sobre derechos fundamentales y derechos constitucionales; esto por cuanto, de la revisión de la doctrina existente sobre el tema se puede observar un trato indiscriminado a ambas expresiones, asumiendo en unos casos que se trata de lo mismo, mientras que en otros casos, se los maneja como conceptos diferenciados.

A modo de premisa debemos decir que, si bien todos los derechos que la Constitución prevé a favor de los ciudadanos deben ser respetados por su carácter de superiores, no todos pueden ser considerados como fundamentales. Esta afirmación la realizamos ya que, conforme lo indica la doctrina estudiada, para llegar a la esfera de derecho fundamental, el derecho constitucional debe superar el aspecto material, es decir, debe amparar una característica propia e innata del ser humano, como podría ser la vida o la libertad. De la misma manera y tomándola como una segunda premisa, si bien todos los derechos formulados en la Constitución amparan a las personas, el quebrantamiento de muy pocos de aquellos derechos tendrá como efecto que una

persona deje de ser considerada como tal. En consecuencia, no todos los derechos constitucionales pueden ser derechos fundamentales y por tanto se excluyen de ser sinónimos o conceptos similares.

En este sentido y a modo de conclusión, el concepto de derechos fundamentales que manejaremos será que, son derechos fundamentales únicamente aquellos que con su quebrantamiento dejan al ciudadano sin una parte de aquella capacidad de ser un humano.⁸

⁸Respecto del concepto de derechos fundamentales, el análisis que nos ha llevado al concepto plasmado se ha realizado en función de los conceptos planteados por los siguientes autores.

Bernal Cuellar y Montealegre, (2013) los han definido y han dicho que son ante todo derechos, en el sentido subjetivo del término. Es decir, son posiciones subjetivas que protegen propiedades básicas del individuo y que le atribuyen poderes jurídicos para actuar y para exigir del Estado y de otras personas la realización de ciertas conductas de acción y omisión. (p. 358).

Del concepto citado, se creería que el derecho fundamental parecería ser igual al derecho concedido por cualquier cuerpo normativo, más, los autores han sido claros en indicar que su concepto procede de las conceptualizaciones que Alexy realizó sobre el particular, indicando que los derechos fundamentales tienen tres concepciones, la formal, la material y la procedimental; en lo formal, el derecho es fundamental en tanto se halla reconocido en la Constitución; en el aspecto material, el derecho es fundamental en tanto lo vincula con una característica sustancial del ser humano; y finalmente, en lo procedimental, el derecho es fundamental en tanto pueden sufrir cambios a través de procedimientos constituyentes y a su vez ser nuevamente reestablecidos en la Constitución.

Ferrajoli (2009) propone su definición de derechos fundamentales e indica que “son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadano o personas con capacidad para obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” a condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.” (p. 19).

Para Bernal Pulido (2015), en cambio lo que marca la diferencia entre cualquier derecho subjetivo y el derecho fundamental, es precisamente este adjetivo “fundamental” el que viene dado con dos propiedades, formales y materiales, concluyendo que los derechos fundamentales pueden ser considerados como tal, en tanto cumplan con al menos una propiedad formal y material. Las propiedades formales que indica el autor son: 1) Pertenecer al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución; 2) Encontrarse en la Constitución; 3) Encontrarse previsto en el bloque de constitucionalidad; o, 4) Haber sido reconocido como tal por la jurisprudencia. De su parte, las propiedades materiales son subjetivas y por las mismas debe entenderse como fundamental un derecho en tanto busque proteger las facultades morales de la persona, cuando busca satisfacer las necesidades fundamentales de la misma, cuando pretende asegurar la igualdad en el ejercicio del discernimiento de la persona y en definitiva busca proteger la capacidad de obrar de una persona en libertad.

Contreras Aguirre (2012), analizando a Ferrajoli y su forma de definir los derechos fundamentales, ha indicado que la característica de estos derechos podría decirse que está en su universalidad –tal como lo son los derechos sociales-, pero que los distingue toda vez que a través de estos derechos se reconoce a ciertos sujetos ya sea como “personas”, “ciudadanos” o “capaces de obrar”, siendo esto una generalidad para todos a quienes ampara la protección; que si con ocasión de la vulneración a un derecho de esta naturaleza, el sujeto pierde la identidad a él otorgada a través de la formulación – sea de “personas”, “ciudadanos” o “capaces de obrar”- podemos concluir que estamos frente a un derecho fundamental, ya que a través de su quebrantamiento a la persona la apartamos de la universalidad y lo colocamos en un grupo independiente.

Bajo este criterio, podemos empezar creyendo que en el proceso penal deben respetarse solo los derechos fundamentales, pero esta visión, en principio resultaría restrictiva y por tal, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, inconstitucional. El proceso penal, desde su formulación –entendiéndose con esto inclusive los actos de investigación- debe amparar en la mayor medida posible los derechos de sus intervinientes, tanto fundamentales como constitucionales, esto a fin que, al momento de su culminación con una sentencia, los Jueces hayan establecido y precautelado no solo los derechos de una parte (procesado) sino también los derechos de la otra (víctima).

El proceso penal, al estar permeado por los derechos fundamentales de sus intervinientes, en primer lugar, obliga al juez a cumplir su papel de celador de los mismos. Claro está, el juez no es el único que está obligado. El proceso penal está conformado por otra entidad estatal como es la Fiscalía General del Estado, quien ejerce el papel de acusador oficial. Dicho ente, debe respetar los derechos fundamentales en la medida en que le han sido otorgadas prerrogativas por parte del constituyente, entre las cuales está la de investigar y perseguir los delitos, siendo que esta facultad también debe regirse por principios.

Para soportar esta idea existen criterios como el de Oronoz Santana (2006), quien considera que la persecución penal debe regirse por tres principios, el principio de iniciación, con el cual se pretende que el Ministerio Público no pueda asumir el papel de un investigador arbitrario ya que su función es sólo la de investigar delitos y no cualquier actividad humana; el principio de oficiosidad, a través del cual se busca que el órgano persecutor no asuma la posición del denunciante, sino que en el marco de sus facultades investigue la verdad; y finalmente, el principio de legalidad, que determina que las investigaciones que se adelantan no pueden ir más allá del marco estricto de la

Ley, o lo que en un estado constitucional de derechos es lo correcto, más allá de la Constitución.

En nuestro país, Zavala Egas (2014) ratifica el criterio expresado, e indica que las funciones de Fiscalía, expresadas anteriormente en los principios, forman parte del sistema acusatorio, por lo que podemos concluir que la obligación para la Fiscalía de respetar los derechos fundamentales de las personas investigadas, es parte fundante del sistema de justicia vigente en nuestro país, cualquier actuación en desmedro de esto acarrearía la pérdida de vigencia de todo el sistema.

Una vez que hemos tomado una posición acerca del concepto de derechos fundamentales, podemos establecer cuáles de estos se hallan en juego dentro del proceso penal. En este sentido, Gómez Colomer (1985, págs. 100-125) ha realizado una clasificación de las medidas judiciales que pueden vulnerar derechos fundamentales, así tenemos que el autor las clasifica en cinco vertientes:

1. “Medidas contra la libertad personal” en las que se deben considerar todas aquellas en las cuales se limita el derecho fundamental a la libertad de circulación y con ello la libertad plena. En nuestro país, estas medidas se realizan a través de órdenes de detención con fines investigativos, traslados a dependencias judiciales mediante fuerza pública, prohibiciones de salir de determinados sitios durante ocho horas, etc.
2. “Medidas de identificación y registro personal” en las que deben considerarse todas aquellas actividades en las que se realiza una merma en el derecho a la imagen personal e intimidad. En nuestro país estas medidas se realizan a través de seguimientos y vigilancias, tomas fotográficas, puestos de control policial no autorizados ni previstos, obtención de información personal de fuentes abiertas estatales, etc.

3. “Medidas contra la integridad corporal” en las que deben considerarse aquellas actividades en las que se restringe el derecho a la intimidad. En nuestro país esto puede realizarse a través de los registros corporales, callejeros y en cárceles.
4. “Medidas contra el derecho a la propiedad y el derecho doméstico” en las que se vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la propiedad privada. En nuestro país se lo puede realizar a través de los allanamientos, secuestros, embargos, incautaciones, etc.
5. “Medidas contra el secreto postal y de comunicaciones” las cuales son objeto de este estudio, en las que se vulnera el derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia física o virtual. En nuestro país estas medidas se cumplen a través de la retención de correspondencia física o virtual, así como con la interceptación telefónica.

Como habíamos indicado en un inicio, en nuestra Constitución de la República se han establecido límites funcionales para los derechos que en ella se establecen a favor de las personas, así por ejemplo en el caso del derecho al trabajo remunerado, que tiene su límite en la posibilidad otorgada por el constituyente a favor del legislador para que establezca las condiciones en las leyes *infra* constitucionales.

Tomando como base este ejemplo, tenemos que los derechos fundamentales que están en juego dentro del proceso penal no son la excepción y esto se debe en la medida que el proceso penal deben precautelarse bienes jurídicos que son restringidos a través de los delitos, en este sentido, el constituyente y el legislador, han previsto la vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos dentro del proceso penal, esto a fin de volver práctico el proceso penal, ya que no es viable un proceso de una sola vía, esto es, un proceso en el que únicamente se vea por los derechos de una parte procesal. Dichas vulneraciones han sido entendidas como la posibilidad de no dejar en

la impunidad el delito, debiendo entenderse que los derechos fundamentales en consecuencia, no son absolutos.

Ratificando este criterio, Binder (1999), ha indicado que este tipo de derechos no pueden ser considerados como absolutos, sino que por haberse establecido una cláusula que posibilita su vulneración dentro del proceso penal, estos son considerados como “de segundo nivel” respecto de su protección; sin embargo de ello, no es que por la existencia de esta cláusula exista una permisividad abierta a favor de los operadores de justicia, ya que al final, es el Juez quien debe controlar lo que ingresa y lo que no ingresa al proceso.

A este respecto, Guerrero (2007) ha descrito varios principios que buscan resumir este asunto. Estos principios consideramos son plenamente válidos para explicar el estudio, sin embargo, luego de revisarlos y explicarlos, pasaremos a confrontarlos con otras posiciones para verificar su validez.

“a) Las normas procesales que permitan la intromisión de las autoridades de persecución penal en los derechos fundamentales son admisibles únicamente cuando se disponen para alcanzar fines lo más concretos posibles.” (p.149). En este primer principio queda expresado el principio de proporcionalidad de forma expresa, ya que la intromisión a los derechos fundamentales de los ciudadanos será válida, en la misma medida en que sea útil, necesaria y proporcional en sentido estricto para llegar a un fin constitucionalmente válido, siendo que, en el caso del proceso penal, la protección de los derechos de la víctima y el tutelar los bienes jurídicos restringidos con el delito, es un fin válido.

“b) La aplicación de normas de derecho procesal penal con incidencia en los derechos fundamentales deben ser razonables, es decir, se disponen para que la

administración de justicia haga un examen de fines y medios en el caso concreto.” (pág. 150). Como habíamos dicho anteriormente, el principio de proporcionalidad no debe ser aplicado de forma aislada, ni tampoco sólo en la mente del juzgador, éste debe dejar expresado ese análisis argumentativo en una resolución motivada, la cual permite a la sociedad, auditar que las resoluciones sean justas.

“c) Deben ser utilizadas lo menos posible por parte de la administración de justicia” (p. 150). Esta exigencia deviene del principio de extrema *ratio* que circunscribe al proceso penal, ya que resulta inadmisibile que en un estado de derecho los jueces sean los primeros que busquen vulnerar derechos a toda costa.

“d) Su aplicación concreta debe estar sometida a exigencias.” (p. 150). En este caso las exigencias vienen impuestas en primer lugar por el deber de motivación constitucional, así como por las normas procesales *infra* constitucionales, en las que deberá quedar plasmado el estándar que el juez debe cumplir para permitir su aplicación.

“e) No deben implicar una quiebra del *fair trail*” (p. 150). Esta figura ha sido prevista dentro de la legislación estadounidense en la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, siendo también asimilada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, por lo que forma parte del fundamento de todos los derechos procesales penales de corte acusatorio. En definitiva, es el derecho al debido proceso.

“f) Deben contar con la autorización y control judicial efectivo.” (p. 150). Este principio será estudiado de forma amplia más adelante, sin embargo, podemos anticipar que el control anterior, plasmado en la autorización y el control posterior, a fin de

verificar la validez de la restricción, son las bases del respeto a los derechos de las personas.

Ahora bien, respecto de lo manifestado por Guerrero, en el caso de los principios a) y b), Cabezudo Bajo (2010) considera que la aplicación del principio de proporcionalidad, más que en el caso concreto, debe ser materia de análisis e inclusión en el debate legislativo al momento de formular la Ley, puesto que las intromisiones en los derechos fundamentales se hallan en la mayoría de los casos (como los derechos materia de este estudio) permitidos desde la misma Constitución y luego en la ley, siendo que cuando llega al caso en particular, el juez poco o nada puede hacer, siendo que el juzgador más bien debe aplicar criterios de ponderación.

Consideramos que, si bien la visión de la autora citada es válida, el juez no puede, ni debe, en el sistema acusatorio ser aplicador de la Ley, ese papel quedó en la historia, el juez debe ser parte del proceso penal y para ello, debe entrar a analizar cada caso y con ello determinar si las medidas solicitadas, son o no restrictivas de los derechos fundamentales del investigado.

En el caso del principio expuesto en el literal c), Zuluaga Taborda (2007) ha realizado una crítica mordaz a la función del juez de control de garantías en las limitaciones de derechos fundamentales, creyendo que en la mayoría de los casos, el juez ha pasado a ser un “encubridor” en la búsqueda de establecer un “derecho penal-procesal de carácter policial” en el que los derechos fundamentales no tienen razón de ser y en la buena medida esta visión, crítica, es muy válida ya que hasta esta fecha seguimos presenciando como las medidas que vulneran derechos son la regla general, por lo que, la vigencia del principio referido por Guerrero no se está siendo aplicado en un estado constitucional que no visibiliza de forma adecuada los derechos de los ciudadanos.

En el caso del principio del literal d), Armenta Deu (2014) ha previsto ciertos presupuestos que deben ser cumplidos para la limitación de derechos fundamentales, entre los que encontramos la “previsión normativa (principio de legalidad formal y material);” (p. 233), el cual puede ser asimilado a lo expuesto por Guerrero, considerando la autora española que esto implica la obligación que exista normativa previa a la restricción que lo autorice, siendo esto lo grave en el caso de los avances tecnológicos, en donde no todo se halla previsto, existiendo vacíos normativos que implican indefectiblemente ausencia de seguridad jurídica. De este mismo principio se puede colegir el principio de legalidad que se encuentra previsto en los fundamentos del proceso penal, siendo que el legislador debe, en su labor de creación del derecho, precautelar que todas las intromisiones que el Estado puede realizar en los derechos de una persona, deben estar previstos de forma anterior en la Ley; si no existe previsión, no se puede vulnerar. (Cabezudo Bajo, 2005)

Respecto del *fair trial* establecido en el principio e), es la garantía al debido proceso con todas las prerrogativas, esto es, el derecho a contar con defensor, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial y competente, el derecho a un juicio rápido y público; estas garantías han sido previstas en la legislación internacional desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, que como hemos visto es el fundamento del derecho procesal penal. Oronoz Santana (2006) haciendo un análisis del Art. 14 de la Constitución Federal Mexicana, indica: “Lo anterior sirve de fundamento a la concepción que señala que el proceso es una serie de actividades que realizan las partes, mismas que con anterioridad se encuentran establecidas y reglamentadas en la zonas procesales.” (p. 119).

