

UNIVERSIDAD DE OTAVALO
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL

TRABAJO DE TITULACIÓN

**CRITERIOS PARA CATALOGAR COMO PRUEBA ILÍCITA LAS GRABACIONES DE
COMUNICACIONES PERSONALES**

HUGO JAVIER JACOME TERAN
EDGAR GERMAN JIVAJA GARCIA

TUTOR: Mgs. Juan Evangelista Núñez Sanabria

Otavalo, septiembre, 2022



DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Nosotros, **HUGO JAVIER JACOME TERAN**, y, **EDGAR GERMAN JIVAJA GARCIA**, declaro/declaramos que este trabajo de titulación: **“CRITERIOS PARA CATALOGAR COMO PRUEBA ILÍCITA LAS GRABACIONES DE COMUNICACIONES PERSONALES”** es de nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional. Así mismo declaramos que dicho trabajo no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo como autores la responsabilidad ante las reclamaciones que pudieran presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de cualquier responsabilidad al respecto.

Que de conformidad con el artículo 114 del Código Orgánico de la Economía Social, conocimientos, creatividad e innovación, concedo a favor de la Universidad de Otavalo licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra con fines académicos, conservando a nuestro favor los derechos de autoría según lo establece la normativa de referencia.

Se autoriza además a la Universidad de Otavalo para la digitalización de este trabajo y posterior publicación en el repositorio digital de la institución, de acuerdo a lo establecido en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior. Por lo anteriormente declarado, la Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes otorgados, por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

En Otavalo, a los 30 días del mes de septiembre de 2022

EDGAR GERMAN JIVAJA GARCIA
C.I. 1717664161

HUGO JAVIER JACOME TERAN
C.I. 1001832961

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el trabajo de investigación titulado **“CRITERIOS PARA CATALOGAR COMO PRUEBA ILÍCITA LAS GRABACIONES DE COMUNICACIONES PERSONALES”** bajo mi dirección y supervisión, para aspirar al título de Magister en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal, de los estudiantes **Hugo Javier Jácome Terán y Edgar Germán Jivaja García**, cumple con las condiciones requeridas por el programa de maestría.



Dr. Juan Evangelista Núñez Sanabria
CC. 1000781151

CRITERIOS PARA CATALOGAR COMO PRUEBA ILÍCITA LAS GRABACIONES DE COMUNICACIONES PERSONALES

CRITERIA FOR CLASSIFYING RECORDINGS OF PERSONAL COMMUNICATIONS AS ILLICIT EVIDENCE

Hugo Javier Jácome Terán*
Edgar German Jivaja García**

RESUMEN

El artículo se propone como objetivo general la siguiente interrogante: ¿Bajo qué criterios la grabación de comunicaciones personales podrían catalogarse como prueba ilícita y ser excluidas del proceso penal? Se trata de un tema polémico porque se debate entre la necesidad de alcanzar la verdad procesal para evitar la impunidad de los hechos delictivos y el necesario respeto a los derechos fundamentales en la actividad probatoria. Se aboga en la doctrina, las normas jurídicas actuales y también en esta investigación por encontrar un punto de equilibrio entre ambos intereses. La metodología empleada se centra en un enfoque cualitativo, y en ese sentido se desarrolla una investigación de carácter descriptivo, de tipo documental; la técnica que se emplea es el análisis de documentos, a través del cual se analizan varias sentencias judiciales para constatar cómo se argumentan las cuestiones teóricas y normativas en casos donde se debate acerca de grabaciones de comunicaciones personales calificadas como prueba ilícita en el Ecuador. Se concluye que es este un tipo de prueba que se aporta con mucha facilidad a los procesos penales, aunque no en todos los casos se obtiene de manera lícita; que corresponde a los jueces argumentar a tono con los postulados teóricos, el respeto a los derechos fundamentales y las regulaciones legales vigentes, la exclusión de dichas pruebas de los procesos penales, tal como se pudo constatar en las sentencias analizadas.

PALABRAS CLAVE: comunicación interpersonal derecho penal, legislación, procedimiento judicial.

* Maestrante en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal por la Universidad de Otavalo. ep_hjacome@uotavalo.edu.ec; Tutor: Dr. Juan Evangelista Núñez Sanabria.

** Maestrante en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal por la Universidad de Otavalo. ep_egjivaja@uotavalo.edu.ec; Tutor: Dr. Juan Evangelista Núñez Sanabria.

ABSTRACT

The article proposes the following question as a general objective: Under what criteria could the recording of personal communications be classified as illicit evidence and be excluded from criminal proceedings? It is a controversial issue because it is debated between the need to reach the procedural truth to avoid impunity for criminal acts and the necessary respect for fundamental rights in the evidentiary activity. It is advocated in the doctrine, the current legal norms and also in this investigation to find a point of balance between both interests. The methodology used focuses on a qualitative approach, and in this sense, a descriptive, documentary-type investigation is developed; The technique used is the analysis of documents, through which several judicial decisions are analyzed to verify how the theoretical and normative issues are argued in cases where recordings of personal communications qualified as illicit evidence in Ecuador are debated. It is concluded that this is a type of evidence that is very easily provided to criminal proceedings, although not in all cases it is obtained lawfully; that it is up to the judges to argue in line with the theoretical postulates, respect for fundamental rights and current legal regulations, the exclusion of said evidence from criminal proceedings, as could be verified in the sentences analyzed.

KEYWORDS: criminal law, legal procedure, legislation, interpersonal communication

INTRODUCCIÓN

La prueba en el proceso penal ha sido históricamente una de las temáticas más complejas y controversiales, no solo en relación a su siempre polémico ejercicio valorativo por parte de los jueces, sino que desde los primeros compases del proceso todo gira alrededor de su obtención y su aportación a las actuaciones, soportada en los diferentes medios de prueba. Ello debe efectuarse observando una serie de reglas que garanticen su pureza y licitud. Se trata de un tema inagotable y nunca exento de debates doctrinales y prácticos.

Si bien una de las funciones esenciales del Derecho Penal es definir las conductas que constituyen delitos, así como disponer las penas para sancionar a quienes incurren en la comisión de estos actos, dicho propósito no podrá ser alcanzado de manera eficiente desconociendo la suma relevancia que ostenta la prueba. En consecuencia, todo proceso penal deberá atender con especial profundidad y rigor la obtención del material probatorio, y ya con la evidencia debidamente acopiada se producirá un procedimiento de valoración multilateral y objetivo que permita develar en primer orden la verdad material sobre los hechos que se ventilan.

Todo lo anteriormente esbozado estará acompañado por la transversalidad del análisis en torno a la legitimidad y la licitud de la evidencia recopilada. Si bien el aparato investigativo debe aportar pruebas para la probanza del hecho, ello no significa que el fin justifique en cualquier circunstancia o escenario a los medios y se deba probar a ultranza, sin límites de ningún tipo, pues la recolección y aportación de las pruebas al proceso debe estar sujeta a regulaciones, para que no se desvirtúe la transparencia que debe primar en este, esencial para lograr el pretendido debido proceso, un principio inquebrantable de todo proceso penal.

Entonces, surge la enorme disyuntiva relativa a si podría calificarse como legal el acto de probar, por cualquier medio, sin evaluar el modo en que se obtuvo la evidencia, la culpabilidad de un sujeto involucrado en un proceso penal. A lo que se añade la interrogante de si pudiera afirmarse que todo medio de prueba incorporado a un proceso es válido solo por el hecho de haberse obtenido, sin importar cómo se obtuvo.

Evidentemente no puede darse libertad absoluta a este particular, mucho menos si se trata de registro y grabaciones de comunicaciones personales, el tema central de esta investigación. Se trata de un medio de prueba que con el desarrollo tecnológico actual pudiera ser aportado a disímiles procesos penales, pero ante todo debe comprenderse que existen derechos humanos universales que proteger, y que no puede pasar por alto el juzgador a la hora de analizar un caso en concreto, pues la intimidad y privacidad solo debería violentarse bajo presupuestos taxativamente explicitados en las normas, de lo contrario se producirían violaciones permanentes y graves de estos derechos fundamentales.