1.5.- La necesidad de controles dentro del proceso penal acusatorio.

Como veíamos anteriormente, Oscar Guerrero ha considerado dentro de los principios que deben ser observados para la restricción de derechos fundamentales la “existencia de autorización y control judicial efectivo”, situación que no es aislada, puesto que Armenta Deu (2014) ha considerado como un presupuesto para la restricción de derechos fundamentales dentro del proceso penal, la “ejecución y control judicial de la medida” (p. 235), por lo que la visión de ambos autores es compartida en la medida que al ser el juez el director del proceso y el encargado de que los derechos fundamentales sean respetados, es obligatorio que existan controles a las medidas cometidas en contra de los investigados, siendo estos controles, tanto anteriores, como posteriores.

Cabezudo Bajo (2005) ha llamado esto como “jurisdiccionalidad” indicando que se constituye en un “presupuesto del principio de proporcionalidad subjetivo”, siendo el juez, que debe estar previsto en la Constitución, quien debe aplicar criterios de ponderación entre los derechos que pretenden ser vulnerados y los bienes jurídicos que se procuran tutelar, función que en ningún caso puede estar encargada a otra autoridad. La autora distingue dos tipos de controles, *ex ante* y *ex post*, situando que en ambos casos se constituyen en límites de la actuación del Estado. (pp. 221-223).

En las diferentes legislaciones existen diferencias respecto de cuando aplicar los controles, antes o después; en el caso del derecho colombiano, como lo recoge Urbano Martínez (2013), el concepto de control en las afectaciones de derechos fundamentales es similar a los autores ya citados, considerando que el control que el juez de “audiencias preliminares” practica, es un “verdadero control de constitucional”; es más, el autor considera que la ausencia de este tipo de controles dentro de un proceso penal, implica un regresión dentro de los principios de juez integral que rigen el proceso penal

acusatorio; concluyendo que en el caso de su país, el control de las interceptaciones telefónicas, se encuentran previstos únicamente de forma posterior.

De nuestra parte, en Ecuador, el control es únicamente anterior, como lo recoge Vaca Andrade (2015), quien afirma que la legitimidad de las medidas restrictivas de derechos, de manera particular de la interceptación de comunicaciones, viene dado en la medida de la existencia de la orden judicial previa, en la cual debe expresarse los motivos por los cuales el juez competente considera que la medida es necesaria dentro del caso particular y cuando medie suficiente evidencia que haga presumir que en las comunicaciones de una persona pueda existir información relevante para la investigación que se adelanta. En este sentido, nuestro país ha asumido la posición del control *ex ante* a fin de garantizar el derecho de los investigados en el proceso penal, reservándose el control posterior de forma general para otra etapa procesal.

Ahora bien, sea un control anterior o posterior, la postura que han tomado los jueces no precisamente es la de defender los derechos fundamentales, sino que, al contrario, en la búsqueda de una supuesta seguridad pública, han preferido tomar una posición preventiva, dejando de lado cualquier derecho fundamental, abstrayéndose de su labor como tercero imparcial, para pasar a ser un simple veedor de las irregularidades que trae consigo el proceso penal practicado por Fiscalía y la Policía; este pensamiento, compartido por Zuluaga Taborda (2007), nos hace pensar que en nuestro país está olvidado el papel de controlador que tiene el juez, esto por el eficientismo judicial en el que vivimos, en donde las estadísticas interesan más que las libertades y lo que realmente interesa a la gente, es cuantos presos se atrapan por día, más no cuantos inocentes salen de las cárceles.

Esto, podemos creer se debe a una falta de independencia judicial que se ve reflejada en varias aristas, una de ellas el poder mediático, el que diario muestra como

primicias lo que sucede en los procesos judiciales, en el que se reduce a minutos en televisión abierta o a breves líneas en los periódicos las motivaciones que llevan a los jueces a vulnerar los derechos de las personas y lo que es más grave, realiza juicios de valor respecto de las medidas que se dictan en el juzgado respecto de los derechos de los partícipes del proceso penal.

Esta falsa intermediación que generan los medios, entre la sociedad y el proceso penal, generan de forma prematura una condena social en contra de las personas que aún no han sido llevadas a juicio, siendo por tanto imposible que el procesado acceda a un proceso judicial con todas las garantías básicas, ya que, debido a la injerencia de los medios de comunicación, se genera en la mente del juez prejuicios que terminan alejándolo de su situación imparcial. Claro, con esto no queremos decir que el juez debe vivir en una burbuja y debe abstraerse de leer a los medios de comunicación, todo lo contrario, debe hacerlo, pero recordando siempre su labor. Esta realidad ha sido reconocida por Reyes Cuartas (2014) quien ha creído conveniente manejar esta situación como “juzgamientos paralelos”, en los cuales se aplican otras reglas procesales, totalmente distintas a las previstas en la Ley.

Si consideramos que los principios procesales obligan a los jueces a practicar controles sobre las medidas restrictivas de derechos fundamentales, entonces lo que corresponde es, en función de lo que hemos analizado anteriormente, esto es, los fundamentos del proceso penal acusatorio, determinar de qué forma se han cristalizado estos controles dentro de las normativas supranacionales, así como en las leyes nacionales, a fin de establecer si es que, vivimos efectivamente en un sistema acusatorio que protege derechos o por el contrario, estamos asistiendo a un híbrido, en el que para lo que conviene estamos en sistema acusatorio y para lo que no, en otro sistema.

Para este fin, ya hemos visto lo que la doctrina ha previsto, pudiendo de primer momento concluir que nuestro sistema no es del todo puro, al contrario, existen momentos en los cuales los Jueces dan pie para que creamos que el sistema permite vulnerar derechos fundamentales sin la necesidad de controles; más, persiste aún la necesidad de verificar si el sistema ecuatoriano, constitucional por excelencia, se halla dentro de aquello que el garantismo planteó como una idea extraordinaria.

Para este fin procederemos a analizar en los siguientes capítulos aquello que los autores ya estudiados han previsto como fundamentos del proceso penal contemporáneo, esto es, los tratados internacionales, los pronunciamientos autorizados de los Tribunales de Derechos Humanos y la Constitución ecuatoriana.

CAPÍTULO II:

LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD E INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y NACIONAL.

Dentro de este capítulo realizaremos un breve análisis de la forma como han sido entendidos los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia en las Cortes Internacionales, comparándolos con nuestra Constitución y legislación, con el fin de determinar si dichas restricciones han sido formuladas de una forma acorde a la teoría garantista y al sistema acusatorio que rige en nuestro país, esto conforme la doctrina descrita en el primer capítulo.

2.1.- La visión de derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad de correspondencia, desde la óptica de la CrIDH y el TEDH.

Como habíamos visto en el capítulo anterior, los tratados internacionales de Derechos Humanos y las interpretaciones que de ellos se haga por parte de las Cortes autorizadas se constituyen en fundamentos del proceso penal contemporáneo, volviendo imprescindible su estudio con el objeto de entender de forma adecuada los derechos fundamentales. De la misma manera, ese análisis permite determinar la medida en que el sistema judicial de un país aplica el modelo garantista y el sistema acusatorio en sus normativas internas. Dejamos claro que las restricciones de los derechos fundamentales, dentro de los procesos penales son siempre aceptadas, en la medida que dichas vulneraciones sean constitucionalmente previstas y sean sometidas al control del juez previsto en la Constitución; ya se indicó que existen varias formas o medidas que restringen derechos y que para efectos de esta investigación nos centraremos en aquellas

en las que se vulnera el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del secreto a la correspondencia y a las comunicaciones.

2.1.1.- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En este orden de ideas, previo a revisar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha previsto al respecto, debemos partir indicando que, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su Art. 11 numerales 2 y 3, prohíbe las injerencias arbitrarias en la vida privada de la persona, así como en su correspondencia, debiendo contar con protección en contra de estos ataques⁹. Este derecho reconocido en el instrumento internacional ha sido interpretado en dos sentencias por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales vamos a analizarlas en su parte pertinente.

El primero es el caso *Tristán Donoso vs. Panamá* (2009), en el que, respecto de los derechos materia de análisis, la Corte indica:

55. El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. La Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada.

56. El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática. (p. 17)

⁹ Convención Americana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Si nos detenemos a analizar la conceptualización que ha formulado la Corte respecto de este derecho, podemos observar que la misma responde a las diversas teorías que ya han quedado expuestas en el primer capítulo de esta investigación, esto en la medida en que se ratifica que, para que proceda una restricción de derechos, deben estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo, ser necesarias, útiles y proporcionales en sentido estricto, esto es, cumplir con el test de proporcionalidad propuesto por Alexy (2008); por lo que esto ratifica la necesidad de que, dentro de la legislación permeada por el garantismo, se apliquen métodos de argumentación que vayan más allá de la simple subsunción.

Ahora bien, respecto de las interceptaciones de comunicaciones, la Corte es clara en indicar que, si bien no se halla prescrita dentro del derecho fundamental, la misma debe sobreentenderse protegida por cuanto es una forma de correspondencia, lo cual es concordante con la interpretación extensiva en *pro* de los derechos humanos; en consecuencia, para lo posterior debe entenderse que cualquier tipo de interferencia de la correspondencia, incluida las conversaciones telefónicas, es una vulneración al derecho a la intimidad protegido en el Art. 11 de la Convención.

Posteriormente, en la sentencia del caso *Escher y otros vs. Brasil* (2009), la Corte realiza un análisis un tanto más profundo sobre este tema, e indica:

114. Como esta Corte ha señalado anteriormente, aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración

de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación. (p. 34)

Como podemos ver, la Corte a la vez que reconoce que las comunicaciones se entienden amparadas dentro del Art. 11.2 de la Convención, reconoce dos hechos puntuales que deben ser tomados en consideración al momento de catalogar el alcance del derecho; el primero es que se encuentran protegidas toda clase de conversaciones telefónicas, sean estas personales, de negocios o laborales, por lo que bajo este parámetro se ampara de forma clara las comunicaciones, por ejemplo, entre abogado y cliente, en las cuales no hay un contenido personal, sino más bien laboral, siendo que los diálogos que puedan mantenerse conllevan necesariamente un asunto íntimo de dicha relación; y, el segundo, es que no solo se ampara el contenido de las llamadas, sino incluso otras situaciones derivadas de la misma, como son los datos que puedan proveerse sin necesidad de interceptar las llamadas, esto es, los datos correspondientes a los números involucrados, la duración de las mismas, la ubicación de los interlocutores, la frecuencia de las llamadas, todas circunstancias que son parte de las comunicaciones y que, si bien no son parte del contenido del diálogo, si son parte del derecho a la intimidad.

Sobre este último aspecto, es importante remarcar la importancia de la formulación realizada por la Corte, esto por cuanto muchas veces se pasa por alto que el derecho a la intimidad va más allá del diálogo; el sólo hecho de que se pueda registrar cuantas llamadas realice una persona a otra, o cuanto duran dichas comunicaciones ya implica una injerencia arbitraria en la vida privada de la persona, siendo que este derecho debe ser protegido y garantizado en todo momento por el Estado; más adelante podremos determinar que este particular no ha sido considerado por nuestra legislación

como parte de los derechos de los ciudadanos, esto por cuanto en la *praxis* se obtienen datos relativos a comunicaciones como frecuencia, duración, nombres de interlocutores, todo sin que exista la autorización judicial para este efecto y lo que es más grave, sin que exista reparo por parte de nadie en que se agreguen al proceso este tipo de datos ni sean materia de ningún tipo de control por el juzgador.

Si revisamos las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las mismas han tenido que basarse en lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esto por cuanto, han sido múltiples los casos que se han resuelto sobre este particular en el viejo continente, siendo una materia prácticamente nueva para este lado del mundo; en este sentido, conviene realizar un análisis de las sentencias que el Tribunal Europeo ha emitido, a fin de entender los reales alcances de este derecho, así como determinar cuál es la visión que sobre este tema se tiene en otros sistemas judiciales y de esa manera entender de forma adecuada el asunto investigado.

2.1.2.- Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. -

Al igual que en el caso anterior, debemos partir indicando que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales prevé en su Art. 8 el derecho de toda persona a que se respete su vida privada y su correspondencia, así como que cualquier injerencia en este derecho debe estar prevista en la ley y debe ser necesaria para un fin válido¹⁰. Este derecho ha sido reconocido por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en múltiples

¹⁰ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4 de noviembre de 1950.

Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

sentencias, de las cuales analizaremos las que consideramos de mayor importancia para dar entendimiento al tema propuesto.

En primer momento, en la sentencia del caso *Klass y otros vs. Alemania* (1978) el Tribunal procede a indicar que las conversaciones telefónicas deben ser consideradas como parte de la vida privada y la correspondencia, así como indica que toda limitación del derecho previsto en el Art. 8 debe realizarse siempre bajo el parámetro del numeral 2, esto es, bajo un fin válido que debe estar previsto en la ley, así mismo indica que la injerencia debe realizarse en el marco de una investigación limitada y puntual y que es necesario que exista algún tipo de control posterior a la medida¹¹, sin que necesariamente sea judicial dicho control, como en el caso de la legislación alemana.

Posteriormente, en el caso *Malone vs. Reino Unido* (1984), el Tribunal considera que, para que las injerencias en la vida privada y la correspondencia de una persona sean consideradas como permitidas, deben estar previstas dentro de la legislación interna, pero no sólo como un enunciado normativo, sino que debe explicarse la necesidad de la medida en relación con algún fin válido que debe ser uno de los previstos en el numeral 2 del Art. 8 del Convenio, tal como se plasmó en el caso *Klass vs. Alemania*; sin embargo, para efectos de este estudio, en la sentencia existe un pronunciamiento sobre el denominado “recuento” de llamadas al que se sometió a *James Malone*¹²; en este sentido, el Tribunal considera que este sistema –de recuento de llamadas- vulnera el Art. 8, esto pese a que no revisa el contenido de las llamadas, siendo que obtener esta información en la manera referida implica vulnerar el derecho a

¹¹ Dentro del caso, los demandantes, todos abogados, plantean la vulneración del Art. 8 del Convenio, esto por la vigencia de la Ley G 10 de 1968. En dicha Ley en lo principal se permitía la vigilancia de la correspondencia, envíos postales y telecomunicaciones en Alemania, esto luego de la Segunda Guerra Mundial, todo por cuestiones de seguridad nacional.