Por lo tanto, es preciso enfatizar en estos presupuestos, para clarificar su aplicación y contribuir a la legitimidad de la prueba que se aporta al proceso penal. La consecuencia jurídica procesal que implicaría la no observancia de estos elementos indudablemente será la de la nulidad de lo actuado y su correspondiente exclusión del proceso. La forma de proceder para esto último también deberá estar regulado en las normas adjetivas.

Es por todo lo anteriormente esbozado que se justifica el desarrollo de esta investigación sobre el tema, sensible y de extremada vigencia y actualidad en materia de derecho

probatorio, así como por sus conexiones con el Derecho Constitucional y por ende con los derechos fundamentales de las personas. A su vez, se evidencia la necesidad y pertinencia de la investigación. Es necesaria porque el tema requiere de permanentes y profundas miradas a sus entresijos teóricos, normativos y prácticos que propicien la normalización de las buenas prácticas en el acopio legal de evidencias que requieren para ello de recios requisitos, so pena de afectar los derechos individuales de las personas.

Es pertinente por la conveniencia de su abordaje científico en los momentos actuales, donde se revela con creciente intensidad esta problemática, al resultar extremadamente sencillo para personas individuales e investigadores criminales obtener y registrar grabaciones personales y aportarlas a un proceso penal. De ahí que resulte oportuno insistir en los presupuestos teóricos y legales para que ello resulte viable y no se incurra en alguna causal de nulidad procesal por la inobservancia de tales presupuestos y la consecuente afectación a los derechos de las personas.

Se puede entonces comprender sin dificultad alguna por qué es importante coadyuvar desde la ciencia a dilucidar estas cuestiones en aras de resolver las problemáticas que se derivan de la cada vez más frecuente obtención y aportación a procesos penales de pruebas relativas a las grabaciones de comunicaciones personales sin haberse cumplido con las formalidades y principios que establecen tanto la doctrina como la normativa procesal correspondiente.

La investigación se basará en la perenne interrogante sobre la legalidad o no en probar en un proceso penal, por cualquier medio, si un sujeto es culpable o no de los hechos acontecidos, y paralelamente se valorará si puede reputarse como válido y legítimo cualquier medio de prueba incorporado a un proceso penal. El problema de investigación va sobre esos derroteros y se debate en torno a la colisión que se produce entre la necesidad de aportar pruebas al proceso penal para sostener y demostrar que determinado individuo ha sido autor de un hecho delictivo, independientemente de que para su obtención se haya vulnerado un derecho fundamental del acusado u otras personas, en especial el derecho a la voz y la inviolabilidad de las comunicaciones personales, y por otro lado, la postura que no admite bajo ningún concepto la vulneración de estos derechos fundamentales para probar un delito, aun cuando ello provoque la impunidad del o los presuntos responsables.

Como antecedentes y referentes bibliográficos de la investigación pudieran subrayarse, entre otros, a nivel internacional y relacionado con la prueba ilícita, el libro *La Prueba Ilícita e Ilegal*, del autor colombiano Heliodoro Fierro Méndez, publicada su segunda edición en el año 2018 (Fierro, 2018). En el mismo el autor manifiesta que la cláusula de exclusión refiere a que toda prueba que se obtenga violando las garantías constitucionales fundamentales es nula de pleno derecho y en consecuencia debe excluirse de las actuaciones procesales.

Igualmente constituye un referente la obra titulada *El Tratado de la Prueba en Materia Penal*, segunda edición, escrita por Eduardo M. Jauchen y publicada en el año 2019 (Jauchen, 2019). Este expresa que las garantías constitucionales imponen los límites al principio de libertad probatoria, y que de acuerdo con el principio de legalidad de la actividad procesal y en especial de la prueba, todos los elementos en convicción que sean incorporados al proceso deberán respetar las normas constitucionales y procesales para su obtención y producción. De ello se deriva la denominada regla de exclusión probatoria.