¹² El “recuento” era un sistema que permitía a la Policía determinar los números telefónicos marcados por un aparato, la hora a la que se realizan las llamadas y la duración de las mismas.

la intimidad del ciudadano ya que este tipo de actividades deben estar previstas en la ley de forma previa; es decir, el Tribunal garantiza a través de esto lo que nosotros entendemos como la garantía de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica.

Bajo estos criterios previos, el Tribunal emitió la sentencia dentro del caso Valenzuela Contreras vs. España (1998) en la que de forma definitiva estableció, respecto de la existencia de ley:

(ii) The words “in accordance with the law” require firstly that the impugned measure should have some basis in domestic law. However, that expression does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law. The expression thus implies that there must be a measure of protection in domestic law against arbitrary interference by public authorities with the rights safeguarded by paragraph 1 (see the Malone judgment cited above, p. 32, § 67). From that requirement stems the need for the law to be accessible to the person concerned, who must, moreover, be able to foresee its consequences for him (see the Kruslin judgment cited above p. 20, § 27, and the Kopp judgment cited above, p. 540, § 55). (p. 15)¹³

El Tribunal establece que, para que pueda referirse a “de acuerdo a la ley” es necesario que se cumplan tres requisitos: i) debe existir un antecedente en el derecho interno; ii) que la persona pueda tener acceso a dicha ley de forma previa; y, iii) que se deba preestablecer las consecuencias que podría acarrear para la persona si se aplica.

De esta manera es que se completa la idea que venía desarrollándose en las sentencias anteriores, determinándose por medio de la jurisprudencia de esta Corte que la interceptación de correspondencia y comunicaciones es un medida sumamente restrictiva del derecho a la intimidad personal, siendo que para que sea válida la misma

¹³ El párrafo de la sentencia que ha sido citado, indica: “Las palabras “de conformidad con la ley” requieren, en primer lugar, que la medida impugnada tenga alguna base en el derecho interno. Sin embargo, esa expresión no se limita a referirse a la legislación nacional, sino que también se refiere a la calidad de la ley, que exige que sea compatible con el estado de derecho. Por lo tanto, la expresión implica que debe existir una medida de protección en el derecho interno contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas en los derechos garantizados por el párrafo 1 (véase la sentencia Malone citada anteriormente, página 32, artículo 67). De ese requisito surge la necesidad de que la ley sea accesible para la persona interesada, quien, además, debe poder prever sus consecuencias para él (véase la sentencia Kruslin citada anteriormente, página 20, § 27, y la sentencia Kopp citada anteriormente). . p.540, § 55).”

puede dictarse bajo el imperio de una ley previa, que ésta sea conocida por la persona que va a sufrir la injerencia y que parte de este conocimiento sea las consecuencias que acarrea la aplicación de la medida; así mismo, la Corte establece que la medida debe cumplir con un fin válido, los cuales están previstos en el numeral 2 del Art. 8 del Convenio Europeo, fines que deben ser reconocidos en la legislación nacional; que la medida debe tomarse dentro de un proceso, que debe ser realizada dentro de una investigación formal, que no debe ser indeterminada y que debe tener plazos; que la medida debe ser sometida a controles, judiciales o no, pero que en dichos controles debe garantizarse la independencia entre el funcionario que dicta la medida y el que realiza el control.

Bajo los parámetros internacionales analizados, tanto de la CrIDH y el TEDH, podemos tener una visión clara del panorama que debe observarse de forma necesaria dentro de la legislación nacional, esto a fin de determinar si existe o no simetría entre ambas fuentes del derecho procesal penal.

2.2.- El paradigma constitucional ecuatoriano.

Como una breve introducción, debemos necesariamente mencionar que nuestro país ha sido, por decir lo menos, convulsionado en lo atinente al derecho constitucional, hemos sido una nación que desde sus albores allá en 1830, hasta la actualidad, ha tenido veinte constituciones, todas ellas influenciadas por el momento político que se vivía cuando fueron promulgadas, claro, este momento no respondía únicamente a acontecimientos internos, sino también externos, como cuestiones económicas, guerras, conflictos internos, crisis políticas, etc., sin embargo hay que resaltar que el criterio siempre fue el mismo o al menos muy parecido, re-fundar la patria y de esta manera establecer parámetros que permitan al gobernante de turno cumplir sus promesas; claro

está, muchas de estas Constituciones no pasaron de ser normas que permitían la arbitrariedad y ni siquiera llegaban a usarse de la forma en cómo habían sido pensadas.

2.2.1.- Análisis del sistema constitucional ecuatoriano. -

En el año 1998, luego de una convulsión política y social muy grave, nuestro país estrenó una Constitución Política en la que el Ecuador se autodenominó un “estado social de derecho”. Es importante indicar que en esta Constitución se marcó un cambio en cuanto al sistema jurídico, puesto que, pasamos de tener una Constitución invisible, que siempre estaba por debajo de las leyes que la regulaban y que resultaba inaplicable sin un desarrollo legislativo, a tener una Constitución aplicable en los casos particulares, ya que los principios, derechos y garantías previstas en ella, eran de directa e inmediata aplicación, como lo establecía el artículo 18; siendo que en consecuencia, aquella denominación de “estado social de derecho” podría ser discutible, ya que lo que en realidad se estaba constituyendo en el Ecuador, era un estado constitucional de derechos, como posteriormente veremos.

Luego, es importante también mencionar que en esta Constitución se establecía derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación, esto es, los derechos civiles; derechos políticos; derechos sociales, económicos, culturales; derechos colectivos y dentro de estos los derechos al medio ambiente, sin que en ninguna parte de la Constitución se establezca con claridad que unos tienen igual jerarquía que otros; esta discriminación devenía de un largo bagaje cultural-jurídico en el que nuestros autores diferenciaban cada uno de estos derechos debido a la forma en cómo dichos derechos fueron adaptándose y agregándose en las diferentes cartas fundamentales y convenios internacionales.

Dentro de los denominados derechos de primera generación constaban reconocidos en la Constitución los derechos civiles, entre los cuales estaba el “derecho a la inviolabilidad y el secreto de correspondencia” siendo que este derecho podía limitarse en los casos previstos por la ley; así mismo, se preveía el derecho a la “intimidad personal y familiar”. En ambos casos, estos derechos se amparaban dentro de los derechos al debido proceso, que también se encontraban recogidos dentro de la Constitución de 1998, dentro de los derechos civiles, hallándose previstos las garantías de legalidad, proporcionalidad, inocencia, tutela judicial, etc.

En lo que tiene que ver con las funciones del juez dentro del sistema procesal penal, la Constitución Política de 1998 preveía en su artículo 23 numeral 12 y artículo 24 numeral 6, la reserva judicial de las libertades públicas, esto por cuanto para restringir derechos como la inviolabilidad del domicilio y de la libertad, se requería control judicial previo que autorice dichas restricciones. En el caso del ente acusador, en ese momento era denominado Ministerio Público y sus funciones dentro del proceso penal estaban establecidas en el artículo 219, las cuales eran de dirigir y promover la investigación pre-procesal y procesal, así como, de hallar fundamento, acusar a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes. Sobre este último tema, es claro que con esto se ratifica la existencia de un juez imparcial, independiente del ente acusador, lo que permite establecer la vigencia de un sistema acusatorio.

Esta Constitución, como vemos, contenía muchos de los derechos que han sido previstos por la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, sin embargo, debido a las convulsiones políticas de nuestro país, en el año 2007, nuevamente nos vimos avocados a una reforma constitucional, esto inspirado en los cambios que venían dándose en toda Latinoamérica, en los que venían estableciéndose

gobiernos del auto denominado “socialismo del siglo XXI”, que tenían como bandera de lucha la refundación de los estados con el fin de salir del neoliberalismo.

En estas consideraciones nace la Constitución de Montecristi, la cual en su Art. 1 proclama al Ecuador como un “Estado constitucional de derechos y justicia”. Dicha denominación es la real configuración de lo que el Ecuador ya tenía establecido desde el año 1998, ya que en el artículo 11 numeral 3 de la Constitución de Montecristi, nuevamente se establece que los derechos y garantías previstos en la Constitución son aplicables de forma directa e inmediata. Luego, es importante establecer que en esta Constitución se hace una clara puntualización que, como vimos, no existía en 1998 y es que los derechos entre sí son “interdependientes y de igual jerarquía” (sic) lo cual implica la desaparición de la categorización de los derechos y con ello, la imposibilidad de que se puedan dejar de aplicar uno en lugar de otro; esto sin embargo de que todos pueden limitarse en el caso concreto cuando entran en colisión, es decir, cada uno tiene peso relativo.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los derechos fundamentales materia de este estudio, los mismos se encuentran previstos en el artículo 66 de la Constitución de 2008, en sus numerales 20 y 21¹⁴, esto es, el derecho a la intimidad personal y el derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual. Como vemos, en nuestra Constitución de la República se han establecido límites funcionales para los derechos que en ella se establecen a favor de las personas, en este caso, por mandato constitucional se ha impuesto un límite al derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual, límite que viene dado en la existencia de

¹⁴ Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre 2008.

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...)

20. El derecho a la intimidad personal y familiar.

21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.”

un juzgador que debe autorizar la vulneración a este derecho *ex ante*. De su parte, el derecho a la intimidad personal no cuenta con ninguna limitante en la Constitución, por lo que, cualquier limitación que sobre él se haga dentro del proceso penal, viene dispuesto en la ley, esto luego de un proceso de debate parlamentario, en el cual se deben recoger todas las voces del país que consideren necesario establecer la restricción de este derecho. Como veremos, esta limitación se encuentra prevista en la legislación, pudiendo anticipar que se ha considerado necesario decretar que, para la limitación de este derecho, también se deba contar con la autorización judicial o cuando menos con la autorización de la persona afectada.

De la previsión constitucional referida nace la obligación de que sea un juez quien deba velar por el respeto a los derechos consagrados a favor de todas las personas y que obviamente tienen como rol principal ser el vigilante imparcial entre el ente acusador (Fiscalía General del Estado) y las personas a las que se les pueda vulnerar sus derechos; en el caso de nuestro país, ese juez ha recibido la denominación de Juez de Garantías Penales y tiene dentro de sus funciones la reserva judicial de las libertades públicas, tal como sucedía con la Carta Fundamental de 1998, entendiéndose ésta reserva como la facultad privativa que tienen los juzgadores de restringir los derechos establecidos en la Constitución, esto es, libertad, movilidad, inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, etc., como se puede observar en el artículo 66 numeral 21 y 22, artículo 76 numeral 1, 3 y 6, artículo 77 numeral 1 y 2 de la Constitución de 2008. Es importante indicar que la proporcionalidad, en ambos casos, tanto en la Constitución de 1998 como en la de 2008, solo ha sido prevista para las infracciones y las sanciones, más no para el caso de las restricciones de los derechos fundamentales, por lo que su aplicación es únicamente en el ámbito de la motivación judicial.

En el caso del sistema procesal, el artículo 194 y 195 de la Norma Suprema establece la existencia de la Fiscalía General del Estado y su obligación de dirigir la investigación pre-procesal y procesal penal, así como acusar en los casos en que exista mérito y sustanciar el juicio penal ante el juez competente. Con esto se ratifica la corriente que en la doctrina se ha establecido, en el sentido de la existencia de un ente distinto del juzgamiento, a efecto de que impulse la acusación, esto con el fin de mantener la imparcialidad del juzgador. En este sentido, el panorama constitucional entre 1998 y 2008 no ha cambiado mayormente.

2.2.2.- La Constitución ecuatoriana frente a los Tratados Internacionales. –

Una vez que hemos analizado la estructura de nuestra Constitución respecto de los derechos fundamentales, así como del proceso penal, podemos realizar una comparación y determinar si la misma se encuentra apegada a lo que los Tratados Internacionales y sus interpretaciones autorizadas, han previsto al respecto, para ratificar o descartar que nuestro sistema se halla permeado por estos fundamentos del proceso penal, según la doctrina.

En primer lugar, si revisamos la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, podemos establecer una clara diferenciación, esto en la medida en que dentro del Convenio Europeo se ha establecido desde un inicio el hecho de que la restricción a estos derechos debe responder a criterios de necesidad en busca de un fin válido, lo cual, en el caso de la Convención Americana ha sido apenas ratificado mediante la jurisprudencia del tribunal autorizado. Este hecho es de importancia cuando observamos que nuestra Constitución viene influenciada por lo previsto en el tratado internacional regional, siendo que, en este caso, la necesidad de un fin válido para la restricción, no es un criterio de aplicación que se deba observar, *prima facie*, para dictar

una medida en la que se limite el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de correspondencia.

Analizando los tratados internacionales que han sido revisados frente a nuestra Constitución, lo comentado se ratifica, ya que en nuestra Constitución lo único que se encuentra establecido es la existencia de una autoridad que debe ordenar la restricción del derecho; en ninguna parte de la Norma Suprema se ha previsto que para la restricción de este derecho se requiera cumplir un fin válido, tal como sucede en la CADH, lo que denota la influencia de dicho tratado en nuestra Constitución y la ausencia, en primera instancia, del test de proporcionalidad previo a dictar una medida que restrinja derechos fundamentales.

Ahora bien, si revisamos los pronunciamientos que se han realizado sobre este derecho por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ambos casos son posteriores a la vigencia de nuestra Constitución, por lo que es imposible que hayan podido ser tenidos en cuenta, más, esto no podía suceder respecto de la normativa interna, esto es el Código Orgánico Integral Penal, en la cual según la teoría expuesta en el primer capítulo, debían tenerse como fundamento del proceso penal los pronunciamientos realizados por los Tribunales de Derechos Humanos de los cuales somos suscriptores y por tal reconocemos sus decisiones, situación que analizaremos a continuación.

2.3.- Las restricciones de los derechos constitucionales a la intimidad y a la inviolabilidad de correspondencia en el proceso penal, según la normativa del Ecuador.

Una vez que hemos realizado el análisis de la Constitución vigente corresponde, en el orden dado por la doctrina analizada, revisar lo que la legislación *infra* constitucional dice sobre los derechos que son materia de estudio.

Al respecto cabe indicar que, luego de la vigencia de la Constitución de 2008 muchas de las leyes debían ser reformadas, esto debido a la constitucionalización de nuestro derecho.¹⁵ Nuestro Código Penal y de Procedimiento Penal vigentes a la fecha de la promulgación de la nueva Constitución era antiguos y requerían ser reformados totalmente, puesto que correspondían a momentos históricos diferentes y tenían algunas normas que entraban en conflicto con la nueva Constitución; en el caso de la ley sustantiva tenía casi 90 años de vigencia, mientras que la ley adjetiva vigente desde el año 2000, tenía que adaptarse a los nuevos lineamientos establecidos con la Constitución, así como con la vigencia del garantismo penal. Es así que en el año 2014 fue publicado el Código Orgánico Integral Penal, cuerpo normativo que juntó todas las leyes penales, tanto sustantivas, como adjetivas, en una sola ley¹⁶, siendo que, en los considerandos para su promulgación, se indica:

Que el derecho penal adjetivo debe garantizar la existencia de un sistema adversarial, que cuente con fiscales que promuevan el ejercicio de la acción penal dentro de los principios y fundamentos del sistema acusatorio, con defensoras y defensores públicos que patrocinen técnicamente a las personas acusadas de cometer una infracción y a las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no pueden contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos, y con juezas y jueces que dirijan el proceso y sean garantes de los derechos de los participantes procesales; (...)