También se puede contar como antecedente en el orden internacional, a la tesis para optar por el grado de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales, defendida en 2020 por Juan Francisco de la Puente Mejía, titulada La interceptación y difusión de las comunicaciones privadas y las libertades comunicativas en el proceso de judicialización peruano. Ponderación, límites e interés público (De la Puente, 2020).

En el ámbito nacional ecuatoriano debe hacerse mención al libro La Prueba Ilícita en el Proceso Penal ecuatoriano, del Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, y que data su edición segunda del año 2020. Este renombrado autor nacional expresa que el proceso penal constituye la vía o el camino para que lo que constituye una verdad histórica se pueda convertir en verdad procesal, dado que los hechos quizás hayan ocurrido de una manera determinada, pero deberían acreditarse en el proceso penal mediante la prueba, agregando que solo es posible arribar a la verdad procesal por medio de la prueba lícita.

Otra obra de obligada referencia, escrita por el mismo autor y que sirve de sustento a todo lo relativo a la prueba ilícita es la titulada Proceso Penal y Garantías Constitucionales (Zambrano, 2020). En la misma se ofrece una panorámica general de cómo el proceso penal debe respetar y acoger las garantías que consagra el texto constitucional, por lo que obviamente si se viola lo establecido para regular de manera fina y perfilada el modo de proceder para arribar a la verdad procesal vulnerando algún derecho pero solo a partir de las reglas preestablecidas para ello, pues habrá que prescindir de las actuaciones de que se trate, en especial si son grabaciones o registros de comunicaciones personales.

Otro material que puede citarse como antecedente es el artículo La prueba ilícita en el proceso penal ecuatoriano: bases doctrinales y jurídicas, de la autoría de Nelson Vela Andrade, y que se publicara en 2020 en la Journal of Bussines and entrepreneurial (Vela, 2020). Su objeto de estudio se basó en determinar qué tipos de pruebas son válidas para arribar a la verdad procesal sin violentar, en lo fundamental, las garantías básicas de quienes son procesados por el aparato estatal en el ejercicio de su derecho de castigar, y al mismo tiempo evitar la impunidad que podría generarse derivada de la exclusión de la prueba relevante, pertinente y contundente que se haya podido obtener transgrediendo los derechos fundamentales declarados en países democráticos en favor de los ciudadanos y, el derecho de la víctima a obtener justicia, verdad y la reparación integral del bien jurídico que se le mancilló; aspectos vitales para que se genere y mantenga la necesaria confianza en el sistema de administración de justicia visto como medio para la solución de los conflictos de carácter penal.

A nivel de postgrado cabe señalar como antecedente también la tesis para la obtención del título de Magister en Derecho Penal con mención en Derecho Procesal Penal de la Universidad Central del Ecuador, titulada La valoración de la prueba ilegalmente obtenida en el proceso penal ecuatoriano, del año 2018, de la autoría de Estefany Nataly López Villavicencio (López, 2018). De manera más específica se puede citar como antecedente la tesis para obtención del grado académico de Magister en Derecho Penal y Criminología, de las Universidades de los Andes y Católica de Cuenca, titulada Las interceptaciones de comunicaciones como medio de prueba dentro del proceso penal y la violación al derecho constitucional de intimidad, defendida en 2019 por la autora Ibelia Alexandra Maldonado Reyes (Maldonado, 2019).

Metodología:

El enfoque de la investigación fue eminentemente cualitativo toda vez que se realizó un análisis de las cualidades del objeto de estudio con el propósito de comprenderlo de manera integral y de ese modo desarrolló un novedoso acercamiento teórico que proveyó una mejor explicación del fenómeno analizado. De acuerdo con Arispe et al (2020), la diferencia del enfoque cualitativo con el cuantitativo es que el primero no se trata de un proceso que discurre linealmente sino en círculos, y se caracteriza por la ausencia de un orden secuencial, por lo que constituye un proceso dotado de flexibilidad en el que inclusive es posible desarrollar los resultados de manera paralela con la teoría. A su vez, mencionan la inexistencia de un proceso preestablecido una vez que se produce el planteamiento del problema, aspecto que sí se revela en el enfoque cuantitativo. Estas características son las que definen el empleo de este enfoque en la presente investigación.