¹⁵ El término ha sido acuñado hace varios años atrás por el teórico Louis Favoreau y ha sido replicado en varias ocasiones en obras colombianas y ecuatorianas; más, este concepto ha calado en nuestro país desde la vigencia de la Constitución de 2008. Bajo este término debemos entender la supremacía que ha logrado tener la Constitución sobre la Ley, o lo que es igual, el principio sobre la regla. A través del mismo, lo que se pretende es incluir en todas las aristas jurídicas ese contenido que tiene la Norma Suprema en sus principios, esto a fin de que sean aplicados en la mayor medida posible.

¹⁶ Este acto fue una muestra más de la constitucionalización del derecho, puesto que a través de ello se buscaba asegurar el derecho a la seguridad jurídica, en la medida en que todos los ciudadanos puedan tener acceso, en un solo cuerpo normativo, de las leyes que regulan los aspectos jurídicos penales, sean estos delitos, procedimientos o normas de ejecución de penas. (Encalada Hidalgo, 2015)

De lo indicado, se ratifica el hecho que, al menos en el papel, nuestro sistema procesal es acusatorio y, por tanto, lo que corresponde es determinar si aquella figura se encuentra cumplida dentro de la normativa en comparación a las fuentes doctrinarias que han sido ya estudiadas, así como si el papel del juez está debidamente normado en la legislación nacional.

En este sentido, en lo que tiene que ver a los derechos fundamentales estudiados, el artículo 5 numeral 10 del Código Orgánico Integral Penal –en adelante COIP- prevé el principio de intimidad, prescribiendo que las personas tienen derecho a la intimidad personal y familiar, siendo que dicho derecho puede restringirse únicamente bajo orden de juez competente. Como habíamos anticipado en líneas anteriores, si bien en la Constitución de la República no se habían previsto límites funcionales al derecho a la intimidad, en la norma infraconstitucional, el legislador ha considerado necesario establecer parámetros en los cuales puede restringirse el mismo; ahora bien, como en el caso del derecho a la inviolabilidad de correspondencia, en este caso también existe la reserva judicial de libertades públicas, determinando que solo un juez puede disponer la limitación de este derecho fundamental, excluyendo en consecuencia a otros partícipes del proceso penal de esta facultad. En razón de ello, esto es, en la existencia de un juzgador que disponga, de ser el caso, las restricciones a los derechos de las personas, podemos afirmar que el sistema ecuatoriano, en un primer momento, es un sistema acusatorio, de modelo garantista.

Avanzando con el análisis, debemos entrar a analizar lo relativo a las facultades de los sujetos procesales, particularmente en lo atinente a Fiscalía. Como habíamos visto en la Constitución de la República, esta entidad tiene a

su cargo la investigación pre-procesal y procesal, siendo que, en ningún caso, se le ha facultado para restringir derechos fundamentales, ni tampoco para juzgar infracciones; al respecto, el COIP en sus artículos 443 y 444 ha establecido las atribuciones genéricas de Fiscalía y particulares de los fiscales, pudiendo resaltar que en ningún caso le está permitido ni al ente, ni a los funcionarios, vulnerar derechos, debiendo indicar que existe norma expresa que indica que “Siempre que se limiten los derechos de alguna persona se requerirá autorización judicial de la o el juzgador”. En este sentido, se ratifica lo que el modelo garantista prevé, esto es, que el juez es el único autorizado para disponer las restricciones de derechos fundamentales.

Así mismo, es importante indicar que Fiscalía, tal como lo dispone la Norma Suprema, es la encargada de formular cargos, impulsar y sustentar la acusación de haber mérito o abstenerse del ejercicio público de la acción (Art. 444, numeral 3 del COIP). De dicha norma se pueden colegir tres aspectos, el primero es que Fiscalía es el único encargado de impulsar el proceso penal, siendo que esta facultad en ningún caso puede ser asumida por los jueces, denotando una vez más el principio de imparcialidad que rige en el sistema acusatorio; el segundo aspecto es el relacionado con la carga probatoria, la cual se encuentra a cargo de Fiscalía para determinar una responsabilidad, ya que cuando nos referimos a “sustentar” implica la obligación probatoria; y, el tercer aspecto tiene que ver con el principio de oportunidad, que es la facultad reglada que posee Fiscalía para, de considerarlo necesario, desistir del impulso de la causa. Estos tres aspectos reseñados, como lo habíamos revisado en la doctrina, forman parte de un sistema garantista y acusatorio.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con lo relacionado con el tema, esto es, las restricciones de los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia, dichas limitaciones se hallan previstas en los artículos 475 y 476 del COIP, normas procesales que procederemos a analizarlas detenidamente a fin de tener claro cuál es el verdadero alcance de dichas medidas en un sistema que, como hasta ahora se muestra, es un sistema acusatorio conforme el modelo garantista.

Lo primero que hay que puntualizar es que, pese a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia recoge las comunicaciones telefónicas (Tristán Donoso vs. Panamá, 2009), nuestra legislación procesal ha sabido distinguir de forma individualizada en cómo se ha de realizar la retención de correspondencia y la interceptación de comunicaciones. En esa virtud primero revisaremos lo relacionado con la retención de correspondencia

2.3.1.- La retención de correspondencia en el COIP. –

En lo principal, el Art. 475 del COIP¹⁷ establece una suerte de parámetros en los cuales debe desarrollarse la actuación; para ser más ilustrativos en el análisis conviene realizarlo en el mismo orden en el que se halla desarrollado en la normativa¹⁸. Al respecto, en el primero numeral se

¹⁷La norma legal se encuentra prevista dentro de la Sección 1ª, correspondiente a las Actuaciones especiales de investigación, las cuales a su vez son consideradas como formas de prueba según el Código.

¹⁸Art. 475.- La retención, apertura y examen de la correspondencia y otros documentos se regirá por las siguientes disposiciones:

1. La correspondencia física, electrónica o cualquier otro tipo o forma de comunicación, es inviolable, salvo los casos expresamente autorizados en la Constitución y en este Código.
2. La o el juzgador podrá autorizar a la o al fiscal, previa solicitud motivada, el retener, abrir y examinar la correspondencia, cuando haya suficiente evidencia para presumir que la misma tiene alguna información útil para la investigación.
3. Para proceder a la apertura y examen de la correspondencia y otros documentos que puedan tener relación con los hechos y circunstancias de la infracción y sus partícipes, se notificará previamente al interesado y con su concurrencia o no, se leerá la correspondencia o el documento en forma reservada, informando del

ratifica por parte del legislador que el derecho a la inviolabilidad de correspondencia no es absoluto, pudiendo ser limitado bajo las condiciones y casos que prevé la Constitución y el Código; como habíamos analizado anteriormente, de forma particular en lo que tiene que ver con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la formulación de los casos en los cuales procede esta restricción siempre responderá a criterios de necesidad y utilidad, necesidad en la medida que debe existir un presupuesto base en la Constitución o la Ley para que proceda la medida, en el caso del Convenio Europeo se cimienta en la defensa de la seguridad pública o estatal; y utilidad, en la medida en que la actuación cumpla con esos fines previstos. Cabe ser enfáticos, en nuestra Constitución no existen los fines que deben cumplir las medidas de restricción de derecho a la intimidad e inviolabilidad de correspondencia, siendo que éstos deben ser desarrollados por el legislador en las normas *infraconstitucional*.

En relación con el numeral 2 del artículo analizado, nuevamente se ratifica el hecho de que el juez es el único que tiene la facultad de disponer la restricción del derecho, esto bajo petición del órgano acusador. Con esto, volvemos a establecer que el sistema acusatorio está afianzado en todas las instituciones procesales previstas en la doctrina, esto por cuanto las órdenes de restricciones de derechos fundamentales no pueden nacer de la voluntad del juzgador, sino que siempre deben obedecer a un pedido fiscal, con lo que el modelo garantista que se ha analizado se sigue manteniendo en esa medida, sin

particular a la víctima y al procesado o su defensor público o privado. A falta de los sujetos procesales la diligencia se hará ante dos testigos. Todos los intervinientes jurarán guardar reserva.

4. Si la correspondencia u otros documentos están relacionados con la infracción que se investiga, se los agregará al expediente fiscal después de rubricados; caso contrario, se los devolverá al lugar de donde son tomados o al interesado.
5. Si se trata de escritura en clave o en otro idioma, inmediatamente se ordenará el desciframiento por peritos en criptografía o su traducción.

embargo, es importante también dejar establecido que el juez, según la normativa, lo que hace es autorizar a Fiscalía para que realice las actividades restrictivas, siendo que en lo posterior el juzgador no participa más en el proceso de restricción del derecho, situación anómala, tanto más que podrían darse vulneraciones posteriores, como lo veremos.

Ahora bien, las condiciones de dicho pedido son, que debe ser motivado y responder a evidencias que permitan inferir que en la correspondencia a retenerse o abrirse existe información útil para la investigación. Es aquí donde surgen los primeros inconvenientes respecto de la aplicación de esta medida por cuanto, si bien en la norma se habla de que el pedido de Fiscalía debe ser motivado, esto es sustentado en normas jurídicas, elementos fácticos y una conclusión lógica al analizar ambos, consideramos que hablar de “cuando haya suficiente evidencia” implica necesariamente la presentación de dichas evidencias ante el juez de garantías penales, esto con el fin de determinar, en primer momento si dichas evidencias son o no reales, luego, si con base a dichas evidencias la motivación realizada por Fiscalía es correcta, es decir, si con dichas evidencias se puede inferir la existencia de necesidad y utilidad de la medida; y por último, si dichas evidencias permiten sustentar una restricción tan grave a un derecho fundamental o si por el contrario, existe otro tipo de medida que permita obtener los mismos fines que se pretenden.

Todo este análisis se vuelve estéril cuando vemos que la norma no prevé una audiencia en la que Fiscalía sustente de manera oral ante el juzgador este pedido y en la que el juzgador pueda tener de alguna forma acceso a las evidencias que se refieren; al contrario de eso, todo este trámite, por llamarlo de alguna manera, se desarrolla en escritos, como lo veremos en el siguiente

capítulo de esta investigación, por lo que esto nos lleva a la conclusión de que en el procedimiento de retención de la correspondencia no se respeta la oralidad consagrada en la Constitución, así como tampoco existe un verdadero control previo a que se dicte la medida, ya que, si bien la norma prevé que el juez analice el pedido, en cambio no se ha previsto que el juez de alguna manera tenga acceso a las evidencias con las que debe contar Fiscalía para sustentar un pedido de restricción de derechos fundamentales.

Luego, en el numeral 3, se establece la forma en cómo debe desarrollarse la apertura y examen de correspondencia, estableciendo que debe notificarse de ello al interesado para que comparezca a la lectura, pudiendo comparecer también la víctima a esta diligencia y a falta de ellos, se juramentarán dos testigos; en este caso existen varias observaciones que deben ser realizadas, la primera es que la apertura y examen de la correspondencia, según la norma, la realiza Fiscalía con lo que cualquier control posterior que se realice a la medida restrictiva es inexistente; el momento en que el juez concede a la Fiscalía la posibilidad de controlar sus propios actos desaparece aquel principio de juez integral, ya que él es único autorizado para determinar si en el proceso investigativo se encuentran respetándose los derechos fundamentales de los intervinientes.

Así mismo es importante indicar que la norma permite que la apertura y examen de la diligencia se puede hacer incluso en ausencia de la persona a la que se le restringió el derecho e incluso, en dicha diligencia puede intervenir un abogado público, el cual no necesariamente puede o podrá tener contacto con la persona a la que se le está vulnerando su derecho, por lo que cualquier idea de que esta diligencia podría constituirse en un control sobre lo que ingresa a la

investigación se esfuma en la medida en que no interviene el juez y se deja abierta la posibilidad de que la misma se desarrolle en ausencia del afectado y con la presencia de un profesional que no es de su confianza. Este tipo de acciones desnudan el nulo control que existe de forma posterior a que se restringe un derecho como es la correspondencia.

En el numeral 4 del artículo que analizamos se prevé que la correspondencia y los documentos que están relacionados con la infracción se agregarán a la investigación y los demás serán devueltos. Es entendible creer que Fiscalía manejará la información que investiga y que seguramente, una vez que apertura la correspondencia, se agregará los documentos correspondientes, la duda salta en qué forma se hará la devolución de los documentos que no correspondan y quién va a garantizar que no se de lectura a las correspondencias ajenas a la investigación que sean de carácter íntimo o personal, si es que la norma prevé la posibilidad que la diligencia se haga sin un juez, sin la presencia del afectado y de su abogado de confianza, por lo que cualquier daño que se genere con motivo de esta actuación no sólo que permanecerá en la impunidad, sino que incluso se constituyen en actos secretos dentro del proceso penal, que por esencia, es público. En este sentido, un modelo que se deja ver como garantista en el papel, no respeta los derechos del investigado, por lo que es irrazonable creer que actos como el reseñado en líneas anteriores, puedan ser admitidos en el sistema procesal ecuatoriano.

Finalmente se ha establecido la posibilidad de traducir las correspondencias en otros idiomas o el desciframiento cuando se hallaren encriptadas. Esta última parte no merece mayor análisis respecto de lo que es materia de estudio en este trabajo.

2.3.2.- La interceptación de las comunicaciones o datos informáticos en el COIP. –

Como quedó expresado en líneas anteriores, el legislador ha considerado conveniente individualizar las reglas y procedimientos que se deben cumplir en las actuaciones atinentes al derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia; siguiendo con el análisis, podemos indicar que en el artículo 476 del COIP¹⁹, se han establecido las reglas que se deben seguir para que las interceptaciones de comunicaciones o datos sean

¹⁹ Art. 476.- La o el juzgador ordenará la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos previa solicitud fundamentada de la o el fiscal cuando existan indicios que resulten relevantes a los fines de la investigación, de conformidad con las siguientes reglas:

1. La o el juzgador determinará la comunicación interceptada y el tiempo de interceptación, que no podrá ser mayor a un plazo de noventa días. Transcurrido el tiempo autorizado se podrá solicitar motivadamente por una sola vez una prórroga hasta por un plazo de noventa días.
Cuando sean investigaciones de delincuencia organizada y sus delitos relacionados, la interceptación podrá realizarse hasta por un plazo de seis meses. Transcurrido el tiempo autorizado se podrá solicitar motivadamente por una sola vez una prórroga hasta por un plazo de seis meses.
2. La información relacionada con la infracción que se obtenga de las comunicaciones que se intercepten durante la investigación serán utilizadas en el proceso para el cual se las autoriza y con la obligación de guardar secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen.
3. Cuando, en el transcurso de una interceptación se conozca del cometimiento de otra infracción, se comunicará inmediatamente a la o al fiscal para el inicio de la investigación correspondiente. En el caso de delitos flagrantes, se procederá conforme con lo establecido en este Código.
4. Previa autorización de la o el juzgador, la o el fiscal, realizará la interceptación y registro de los datos informáticos en transmisión a través de los servicios de telecomunicaciones como: telefonía fija, satelital, móvil e inalámbrica, con sus servicios de llamadas de voz, mensajes SMS, mensajes MMS, transmisión de datos y voz sobre IP, correo electrónico, redes sociales, videoconferencias, multimedia, entre otros, cuando la o el fiscal lo considere indispensable para comprobar la existencia de una infracción o la responsabilidad de los partícipes.
5. Está prohibida la interceptación de cualquier comunicación protegida por el derecho a preservar el secreto profesional y religioso. Las actuaciones procesales que violenten esta garantía carecen de eficacia probatoria, sin perjuicio de las respectivas sanciones.
6. Al proceso solo se introducirá de manera textual la transcripción de aquellas conversaciones o parte de ellas que se estimen útiles o relevantes para los fines de la investigación. No obstante, la persona procesada podrá solicitar la audición de todas sus grabaciones, cuando lo considere apropiado para su defensa.
7. El personal de las prestadoras de servicios de telecomunicaciones, así como las personas encargadas de interceptar, grabar y transcribir las comunicaciones o datos informáticos tendrán la obligación de guardar reserva sobre su contenido, salvo cuando se las llame a declarar en juicio.
8. El medio de almacenamiento de la información obtenida durante la interceptación deberá ser conservado por la o el fiscal en un centro de acopio especializado para el efecto, hasta que sea presentado en juicio.
9. Quedan prohibidas la interceptación, grabación y transcripción de comunicaciones que vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente en aquellos casos que generen la revictimización en infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, sexual, física, psicológica y otros.

realizados, mientras que en el Art. 477 *Ibíd*²⁰, se ha previsto el procedimiento de reconocimiento de las grabaciones que se realizaron.

En lo que tiene que ver con las reglas, la normativa ratifica que el juzgador es el único facultado para realizar una restricción del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones, pudiendo exclusivamente disponer dicho acto previa solicitud del órgano acusador, petición que debe ser fundamentada. En este punto es importante observar que el legislador no ha previsto dentro de las reglas de qué forma Fiscalía debe fundamentar su pedido y este inconveniente acarrea problemas puesto que una textura abierta en la norma permite la arbitrariedad; es claro que fundamentar no necesariamente implica establecer elementos o evidencias que sirvan de base para requerir la interceptación, como se prevé en el artículo 475 del COIP, por lo que en este sentido, esta formulación usada en la ley, como veremos más adelante, permite que los pedidos no sean mayormente sustentados y al contrario, veamos situaciones que en un modelo garantista, resultan aberrantes.

En cuanto a las reglas propiamente dichas, el numeral 1 de la norma analizada prevé las limitaciones que deben tener las interceptaciones, esto en cuanto tiene que ver a la individualidad de la comunicación y al tiempo que puede durar la interceptación. Sobre este tema, la legislación va en sincronía con lo que los tribunales internacionales han prescrito, como en el caso *Klass y otros vs. Alemania* (1978), en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que es necesario establecer los límites de las interceptaciones,

²⁰ Art. 477.- La o el juzgador autorizará a la o al fiscal el reconocimiento de las grabaciones mencionadas en el artículo anterior, así como de videos, datos informáticos, fotografías, discos u otros medios análogos o digitales. Para este efecto, con la intervención de dos peritos que juren guardar reserva, la o el fiscal, en audiencia privada, procederá a la exhibición de la película o a escuchar el disco o la grabación y a examinar el contenido de los registros informáticos. Las partes podrán asistir con el mismo juramento.

La o el fiscal podrá ordenar la identificación de voces grabadas, por parte de personas que afirmen poder reconocerlas, sin perjuicio de ordenar el reconocimiento por medios técnicos.

siendo para ello necesario que exista un proceso investigativo previo; es evidente que estas limitaciones, tanto de tiempo como de individualidad, buscan evitar arbitrariedades en cuanto a mantener en vigilancia permanente a las personas, hecho que iría en contra del principio de inocencia que regenta el sistema acusatorio.

En cuanto a la regla prevista en el numeral 2, se establece que deben ser ingresadas sólo las comunicaciones relevantes al hecho materia de investigación, debiendo guardar secreto sobre los asuntos ajenos al hecho que motiva el proceso; sobre este tema es importante observar los hechos del caso *Escher y otros vs. Brasil (2009)*, en el cual la vulneración de los derechos nace del hecho que no se eliminaron las comunicaciones interceptadas ilícitas, siendo que para el caso de la legislación nacional no se establece que dichas interceptaciones deban ser eliminadas, sino que únicamente se indica que se debe guardar secreto de lo ajeno al proceso, sin embargo en este punto es importante indicar que si no se eliminan dichas comunicaciones ajenas a los hechos, fácilmente dicha información podría ser utilizada para protervos fines, por lo que en ese sentido, la norma deja una ventana abierta que no puede permitirse bajo el imperio del Estado constitucional.

Respecto del numeral 3 no existe mayor análisis que realizar, por cuanto la norma es clara y en ella se establece una salvedad a lo prescrito en la regla del numeral 2, situación que deviene lógica ya que, si el fin de la interceptación es investigar la comisión de un delito, es evidente que cualquier actividad ilícita que pueda ir en desmedro de los derechos de la sociedad debe ser detenida o cuando menos investigada con el fin de evitar la impunidad.

Ahora bien, en cuanto al numeral 4, esta regla es de vital importancia en la medida en que la misma se soporta en lo establecido en el ya comentado caso *Escher y otros vs Brasil* (2009), puesto que a través de la referida sentencia se dejó establecido que todos los datos relacionados con las comunicaciones tienen la misma protección que el contenido de la comunicación; lo referido se ve reflejado cuando se ha previsto la necesidad de que el juzgador sea quien autorice la interceptación y registro de los “datos informáticos en transmisión a través de los servicios de telecomunicaciones” conforme lo dispone el COIP en el artículo 476, quedando por tanto vedado para Fiscalía obtener cualquier dato informático respecto de telecomunicaciones fijas o móviles, sin contar con la autorización de un juez; esto es importante en la medida en que, como veremos más adelante, muchas veces los requerimientos de información acerca de los datos relacionados con las llamadas telefónicas, los cuales solo pueden ser proveídos por las operadoras de telefonía, se obtiene sin siquiera considerar al juzgador, implicando con ello la evidente vulneración de los derechos de los procesados.

En cuanto tiene que ver al numeral 5, en esa regla se ha prescrito el derecho a la reserva profesional, siendo éste uno de los mayores derechos que puede tener una persona dentro del derecho a la defensa, ya que el ámbito de intimidad que podrían existir dentro de dichas llamadas resulta impenetrable por más necesidad o utilidad que exista y es por ello que el legislador a la par de protegerlo ha previsto las sanciones en caso de que se restrinja o vulnere. A este respecto debemos dejar sentada nuestra posición sobre este particular y es que, si bien el privilegio entre abogado-cliente es parte del derecho al debido proceso en la garantía del derecho a la defensa, eso no implica la posibilidad de

permitir que a través de estas comunicaciones se cometan delitos o se planifiquen otros; en ese caso, consideramos se debería aplicar lo previsto en el numeral 3, esto es, debe iniciarse la investigación sobre el particular, sin que en ningún caso pueda considerarse como ineficaz dicha actuación²¹. Claro, seguramente se sostendrá que la vulneración a la comunicación entre abogado-cliente se da desde el momento en que se escucha una sola palabra de la conversación, más considero que este derecho únicamente se puede llegar a vulnerar en el caso de que la comunicación interceptada sea usada con el fin de perjudicar los derechos del afectado con la medida dentro del mismo proceso penal, lo contrario sería pretender mantener la impunidad en otros delitos y no ponderar entre los principios o derechos que están en colisión.

En el numeral 6 se establece que al proceso sólo se introducirán las traducciones de las conversaciones relevantes, siendo voluntad del investigado solicitar la audición de todas las grabaciones; en este sentido, es evidente que quien tiene la capacidad de determinar que es o no relevante para el proceso, es Fiscalía, siendo que quien debería realizar esto es el juzgador, en la medida en que es él quien debe verificar el respeto de los derechos del investigado, más, nuestra ley no prevé esto, quedando en manos de Fiscalía que ingresa o no al proceso.

En las reglas 7 y 8 del artículo materia de análisis, se establecen ciertas reglas que deben cumplirse, en primer lugar, por los operadores y prestadores de los servicios de comunicaciones y de las personas que realicen la interceptación y grabación de las llamadas, quienes están obligadas a mantener reserva de la información hasta el día de la audiencia de juicio; y, en segundo

²¹ A este respecto, revisar la sentencia del caso Versini-Campinchi y Crasnianski contra Francia (2016) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

lugar, para el fiscal del caso, quien debe mantener bajo su responsabilidad la información en un lugar específico hasta llevarla a juicio.

Finalmente, en el numeral 9 se proscribe las interceptaciones, grabaciones y transcripciones de comunicaciones cuando se vulneren derechos de niñas, niños y adolescentes, así como cuando pueda existir revictimización en caso de violencia intrafamiliar o contra la mujer. En este caso, la prohibición busca de alguna manera proteger a grupos declarados vulnerables por la Constitución.

Ahora bien, en el artículo 477 del COIP, se establece el procedimiento que debe cumplirse para el reconocimiento de las grabaciones, debiendo indicar sobre este tema que, la que bien podría ser una audiencia de control posterior de la medida, la norma se encarga de prescribir que la misma puede ser delegada por parte del juzgador a la Fiscalía, quedando con ello eliminada cualquier posibilidad de que se realice un control efectivo sobre lo que se interceptó, dejando en manos del mismo ente acusador la posibilidad de revisar sus actuaciones. A la par de esta delegación, la norma también establece una peligrosa posibilidad cuando indica “Las partes podrán asistir con el mismo juramento”, dejando con ello abierta la posibilidad de que, si el investigador y afectado con la medida no asiste, la misma se puede practicar en su ausencia e incluso sin la presencia de su defensor de confianza; este tipo de actuaciones, evidentemente trastocan el derecho de defensa de las partes, por lo que, el acto de reconocimiento de grabaciones debería ser un acto en el que se debe contar de forma obligatoria con el investigado y su abogado defensor.

En función de todo lo indicado, es evidente que las disposiciones analizadas contienen normas que van en contra del sistema acusatorio y al

modelo garantista en el que se inspira nuestro sistema judicial, pudiendo observar que, en la norma, el control posterior que ha sido calificado por parte de tribunales internacionales de Derechos Humanos como necesario, en el caso de nuestro país, no existe. Claro, hay que indicar que según la normativa procesal, el artículo 604 del COIP establecen la existencia de la audiencia preparatoria de juicio, en la que las partes procesales se deben pronunciar acerca de vicios formales sobre lo actuado, así como respecto de cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, pudiendo declararse la nulidad únicamente si ésta puede influir en la decisión de la causa; y, finalmente, solicitar la exclusión de evidencias que hubieren sido obtenidas con violación a la Constitución o la ley.

Es menester indicar que dicha audiencia tiene como finalidad cumplir una suerte de filtro en el cual se determinará si el proceso ha sido respetuoso de derechos y si existe motivos para llegar a un juicio oral, considerando que solicitar nulidades o exclusiones para ese estado procesal, en el que ya se han transcrito comunicaciones telefónicas, se han abierto y examinado correspondencias, así como se han obtenido evidencias en base a dichas actuaciones, es un ejercicio inútil. La inexistencia de una diligencia de control posterior de las medidas en las que se restringe el derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones, constituye a no dudarlo en un retroceso en materia de derechos fundamentales y, en consecuencia, vulnera los derechos de los investigados.

Sin perjuicio de eso, corresponde analizar si dentro de los procesos en los que se han ejecutado las actuaciones materia de análisis y que han llegado a conocimiento del Tribunal de Garantías Penales de la parroquia Ñaquito, del

Distrito Metropolitano de Quito, desde la vigencia de COIP, los jueces de garantías penales han ejercido algún tipo de control a las actuaciones restrictivas de derechos, así como verificar que en su trámite, estas actuaciones hayan propendido al respeto del debido proceso y las garantías de los investigados, siendo esa la única forma de determinar si en los casos reales, lo que prima es lo que la doctrina dice o, si por el contrario, lo que se aplica es el rígido legalismo.

CAPITULO III

ANÁLISIS DE LOS CASOS PRESENTADOS EN EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE LA PARROQUIA IÑAQUITO, DEL D.M., DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA, DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL COIP

Una vez que hemos realizado un estudio de la doctrina y la legislación internacional y nacional, respecto de nuestro tema de estudio, corresponde analizar si esto es aplicado o no en la casuística. Para este fin hemos seleccionado como judicatura a analizar el Tribunal de Garantías Penales de la Parroquia Iñaquito, del Distrito Metropolitano de Quito, despacho en el que se han sentenciado los procesos penales ordinarios de la provincia de Pichincha desde que entró en vigencia el COIP.

El motivo por el cual se tomó esta judicatura para realizar el estudio fue por cuanto era la mejor forma de observar si dentro de los procesos penales en los cuales existían actuaciones de interceptación de comunicaciones y retención apertura de correspondencia, se realizaron controles respecto de las medidas, esto como paso previo a continuar con el proceso penal ordinario. Como lo analizamos en el primer capítulo de este estudio, la existencia de controles judiciales respecto de las medidas en las que se restringen derechos, es una parte de lo que podría considerarse un modelo garantista y del sistema acusatorio, por lo que, es primordial que estos controles sean practicados antes que tenga lugar el juicio oral, instancia en la que el proceso debe estar saneado de cualquier tipo de irregularidad.

A fin de obtener nuestro universo de casos a analizarse, hemos tenido que realizar un análisis rápido, caso a caso, de todos los procesos que han ingresado al sistema judicial de Quito desde la vigencia del COIP, pudiendo identificar como dato

preliminar que, desde el año 2014 hasta el presente año, al sistema judicial de la ciudad de Quito han ingresado alrededor de 20000 causas²². Ahora bien, a fin de encontrar los procesos en los cuales se han practicado actuaciones como las que son materia de este estudio y que han llegado a conocimiento de la judicatura escogida, hemos tenido que dividir entre procesos en los cuales se han realizado procedimientos especiales y procesos en los que se ha seguido el procedimiento ordinario del COIP, siendo éste el único que llega a conocimiento de los Tribunales de Garantías Penales.