Otras particularidades del enfoque cualitativo que determinan la pertinencia de su utilización en la presente investigación son señaladas por Hernández-Sampieri y Mendoza (2018), quienes subrayan el predominio del método inductivo (que va desde lo particular a lo general); la descripción primaria de las particularidades que da paso con posterioridad a la generación de teorías; la no probanza de hipótesis al estarse generando a medida que avanza el proceso investigativo y el acopio de datos; y no se produce una generalización de estos últimos de manera probabilística a poblaciones más grandes, como tampoco le interesa resultar representativo estadísticamente.

La investigación realizada fue del nivel descriptivo. Este nivel se diferencia de la investigación de carácter exploratorio porque esta última se aplica a fenómenos que no se han investigado previamente y se tiene el interés de examinar sus características, pero no es el caso del objeto de estudio de la presente investigación. En el alcance descriptivo de la investigación, por el contrario, y según Ramos (2020), son conocidas las características del fenómeno y lo que se procura es exponer su presencia en un determinado grupo humano (aun cuando en este caso no sería en un grupo humano sino en un contexto determinado). En la investigación con alcance descriptivo de tipo cualitativo se busca realizar estudios de tipo fenomenológicos o narrativos constructivistas, que intenten describir o caracterizar el fenómeno en estudio, y para ello se trabajó con muestras medianas muy localizables, en este caso se trató de sentencias judiciales que abordaban este tema.

Dicho lo anterior, cabe deducir que la investigación fue de tipo documental por cuanto se ocupó de verificar en las mencionadas sentencias judiciales el tratamiento de la prueba ilícita cuando de grabaciones de comunicaciones personales se trata, a fin de arribar a conclusiones que permitieron analizar críticamente la asunción de los núcleos teóricos sobre la prueba ilícita y específicamente la relativa a este tipo de material probatorio, su reflejo en las normas jurídicas nacionales, tanto del orden constitucional como procesal penal, y su consecuente aplicación en la jurisprudencia ecuatoriana, en su carácter de prueba ilícita o no si se tratase de aquella grabación de comunicación personal que se hubiere incorporado al proceso cumpliendo con las regulaciones específicas para ello.

Para la obtención y procesamiento de datos se empleó como técnica principal el análisis documental, el cual como se expresaba anteriormente se aplicó a una serie de sentencias judiciales. Según Villabella (2018), el también denominado análisis de contenido es aquel

por el cual se someten a análisis actos de comunicación, tanto orales como escritos, con objetividad y coherencia, con el propósito de ofrecer una descripción del contenido explícito que en dicha obra se ha transmitido, así como también se hace ostensible el contenido latente y se caracteriza de manera general la información que contiene.

Por su parte, Alonso (2018) define al análisis de documentos o de contenidos como el conjunto de métodos y técnicas orientados a localizar y obtener la información contenida en documentos de diversa naturaleza. Se aplica en lo fundamental a materiales escritos, por ejemplo: discursos, diarios, cartas, libros, revistas, carteles, folletos de propaganda, entre otros. También se emplea para analizar emisiones de radio, de televisión, etc. Su propósito esencial es comprender el contenido de los materiales o informaciones que se analizan, realizar descripciones de tendencias, comparaciones, evaluaciones de su claridad, identificación de las intenciones, desciframiento de mensajes subrepticios y también permite el reflejo actitudes y creencias.

Es un método, al decir de Villabella (2018), que resulta útil tanto para las investigaciones cualitativas como cuantitativas, y se ha empleado en disímiles esferas científicas. Se aplica sobre unidades de información tan diversas que a las que se mencionaron precedentemente el autor agrega a las sentencias judiciales, atestados e informes judiciales, los cuales, por supuesto, se deberán seleccionar en base a criterios bien fundamentados. Pero incluso, acota Ramos (2020), puede ocuparse no necesariamente de la unidad de información completa sino de determinadas partes según los intereses investigativos, por ejemplo, una página, un bloque, un editorial, y por supuesto, los diversos apartados de una sentencia.