A través de esta distinción hemos podido determinar que muchos de los procesos que han empezado desde la vigencia del COIP, se resuelven por vía de procedimientos especiales, sea directo o abreviado, esto debido a la graduación de las penas previstas en los tipos penales, situación que, de una u otra forma, permite descongestionar el sistema judicial de causas en las cuales las penas son bajas, esto a través de un proceso rápido, como el caso del procedimiento directo; mientras que en otros casos, a fin de que los procesados obtengan beneficios en sus penas, se practica el procedimiento abreviado, en el que se deben aceptar los cargos propuestos por Fiscalía y con eso el proceso termina sin tener que avanzar a la audiencia de juicio ante el Tribunal de Garantías.

Cabe indicar que, hecha esta distinción hemos podido observar que el índice de procesos que llega a conocimiento del Tribunal de Garantías Penales de la parroquia Ñaquito, baja ostensiblemente si lo comparamos con las causas que ingresan a diario al sistema judicial.

Una vez que hemos hecho esta distinción, del análisis que realizamos a la página de consultas habilitada por el Consejo de la Judicatura, hemos podido identificar 18

²² Este dato ha sido obtenido del análisis que se ha realizado en el Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), identificando que en el año 2014 existieron ingresos de causas de más o menos 4000 causas; en el año 2015 fueron casi 6000 causas; en el año 2016 casi 5000 causas y en lo que va del año 2017 son alrededor de 4000 procesos.

procesos en los que se han practicado interceptaciones de comunicaciones o retención y apertura de correspondencia que han llegado a conocimiento de la judicatura escogida y que hasta la fecha han sido sentenciados.

Aquí es importante realizar una puntualización necesaria, ya que es casi seguro que existen más casos, los cuales han sido identificados y no han sido incluidos en este estudio y otros que no han podido ser identificados; respecto de los primeros, estos procesos no han sido tomados en cuenta por cuanto no han sido sentenciados o su información no se halla completa en la plataforma del Consejo de la Judicatura, volviendo imposible realizar un estudio cabal de los mismos; mientras que respecto de los procesos no identificados, debido a la inexistencia de datos estadísticos en el Consejo de la Judicatura acerca de este tema²³, resulta imposible realizar un análisis práctico pormenorizado acerca de todos los procesos que han ingresado a la judicatura, sin embargo, consideramos que para efectos académicos, la muestra tomada resulta bastante alta en función del análisis realizado y que queda expuesto en líneas anteriores.

Una vez que hemos identificado nuestro universo, procederemos a realizar un análisis individual de los casos que se han presentado, a fin de determinar si nuestra hipótesis planteada al inicio de este trabajo es cierta o, si por el contrario, la misma es errada.

A fin de garantizar los derechos fundamentales de las personas intervinientes en los procesos, a lo largo de este estudio se omitirán nombres, quedando a disposición únicamente la identificación del proceso penal analizado.

²³ Es importante indicar que hemos acudido a la oficina de estudios jurimétricos de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, así como hemos requerido mediante comunicación directa, nos sean entregados los datos correspondientes a la materia de este estudio, sin embargo, hasta la fecha de redacción de este capítulo, nos hemos recibido respuesta alguna de dicha entidad, motivo por el cual vuelve imposible realizar el estudio en base a estadísticas oficiales.

Juicio N° 17282-2015-01258

Este proceso fue iniciado por el delito de organización delictiva²⁴. Fiscalía dio inicio a una investigación previa en la que solicitó al juez competente, en este caso un juez de flagrancias del cantón Quito, autorice la interceptación de las comunicaciones de ciertos números telefónicos que presuntamente serían de las personas que participan en el ilícito. Dicha autorización fue concedida, sin que conste en el sistema judicial el auto por el cual se emitió. En base a la autorización se realizan las interceptaciones, elementos estos que sirven para que Fiscalía solicite la detención de los investigados, así como para que se inicie el proceso penal. En ese estado procesal no se realizó ningún análisis acerca de las interceptaciones.

Durante la instrucción fiscal, el ente acusador dispone la apertura de los celulares incautados a los detenidos, así como se practica un análisis de los registros de las llamadas telefónicas, esto con la información proporcionada por las empresas telefónicas; respecto de esto, no consta en ninguna parte la autorización judicial para proceder con el registro de los datos informáticos, como lo prevé la norma penal, mientras que respecto de la apertura de los celulares, el juez ordena la misma, sin considerar las normas procesales de la retención de correspondencia.

En la audiencia preparatoria de juicio, instancia en la que la norma penal prevé que el juez de garantías realiza un control del proceso, tenemos que ninguno de los abogados de los procesados que se someten al procedimiento ordinario, realiza alegaciones en torno a las actuaciones relatadas, así como tampoco solicitan que dichas actuaciones sean excluidas, ni el juez de garantías penales observa o realiza control alguno sobre dichas medidas, limitándose a llamar a juicio.

²⁴ El tipo penal se halla establecido en el Art. 369 del COIP, teniendo una pena de hasta 10 años.

En el juicio, podemos observar que el analista de comunicaciones indicó que se interceptaron casi 2000 comunicaciones y que solo 50 fueron relevantes, pudiendo observar que una de ellas correspondía a un SMS dirigido por uno de los procesados a su pareja sentimental, mensaje en el que no existían datos relevantes para la investigación.

En este punto es evidente que no existió de forma alguna el cumplimiento del principio de proporcionalidad al momento de dictar la medida, así como tampoco se filtró la información previo a ingresarla al juicio, esto por cuanto, si hubiera existido el control, se hubiera evitado que las conversaciones privadas de un procesado sean ventiladas en un juicio público, así como se habría pedido explicaciones sobre las 1950 comunicaciones interceptadas que no fueron presentadas, pero que si fueron escuchadas.

Juicio N° 17282-2015-05233

El proceso se ventila por el delito de asociación ilícita²⁵. En el presente caso, no existió una interceptación de comunicaciones en la etapa de investigación previa, sino que Fiscalía, una vez que capturaron a los investigados, incautan sus teléfonos celulares y proceden a realizar la apertura de los mismos, así como se realiza un registro de los datos informáticos de las líneas telefónicas de propiedad de los procesados, esto es, sobre las llamadas entrantes, salientes, duración, cantidad, fechas, todos datos que solo pueden ser proporcionados por las operadoras.

A este respecto es importante indicar que no existe dentro del proceso la autorización judicial para que se obtengan los datos informáticos relativos a las comunicaciones y tampoco se ha podido establecer con qué fecha se dispuso por parte del juez de la causa, la apertura de los teléfonos incautados. Llegados a la audiencia

²⁵ El tipo penal está previsto en el Art. 370 del COIP, teniendo como pena máxima la de 5 años.

preparatoria de juicio, nuevamente encontramos que los abogados defensores no realizan ningún tipo de alegación respecto a estos temas, solicitando incluso que se declare la validez procesal; tampoco se solicitó por parte de los defensores que se realice exclusión de estas actuaciones, por lo que el juez, sin realizar ningún tipo de control, procede a dictar auto de llamamiento a juicio en contra de los procesados y dispone la práctica de estas pruebas en el juicio.

En la audiencia de juicio, conforme lo vemos en la sentencia, no se presentaron ni el contenido explotado de los celulares, así como tampoco las relaciones de llamadas obtenidas con base a los datos informáticos revisados, por lo que las pruebas no fueron evaluadas.

Juicio N° 17282-2015-05077

El proceso se inicia por el delito de asociación ilícita²⁶. En este caso en el decurso de la investigación previa, Fiscalía considera necesario realizar una interceptación de comunicaciones, de manera particular de los *IMEI*²⁷ de varios teléfonos celulares, por lo que se solicitó al juez de turno autorice el particular. Una vez que se realizaron las interceptaciones, Fiscalía solicita la detención de los investigados, inicia la instrucción fiscal en su contra y dispone que se realice un registro de los datos informáticos de las comunicaciones. Sobre este particular, no consta que Fiscalía haya solicitado la autorización, ni tampoco que el juez la haya otorgado.

En la audiencia preparatoria de juicio, en la que se presume se realiza el control de las actuaciones, el abogado defensor del procesado no realiza ningún tipo de alegación respecto de las interceptaciones, su contenido o sobre el registro de los datos

²⁶ *Ibíd.*, p.77

²⁷ Esta palabra es un acrónimo de “*International Mobile Station Equipment Identity*”, que significa Identidad de equipo de estación móvil internacional. En el campo informático se entiende que el número de identificación único que posee cada equipo celular en el mundo. Para entender más acerca de este tema, se puede revisar: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-02.pdf>

informáticos de las comunicaciones, solicitando de su parte se declare la validez procesal, por lo que el juez, sin realizar un control de lo que se interceptó, así como, sin controlar que el registro de los datos se realizó sin su autorización, procede a dictar auto de llamamiento a juicio en contra del procesado. Cabe mencionar que no se dispuso ningún tipo de exclusión probatoria.

En la etapa del juicio se puede observar que el analista de comunicaciones presenta al Tribunal una llamada telefónica interceptada en la que se solicita una cita médica a favor de la esposa del investigado, alegando que esta comunicación es importante por cuanto permitía verificar la identidad de la persona sujeta a la medida, siendo este hecho muy importante, ya que, a fin de realizar una actuación como la interceptación de una comunicación, Fiscalía no solo debe contar con el número telefónico del presunto investigado, sino que debería contar con la seguridad de que dicho número telefónico corresponde al investigado, a fin de evitar que la intimidad de terceras personas se vea afectada, como en el presente caso.

Ahora bien, también es importante reseñar que en la audiencia, uno de los agentes informó al Tribunal que, para realizar el registro de los datos respecto de las llamadas telefónicas, dicha información es remitida de forma directa por parte de las operadoras a Fiscalía, esto por un supuesto convenio, situación que deja en el suelo la vigencia de la norma procesal que obliga a la existencia de una autorización judicial para la obtención de dicha información, así como desnuda a las claras que información tan delicada, se encuentra en manos de ente acusador del Estado, de forma permanente, volviendo aún más necesario que existan controles por parte de los jueces. Finalmente, es necesario también indicar que, en la audiencia de juicio, el abogado del procesado pretendió alegar la ilegalidad de las interceptaciones, situación que fuera desechada por el Tribunal, considerando que las actuaciones fueron ejecutadas de forma legal.

Juicio N° 17282-2015-05078

El proceso penal se inicia por el delito de asociación ilícita. En el decurso de la investigación previa, Fiscalía solicita la interceptación telefónica de varias líneas presuntamente usadas por los investigados, siendo importante anotar que la petición formulada por Fiscalía la realiza haciendo constar los alias de los investigados, mas no sus nombres. Sin perjuicio de ello, el juez competente otorgó la autorización para la interceptación telefónica. En base a dichas interceptaciones se procedió a detener a los investigados y formularse cargos en su contra, así como a dictarse medidas cautelares.

Llegada la audiencia preparatoria de juicio, la defensa de uno de los procesados realizó la alegación de que, en la autorización judicial de la causa se había permitido únicamente interceptar las comunicaciones, más no grabarlas, siendo dos actividades distintas y que debían estar individualizadas, por lo que pide la exclusión de las grabaciones y transcripciones de dichas interceptaciones; el juez revisa la orden judicial y dictamina que las grabaciones son legales, negando la exclusión solicitada, así como llamando a juicio a los procesados.

En la etapa de juicio, se presentaron al juez las comunicaciones interceptadas, siendo que el Tribunal observa que en su contenido no se vislumbra la existencia de indicios que hagan presumir la comisión del delito acusado, por lo que ratifica el estado de inocencia de los procesados.

En este punto es importante indicar que, si ésta actividad se hubiera realizado ante el juez de garantías, en una audiencia de control de la actuación, seguramente el proceso no hubiera seguido a la etapa de juicio, sin embargo, como no se realiza un control de lo que se interceptó, así como tampoco el juez conoce más de lo que Fiscalía

desea ingresar, vuelve imposible determinar el alcance real de las comunicaciones interceptadas.

Juicio N° 17282-2015-05069

El delito por el que se procesa es el de asociación ilícita. En el decurso de la investigación previa, Fiscalía considera necesario realizar la interceptación telefónica de las líneas que usan los investigados, por lo que solicitan al juez competente la autorización, la misma que es otorgada. Una vez que se realizan las interceptaciones y demás actuaciones investigativas, procede a detener a los procesados y formular cargos en su contra, esto en base a toda la información que se había obtenido hasta ese momento.

Una vez detenidos los investigados, se realiza la incautación de los teléfonos celulares, por lo que se dispone se extraiga la información de los mismos, así como se realice un registro de los datos informáticos relativos a las comunicaciones existentes entre las líneas de los investigados. Sobre este particular cabe indicar que no consta dentro del proceso las autorizaciones para tales fines.

En la audiencia preparatoria de juicio, el abogado del procesado no realiza ninguna alegación respecto de la validez de los procedimientos para las interceptaciones, apertura de teléfonos y registro de datos, por lo que el juez, sin realizar mayor tipo de control de las actuaciones, declara la validez del proceso y dicta auto de llamamiento a juicio en contra del procesado.

Es importante indicar que, previo a la realización de esta audiencia el resto de co-procesados se acogieron al procedimiento abreviado, siendo únicamente uno de los investigados el que fue a juicio ordinario. En esa etapa de juicio, ni el procesado, ni el

Tribunal observa que el registro de los datos informáticos se realiza sin orden judicial, pasando por alto el particular.

Juicio N° 17282-2015-06010

El delito por el cual se investiga y procesa es el de asociación ilícita. En el decurso de la investigación previa, se solicita por parte de Fiscalía una autorización para interceptar la línea telefónica de uno de los investigados, obteniéndose la orden por un juzgador de turno del D.M de Quito.

En la audiencia preparatoria de juicio, al momento de revisar la legalidad de las actuaciones el abogado de uno de los procesados alega respecto de las interceptaciones, sin embargo, su intervención resulta poco técnica en la medida en que no fundamenta su petición en función de las normas procesales, resolviendo el juez de la causa negar su petición y declarar la validez procesal, así como admitir todos los medios probatorios presentados.

En la audiencia de juicio ninguno de los abogados realizó reparos a las pruebas presentadas, siendo que finalmente adquirieron tal calidad y sirvieron para juzgar a los procesados. Es importante observar que las defensas de los procesados no observan que los agentes realizaron, además de la interceptación, un registro de los datos informáticos de la línea telefónica que no fue interceptada, situación para la que se requería la autorización judicial.

Juicio N° 17282-2016-00375

El delito que se investiga y sanciona en este caso, es el delito de concusión²⁸. En virtud de la denuncia presentada, Fiscalía da inicio a la investigación previa y como una de las primeras órdenes es solicitar la interceptación de comunicaciones, para lo cual

²⁸ El tipo penal se encuentra previsto en el Art. 281 del COIP, teniendo una pena máxima de 7 años.

requieren la autorización judicial pertinente, la cual efectivamente es otorgada. A este respecto, nótese que la medida fue ordenada sin la existencia de mayor investigación, únicamente con la noticia criminal, situación que desnuda el nulo control que existe para emitir una medida de esta naturaleza.

En la audiencia preparatoria de juicio el defensor de una de las procesadas alega que no existía la orden judicial para realizar la interceptación de la línea telefónica, situación que es rechazada por parte del juzgador, el cual determinó la existencia de la autorización. Respecto del contenido de las comunicaciones interceptadas, así como del registro de los datos informáticos de las mismas, nada se alegó, por lo que el juez de la causa, sin tomar en cuenta este particular, declaró la validez procesal y aceptó todas las pruebas presentadas. Ya en la audiencia de juicio, ninguno de los defensores realizó alegaciones sobre este respecto, permitiendo que el Tribunal use estas interceptaciones como medios de prueba para sentenciar.

Juicio N° 17282-2016-01540

El delito que se investigó y sancionó en este caso, es el de asociación ilícita. Fiscalía, dentro de la investigación previa, solicitó la autorización judicial para interceptar las líneas telefónicas de personas, identificadas con alias. Como hemos visto, esta situación es bastante común y los jueces proceden a dictar la medida sin que exista mayor análisis sobre el particular, sin observar que, con el alias, no se identifica a la persona que es destinataria de la medida, situación que podría vulnerar los derechos de los investigados. Con base a estas interceptaciones se procedió a detener a los investigados, así como a formular cargos en su contra.

Luego, en la audiencia preparatoria de juicio, ninguno de los abogados defensores realizó alegaciones respecto de la validez procesal de las interceptaciones,

así como sobre el contenido de las interceptaciones, por lo que el juez procedió a declarar la validez procesal y a admitir dichas actuaciones como medios probatorios. En la audiencia de juicio esta situación no varió, por lo que los jueces los asumen como medios para emitir sentencia condenatoria.

Juicio N° 17282-2016-01891

El delito por el que se inició la investigación de este caso, es el de tráfico de sustancias estupefacientes, en alta escala²⁹. En este caso no se dispuso interceptación telefónica en el decurso de la investigación previa, sino que, una vez que se capturó a las personas involucradas en el hecho punible, se procedió a incautar sus teléfonos celulares, ordenándose por parte de Fiscalía la apertura y extracción del contenido de los teléfonos celulares. A este respecto, es importante indicar que el contenido de los teléfonos celulares podría ser considerada como correspondencia electrónica, por lo que el juzgador debería observar dichas reglas para disponer la apertura y extracción de la información. En el expediente procesal no observamos la existencia de la orden judicial para proceder a realizar esta acción.

En la audiencia preparatoria de juicio, que es el estado en donde podía haberse alegado la inexistencia de este requisito, nada se dijo por parte de los defensores, por lo que el juez no realizó ningún tipo de control a las acciones realizadas por Fiscalía, declarándose válido el proceso y admitidos como medios probatorios las aperturas telefónicas, siendo utilizada esta pericia para llamar a juicio a los procesados.

Luego, en el juicio, al momento de resolver no toman en cuenta las pruebas practicadas sobre los teléfonos celulares, mas, esto no implica de manera alguna que no se hayan generado vulneraciones al debido proceso, como hemos visto.

²⁹ El tipo penal que sanciona esta conducta está previsto en el Art. 220 numeral 1, literal d) del COIP, estando graduada la pena desde los 10 a los 13 años.

Juicio N° 17282-2016-02777

El delito por el cual se inicia la investigación es el de asociación ilícita. Por considerarlo necesario, Fiscalía solicita autorización para la interceptación de ciertas líneas telefónicas, las cuales estaría siendo utilizadas por personas que no han sido identificadas, sino que únicamente se cuenta con su alias. En este sentido, nuevamente observamos que la identificación de los investigados no es una circunstancia que sea observada por el juez en el ejercicio del control previo, dictando medidas en contra de personas sin identificar, hecho que causa preocupación al verse vulnerado el debido proceso.

Una vez ejecutada la medida, Fiscalía requiere la detención de los investigados, esto con el fin de formular cargos en su contra. En la detención se procede a incautar los teléfonos de los procesados, los cuales, en el decurso de la instrucción fiscal se ordena sean examinados y extraída la información que se encuentre en ellos; así mismo, se ha ordenado se realice el registro de los datos informáticos de las líneas telefónicas interceptadas, a fin de conocer la cantidad de llamadas, frecuencia, duración y demás datos relativos a las comunicaciones que ya han sido interceptadas. Importante es indicar que para este registro de los datos informáticos, Fiscalía no solicitó una orden judicial. Respecto de la apertura y examen de los teléfonos celulares, tampoco hemos encontrado la autorización judicial para la práctica de esta actuación.

En la audiencia preparatoria de juicio ninguno de los defensores alegó respecto de los hechos indicados, por lo que el juez, una vez más, sin realizar ningún tipo de control sobre estas actividades, declaró la validez procesal y admitió dichas evidencias como pruebas para ser presentadas en el juicio.

Es importante indicar que, en este caso, el juez de la causa para emitir el auto de llamamiento a juicio se sirvió de las transcripciones de las comunicaciones interceptadas, por lo que, pese a que no realizó control sobre las mismas, si las usó para emitir un pronunciamiento.

Finalmente, respecto de este caso, es necesario indicar que el juez que emitió la autorización para la interceptación, dispuso previamente una autorización para el manejo de fuentes, situación que podría considerarse que sirve para realizar el registro de los datos informáticos, sin embargo, dicha autorización no se halla enmarcada dentro de lo dispuesto en el Art. 476 numeral 4 del COIP, por lo que cualquier actuación amparada en esta orden, deviene en ilegal.

Juicio N° 17282-2016-02952

El delito por el que se inició este proceso es el de asociación ilícita. En el marco de la investigación previa, Fiscalía solicita al juez de la causa se autorice la interceptación de líneas telefónicas, la cual es dispuesta y ejecutada. En base a estas interceptaciones se procede a la detención de los procesados y a la incautación de los teléfonos celulares que usaban, aparatos de los cuales se requiere autorización al juez a fin de que se los examine y extraiga su contenido, a lo cual el juez dispone su apertura, sin embargo, en su orden en ningún momento refiere que ésta sea dispuesta como apertura de correspondencia.

Una vez en la audiencia preparatoria de juicio, la defensa de los procesados realiza dos alegaciones a fin de que se excluya evidencias, la primera relacionada a unos audios obtenidos en los seguimientos, de los cuales no estamos seguros si se refiere a las interceptaciones o si fueron otros audios; y la segunda tiene que ver con la extracción de la información de unos mensajes electrónicos, alegando para ello la

indefensión en la que se lo habría colocado al procesado al no permitirle conocer de estos mensajes en el momento oportuno. Ambas alegaciones fueron rechazadas por el juez en su decisión, sin que realice mayor análisis sobre el particular, con el argumento que no se ha demostrado la ilegalidad en su obtención, demostrando el nulo control que se ejerce sobre las actuaciones investigativas.

En base a las evidencias presentadas, entre las que estaban las obtenidas de la explotación de los teléfonos celulares, se procede a llamar a juicio a los procesados, debiéndose observar que, en el juicio, uno de los procesados que alegara la exclusión de evidencias, fue ratificado en su inocencia, lo que ratifica que el control del juez de garantías penales, es nulo.

Juicio N° 17282-2016-03222

En este caso, el delito por el que se investiga es el de extorsión³⁰. En el presente caso, Fiscalía una vez que los procesados son detenidos, procede a requerir a las operadoras telefónicas remitan información acerca de los datos informáticos que se encuentren en el sistema, remitiéndose el contenido de varios SMS³¹ remitidos y recibidos por las líneas telefónicas investigadas. Así mismo, se dispuso que se realice la apertura y extracción de información de los teléfonos celulares que se incautaron en la detención de los investigados.

Es importante indicar que, de la revisión del proceso, no se encuentra autorización judicial que se haya emitido a fin de que se remitan los registros de datos informáticos relativos a las comunicaciones de las líneas telefónicas investigadas y

³⁰ El tipo penal de este delito está previsto en el Art. 185 del COIP, siendo su pena máxima de 7 años.

³¹ Es un acrónimo en inglés, que significa “*short message service*”, que significa servicio de mensaje corto. Para revisar más sobre el tema: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2648896.pdf>

mucho menos aún, que se haya autorizado la apertura de comunicaciones electrónicas, como es el caso de los *SMS*.

En la audiencia preparatoria de juicio, no existen alegaciones relacionadas con la extracción de la información, así como tampoco sobre la legalidad de la obtención de los *SMS*, por lo que el juez declara la validez procesal y dicta auto de llamamiento a juicio, tomando como base para ello las conexiones telefónicas. Es importante indicar que el juez no realizó un análisis acerca del contenido de las comunicaciones que se revisaron, es decir, sin hacer un control acerca de los mismos.

Una vez en el Tribunal, los jueces proceden a revisar las comunicaciones registradas, observando que las mismas no tienen relación con el hecho que es materia de enjuiciamiento, procediendo a emitir sentencia ratificatoria de inocencia. Como vemos, la ausencia de este control posterior a las medidas generó que los investigados sean llevados a un juicio.

Juicio N° 17282-2016-03312

El delito por el que se da inicio a este proceso es el de asociación ilícita. En este caso, la autorización judicial para realizar las interceptaciones se dicta en la investigación previa; luego, en base a dichas interceptaciones se procede a realizar la detención de las personas y a ordenar la incautación de los teléfonos celulares de los mismos. Una vez que se hallan en poder de la Policía, Fiscalía solicita al juez de la causa se conceda la autorización para la apertura y examen de los teléfonos celulares, la cual es concedida en el desarrollo de la instrucción fiscal. De esta manera se cumplen con los controles previos a las medidas.

En audiencia preparatoria de juicio los defensores no plantean ningún tipo de alegación respecto de la necesidad de un control acerca de las actuaciones, por lo que el

juez, a la par de declarar la validez del proceso y admitir como medios probatorios las actuaciones analizadas, procede a dictar auto de llamamiento a juicio. Es importante indicar que, en este caso, el control posterior pasa a ser una anécdota, ya que si bien el juez declara la validez de todo lo actuado, esto no implica de manera alguna que se hayan analizado de forma pormenorizada el proceso.

Juicio N° 17282-2016-4336

El delito por el que se inicia este proceso es de asociación ilícita. Al igual que en el caso anterior, tenemos que en la investigación previa Fiscalía solicita se conceda la autorización para la interceptación de comunicaciones relacionada con los investigados; en base a dichas interceptaciones se procede a la detención y formulación de cargos en contra de ellos, así como a la incautación de los teléfonos celulares que estaban en su poder.

En el decurso de la instrucción fiscal se procede a solicitar al juez la autorización para la apertura y examen de los celulares, autorización que es emitida a fin de que se practique la diligencia. Con esto tendríamos que el control previo existe en ambas medidas.

En la audiencia preparatoria de juicio, ninguno de los defensores de las personas que no se acogieron al procedimiento abreviado realizan alegación alguna sobre el contenido de las llamadas telefónicas interceptadas, ni sobre el contenido de los celulares examinados, por lo que el juez, sin mayor análisis, declara la validez procesal y admite como medios probatorios los obtenidos a través de las actuaciones analizadas, así como dicta auto de llamamiento a juicio en contra de los procesados. Es importante observar que en este caso resultaba necesario requerir este control, ya que los procesados que fueron llamados a juicio eran cónyuges, por lo que sus comunicaciones

interceptadas necesariamente tenían que ser protegidas de forma diferente, al existir situaciones de extrema intimidad.

Juicio N° 17282-2016-04337

El presente caso se inicia por el delito de asociación ilícita en concurso real con tráfico de estupefacientes³². Recibida la noticia criminal, Fiscalía solicita al juez conceda autorización para realizar la interceptación de las comunicaciones de las personas que estarían involucradas en el ilícito, la cual es concedida. Mediante estas interceptaciones se procede a identificar a los involucrados en el ilícito, por lo que se los detiene y se les formula cargos.

En el decurso de la instrucción fiscal, se dispone se realice el registro de los datos informáticos de las comunicaciones, a fin de obtener toda la información relacionada con las fechas, duración, frecuencia, etc., de las llamadas telefónicas que fueran interceptadas. De esta actuación no se observa que exista autorización judicial. Una vez finalizada la instrucción fiscal se convoca a la audiencia preparatoria de juicio en la que no se realizan alegaciones relacionadas con las actuaciones analizadas, por lo que el juez declara la validez del proceso, así como admite los medios probatorios presentados, dictándose auto de llamamiento a juicio en contra de las personas que no se sometieron al procedimiento abreviado.

En la audiencia de juicio uno de los agentes investigadores que rinde su declaración indica que las interceptaciones se llevaron a cabo por más de ocho meses. En ese sentido, se podría haber transgredido la norma que establecen los plazos en los

³² Como ha sido indicado en líneas anteriores, el tipo penal de la asociación ilícita prevé una pena de hasta 5 años, mientras que para el tráfico de sustancias existe una graduación de acuerdo a la cantidad de droga que sea aprendida, teniendo una pena máxima de 13 años. En el presente caso, el concurso real es una figura jurídica prevista en el Art. 20 del COIP, a través de la cual se sanciona a una persona por varios delitos autónomos que le pueden ser atribuidos, mediante la acumulación de penas hasta por el máximo del doble de la pena más grave, sin que esta suma pueda exceder de 40 años.

cuales pueden llevarse a cabo estas actuaciones. A fin de evitar este tipo de situaciones, hubiera sido necesario verificar la fecha en la cual se realizó la primera interceptación y la fecha de la última, sin embargo, esta actividad, que debería ser realizada por el juez de garantías en el ejercicio de un control posterior, no se la hizo.

Juicio N° 17282-2016-04340

El presente caso se inicia a fin de investigar el delito de asociación ilícita. En el decurso de la investigación previa se autoriza por parte del juez competente la interceptación de las líneas telefónicas relacionadas con una de las personas que estaba siendo investigado. En base a dichas interceptaciones se procede a la detención de los investigados, así como a formularse cargos en su contra.

Dentro de la instrucción fiscal se realiza el registro de los datos informáticos relacionados con las comunicaciones, diligencia para la cual no existe la autorización judicial correspondiente.

En la audiencia preparatoria de juicio, los defensores de los procesados que no se sometieron al procedimiento abreviado no realizan ningún tipo de alegación respecto de los contenidos de las comunicaciones, así como tampoco respecto de la inexistencia de la orden judicial para proceder al registro de la información relativas a las comunicaciones, por lo que el juez, sin mayor análisis y control, declara la validez de todo lo actuado, dicta auto de llamamiento a juicio y admite los medios probatorios presentados.

De este caso podemos observar que el problema respecto de la ausencia del control posterior respecto de las medidas también proviene de la nula acción de la defensa, la cual, como se observa en este caso, no realizó absolutamente nada para evidenciar la ilegalidad en que se incurrió.

Juicio N° 17282-2016-04711

El presente proceso, se inicia para investigar el delito de asociación ilícita. Este podríamos considerar es el que se ha llevado de mejor manera, puesto que el mismo se inició por la denuncia, Fiscalía solicitó la autorización al juzgador para realizar la interceptación telefónica de una sola persona, la cual fue efectivamente otorgada y sirvió de base para detener a las personas involucradas en el ilícito. En el decurso de la instrucción fiscal no se realizaron más actividades relacionadas con las comunicaciones, por lo que se convocó a la audiencia preparatoria de juicio, en la cual no se presentaron alegaciones acerca de la validez de las interceptaciones telefónicas, por lo que el juez declaró su validez, las admitió como medios probatorios y las usó a fin de dictar el correspondiente auto de llamamiento a juicio.

Como vemos en este caso, la orden judicial únicamente otorga a Fiscalía la posibilidad de realizar la actividad para la que fue concedida, no debiendo en base a ello disponerse registros y análisis de datos informáticos relativos a las llamadas telefónicas, si bien no son materia de la interceptación, si son datos que están protegidos por la norma, al ser parte integrante de las comunicaciones.

Juicio N° 17282-2016-04797

En este último caso, el delito investigado es el de asociación ilícita. Tal como sucedió en el caso anterior, en este proceso la autorización para la interceptación telefónica se requirió en la etapa de investigación previa, siendo otorgada por el juez competente del caso. En base a estas interceptaciones se detuvo a las personas involucradas en el delito, se les formuló cargos y se les dispuso las medidas cautelares correspondientes. ´

En el curso de la instrucción fiscal no se desarrollaron otras actividades relacionadas con las comunicaciones personales de los procesados. Una vez convocada a la audiencia preparatoria de juicio, la única procesada que no se sometió al procedimiento abreviado, no realizó alegaciones respecto de la validez de las interceptaciones relacionadas, por lo que el juez declaró su validez, dictó auto de llamamiento a juicio y procedió a admitirlas como medios probatorios.

Una vez más podemos observar que, cuando no existe extralimitaciones a las órdenes judiciales otorgadas, no existen vulneraciones a los derechos de las partes investigadas, siendo que, en este caso, el control posterior se efectúa de forma integral en la audiencia preparatoria de juicio.

Con base al análisis detallado de cada caso, podemos realizar varias observaciones de carácter general que aúnan el estudio particular. Así, tenemos que los delitos en los cuales se practican con mayor frecuencia este tipo de actuaciones, son los delitos en los cuales hay pluralidad de procesados, así como en los que el bien jurídico protegido es la seguridad pública, esto por cuanto en su gran mayoría se trata de delitos de asociación ilícita.

De la misma forma, podemos observar que en la gran mayoría de casos no sólo se ejecuta la interceptación de comunicaciones, sino que además de ello se realiza un registro de los datos informáticos relativos a las llamadas telefónicas situación que, en casi todos los casos, no está autorizada por un juez de garantías de forma expresa, por lo que dichas actuaciones devienen en ilícita al vulnerarse un derecho fundamental. Esto podemos decirlo toda vez que, como observamos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los datos relacionados con las comunicaciones también se encuentran protegidos dentro del derecho fundamental a la inviolabilidad de correspondencia. Resulta preocupante observar que en uno de los casos se afirmó por

parte de una agente policial que esa información es remitida directamente a Fiscalía cuando se requiere, ya que esto implica que el derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia se vulnera a diario, sin que exista ningún tipo de control.

De otro lado, podemos determinar que en la mayoría de los casos el juez de garantías penales no revisa el contenido de las comunicaciones interceptadas, demostrando con ello que, en la práctica, no ejerce ningún tipo de control acerca de lo que se intercepta, esto a fin de determinar si existe o no pertinencia con el caso investigado, o si se han interceptado comunicaciones que son inviolables o si existe al menos indicios suficientes para avanzar a la siguiente etapa procesal. Tampoco se ejerce un control acerca del tiempo en el cual se ejerce la medida, ya que en ninguno de los casos hemos observado que se haya analizado la fecha de la primera comunicación que se ha escuchado, ni tampoco de la última, quedando con ello en el aire la posibilidad de que la medida haya sido ejercida por mayor tiempo del que se autorizó.

Es importante también identificar que, en cuanto al control previo, el juez casi en ningún caso requiere que la línea telefónica a intervenir sea de la persona a la que se les está investigando, permitiendo que sea intervenga líneas en base a alias presentados por Fiscalía, situación anómala que permite que en varios casos se intervengan comunicaciones que son muy sensibles, como el caso de la llamada para la cita médica, esto con el fin de recién identificar a la persona sujeto de la medida. En este sentido, el control previo que se ejerce en las medidas de interceptación resulta nulo a fin de garantizar los derechos de los ciudadanos investigados.

Finalmente, es necesario indicar que en casi todos los casos, los procesados se acogen a un procedimiento abreviado, en el cual no se alega absolutamente nada sobre la validez de las actuaciones investigativas, esto con el fin de beneficiarse con una pena negociada rebajada, situación que trae como consecuencia dos situaciones, la primera

una renuncia expresa a los derechos a la defensa previstos en la Constitución, y la segunda, la autoincriminación y aceptación de la ilegalidad o arbitrariedad que puede darse para obtener elementos inculpatórios, situación que también vulnera derechos fundamentales. Este hecho, evidentemente debe ser estudiado y analizado, en la medida en que se vuelve necesario un análisis acerca de la validez de un procedimiento abreviado en el que se vulneran derechos de los procesados para beneficiarse con una pena rebajada, pero muchas veces injusta y arbitraria.

CONCLUSIONES

Al inicio de este trabajo nos propusimos varios objetivos, el principal de ellos era describir el control judicial de las actuaciones especiales de investigación de interceptación de comunicaciones y retención de correspondencia. A lo largo de este estudio hemos podido determinar que las actuaciones referidas han sido previstas en nuestra legislación procesal penal, que tienen trámites propios para su ejecución y en ambas se ha previsto un control previo por parte del juez de garantías penales; mientras que el control posterior ha sido relegado para el momento de la audiencia preparatoria de juicio. También hemos podido establecer que luego de realizada la medida, el Fiscal del caso debe solicitar la autorización al juez para realizar una audiencia en la que se practica el examen de las comunicaciones y correspondencia intervenida, sin que en ella participe el juez de garantías, por lo que no podría considerarse como dicha diligencia una forma de control.

Hemos visto que la doctrina y la jurisprudencia internacional han indicado como necesario la existencia de un control posterior en las medidas en que se restrinjan los derechos fundamentales de los ciudadanos y que ese control debe ser oportuno, sin embargo, en nuestro país, dicho control se ejerce de forma inoportuna, ya que debemos esperar hasta un momento procesal en el que muchas de las vulneraciones ya se han ejecutado y se mantienen impunes. De los casos analizados, podemos establecer que en nuestro país el control de las actuaciones en su mayoría no se realiza en el momento procesal oportuno, sea por la falta de examen por parte de la defensa, como por la nula actividad judicial; hecho que, permite que al juicio oral pasen evidencias que han sido obtenidas vulnerando los derechos de los procesados, lo que conlleva que el procesado vea mermado sus derechos a la tutela judicial efectiva, así como al cumplimiento de las normas, ya que ningún juez puede ser imparcial si debe sentenciar en base a pruebas

ilícitas, así como ningún juicio puede ser justo, en la medida en que no se respeten los procedimientos previos establecidos en la ley.

En esa perspectiva, el juez de garantías penales previsto en la legislación ecuatoriana no está cumpliendo con ese rol que, en la doctrina garantista y en el sistema acusatorio, se le ha otorgado. Esto lo determinamos puesto que, en lugar de verificar que en el desarrollo de estas actuaciones analizadas se hayan respetado los derechos, hace las veces de un tercero que pasa por alto muchas de las vulneraciones ocasionadas.

Esta inacción creemos que se ha generado por varios escenarios, el primero la poca o nula posibilidad que la ley le otorga al juez de garantías penales para intervenir en actos en donde se vulneran los derechos fundamentales de las personas investigadas, ya que, el no prever en la norma la posibilidad de un control posterior respecto de las actuaciones relacionadas con las comunicaciones, esto genera que el papel del juez pase a segundo plano. Esto se ratifica en el hecho que, para dictar la medida en primer momento, el juzgador no puede acceder a las evidencias con las que Fiscalía cuenta, ni tampoco se realiza ninguna diligencia en la cual pueda intimar en el pedido de restricción de derechos, lo que implica su nula participación así mismo en el control previo.

Así mismo, son causantes de este incumplimiento de su papel, el rol que la política criminal del Estado ha otorgado a la Policía en nuestro país, ya que, como vemos en los casos analizados, los requerimientos de medidas restrictivas de derechos vienen siendo requeridas por los agentes policiales, las cuales no son analizadas a profundidad por Fiscalía y menos aún por los jueces de garantías penales.

Es irrazonable que en un Estado constitucional de derechos como es el Ecuador, que el juez dicte medidas como la interceptación de comunicaciones sin identificar a las

personas que van a ser interferidas, así como también resulta desproporcionado que, antes de realizar investigaciones que permitan encontrar evidencias reales, se requieran las autorizaciones para intervenir comunicaciones.

Luego, resulta evidente que el papel del juez no se encuentra siendo cumplido cuando vemos que en los casos sometidos a su conocimiento se agregan datos informáticos sin órdenes judiciales, mensajes o correspondencia ajena a los hechos de la investigación y más actuaciones que resultan lesivas de los derechos que, se supone en la doctrina y la norma, el juez debe proteger y controlar.

Si el Ecuador quiere llegar a un Estado constitucional de derechos, requiere generar un cambio urgente en la aplicación de las medidas restrictivas de derechos fundamentales que se ejecutan en los procesos penales, puesto que, como hemos visto en la doctrina analizada, entre menos controles se ejecuten dentro del proceso penal, más lejos no encontramos de aquel modelo garantista que sirve de fundamento para nuestra legislación.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. (M. Carbonell, Ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 13-42. Recuperado el 1 de octubre de 2017, de <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf>
- Alexy, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aponte, A. (2008). *Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal*. Bogotá, Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Armenta Deu, T. (2014). *Estudios de Justicia Penal*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (10 de febrero de 2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Bernal Cuellar, J., & Montealegre Lynett, E. (2013). *El Proceso Penal, Estructura y garantías procesales*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Cuellar, J., & Montealegre Lynett, E. (2013). *El proceso penal, Tomo II: Estructura y garantías procesales*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. (U. d. Derecho, Ed.) *DOXA. Cuadernos de Filosofía y Derecho*(26), 225-238. doi:10.14198/DOXA2003.26.12
- Bernal Pulido, C. (2015). Derechos Fundamentales. En U. N. MÉXICO, J. Fabra Zamora, & V. Rodríguez Blanco (Edits.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (págs. 1571-1594). México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3796-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-dos>
- Binder, A. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc S.R.L.
- Bustos Ramírez, J. (2008). *Derecho Penal, Parte General* (Vol. II). Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Cabezudo Bajo, M. (2005). La restricción de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*(65), 187-227. doi:<http://dx.doi.org/10.5944/rdp.62.2005>
- Cabezudo Bajo, M. (2010). La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional. *Revista de Derecho Político*(77), 143-182. doi:<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/issue/view/642>

- Carrió, A. (1994). *Garantías Constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Chiriboga Zambrano, G., & Salgado Pesántez, H. (1995). *Derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana*. Quito, Ecuador: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, ILDIS.
- Contreras Aguirre, S. (2012). Ferrajoli y los derechos fundamentales. *Revista de la Inquisición (Intolerancia y derechos humanos)*(16), 121-145. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/revista/1193/A/2012>
- Couso, J., & Hilbink, L. (2010). Del quietismo al activismo incipiente: las raíces institucionales e ideológicas de la defensa de los derechos en Chile. En C. S. Nación, *Tribunales Constitucionales en América Latina* (págs. 169-217). México D.F., México.
- Cuenca Dardón, C. (2015). *Manual de Derecho Procesal Penal*. México D.F., México: Porrúa.
- Decreto Legislativo 0. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador: Registro Oficial del Ecuador N° 449.
- Decreto Legislativo 000. (11 de agosto de 1998). Constitución Política de la República del Ecuador. Quito, Ecuador: Registro Oficial del Ecuador.
- Demandt, A. (2000). *Los grandes procesos de la historia*. Barcelona, España: Crítica.
- Encalada Hidalgo, P. (2015). *Teoría Constitucional del Delito, Analisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Escher y otros vs. Brasil, Serie C No. 200 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de julio de 2009). Recuperado el 8 de octubre de 2017, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). El Constitucionalismo Garantista. Entre Paleo-Iuspositivismo y Neo-Iusnaturalismo. (U. d. Pons, Ed.) *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(34), 311-360. Recuperado el 3 de octubre de 2017, de <http://hdl.handle.net/10045/32780>
- García Belaunde, D. (19 de octubre de 2017). *Los tribunales constitucionales en América Latina*. Obtenido de www.corteidh.or.cr: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/12843a.pdf>
- Gómez Colomer, J. (1985). *El proceso penal alemán*. Barcelona, España: Bosch.
- Guerrero, O. J. (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

- Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid, España: Civitas.
- Klass y otros vs. Alemania, 5029/71 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 6 de septiembre de 1978). Recuperado el 8 de octubre de 2017, de [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-165153"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- Lara Espinoza, S. (2005). *Las garantías constitucionales en materia penal*. México D.F., México: Porrúa.
- López-Barajas Perez, I. (2011). *La intervención de las comunicaciones electrónicas*. Madrid, España: La Ley.
- Malone vs. Reino Unido, 9691/79 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2 de agosto de 1984).
- Montaña Pinto, J., & Pazmiño Freire, P. (2013). Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano. En C. C. Ecuador, *Manual de Justicia constitucional ecuatoriana* (págs. 23-48). Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- Ornoz Santana, C. (2006). *Manual de Derecho Procesal Penal*. México D.F., México: Limusa.
- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Reyes Cuartas, J. (2014). Acerca del oficio del juez y de las percepciones sociales sobre su trabajo (o del triste retrato de hoy, de la independencia judicial de Colombia). *Revista Nuevo Foro Penal*, 10(83), 226-244. Recuperado el 15 de septiembre de 2017, de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/issue/view/381>
- Tristán Donoso vs. Panamá, Serie C - No 193 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de enero de 2009). Recuperado el 8 de octubre de 2017, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf
- Urbano Martínez, J. (2013). *El control de la acusación, una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado Constitucional de Derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Urbano Martínez, J. J. (2011). *La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal, Hacia una propuesta de Fundamentación del Sistema Acusatorio*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Vaca Andrade, R. (2014). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, Tomo I*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Vaca Andrade, R. (2015). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, Tomo II*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Valenzuela Contreras vs. España, 27671/1995 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 30 de julio de 1998).

- Versini-Campinchi y Crasnianski contra Francia, 49176/11 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 16 de junio de 2016).
- Zambrano Pasquel, A. (2009). *Política Criminal*. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Zavala Egas, J. (2014). *Código Orgánico Integral Penal, Teoría del delito y sistema acusatorio*. Quito, Ecuador: Murillo Editores.
- Zuluaga Taborda, J. (2007). Comentarios a la función de control de garantías a propósito de la ley 906 de 2004 o "Sistema procesal penal acusatorio". *Coherencia*, 4(6), 133-165. Obtenido de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/co-herencia/article/view/360>