Finalmente se empleó también la técnica de la entrevista. La referida técnica favorece la comunicación verbal entre el investigador y el entrevistado. Su empleo deviene en un medio relevante para obtener conocimiento cualitativo sobre los fenómenos o relativos a determinados aspectos personales, institucionales, etc., por lo que resulta determinante lograr durante la misma una adecuada comunicación, y generar cierta empatía entre entrevistador y entrevistado (Alonso, 2018). Como instrumento para la aplicación de esta técnica se configuró una guía de entrevista, la cual fue conformada con las siguientes preguntas: 1) ¿Considera usted que el interés público justifica en todos los casos intervenir y grabar las comunicaciones personales? 2) ¿Cómo puede procurarse una salida lo más justa posible a la colisión que se produce entre el interés público y el derecho al secreto de las comunicaciones en la actualidad? ¿Qué valoraciones puede realizar acerca de la regulación normativa que se estipula en el Ecuador respecto al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones frente a un hecho delictivo del cual resulte necesario acceder a determinados elementos probatorios a través de la interceptación de las comunicaciones? ¿Qué aspectos del tratamiento jurisprudencial a la interceptación y registro de comunicaciones personales deben perfeccionarse de cara a la detección y consecuente manejo de la prueba ilícitamente obtenida asociada a esta actividad atentatoria contra el derecho al secreto de las comunicaciones?

Al haber sido la investigación de tipo descriptivo y documental, luego de realizar la fundamentación metodológica de la misma, se impone dejar por sentado que lo que interesó enfáticamente, siendo la razón esencial por la cual se empleó este arsenal metodológico, fue constatar cómo la práctica judicial ecuatoriana trabaja las pruebas ilícitas derivadas del registro y grabación de comunicaciones personales, si lo desarrolla correctamente en base a

los criterios doctrinales dominantes o por el contrario, se observan aspectos deficientes en su abordaje práctico. El análisis de tres sentencias judiciales permitió apreciar si los juzgadores dominan los aspectos teóricos relativos a la prueba ilícita, y en especial las que tienen que ver con grabaciones de comunicaciones personales; a su vez, propició constatar si los argumentos y fundamentaciones de los jueces en su discurso revelaban el garantismo requerido a tono con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República; por su parte, se pudo verificar la aplicación de estos postulados teóricos y constitucionales en armonía con las regulaciones contenidas en leyes complementarias sobre este tenor; y por último, pudo realizarse un balance general de la decisión tomada para caso en particular y evaluar su eficacia así como la calidad de su argumentación teórica y normativa.

PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

1. El garantismo dentro del proceso penal.

Para iniciar este análisis se partirá del criterio de Parra (2018) consistente en que no se les debe consentir a los Estados modernos el argumento de que el propósito de garantizar la “defensa social justifique la develación de la verdad al precio que resulte necesario, y que la búsqueda de la verdad no se debería satisfacer en desmedro de la libertad y los derechos de las personas” (p. 25).

Precisamente en la actualidad, luego de un extenso pero fructífero proceso evolutivo en las teorías y en sus productos normativos acerca de la prueba en el proceso penal, y con el afianzamiento del principio del debido proceso y su reconocimiento constitucional, se ha hecho especial hincapié en que no se violen derechos humanos elementales en el proceso penal, y esto incluye el tema de la recolección de evidencias que puedan incriminar a un sujeto, las que no deben entrar al proceso sin cumplir con todas las garantías de los ciudadanos.

Hablar de garantismo hoy en su relación con el Derecho Penal no puede verse como un slogan o tema manido. Existen muchos elementos que en los procesos penales acusatorios al día de hoy deben contribuir a las garantías de los derechos fundamentales de los justiciables en un Estado democrático de derecho. El principio de legalidad y tipicidad es uno de ellos, también el derecho a que se le juzgue en virtud de una ley preexistente, los principios *in dubio pro reo*, *nom bis in idem* y de presunción de inocencia, la proporcionalidad entre la sanción impuesta y la magnitud de la infracción penal; también se puede mencionar el empleo cada vez más creciente de sanciones alternativas a la privación de la libertad. A ello se adicionan derechos tales como el de ser informado inmediatamente sobre la causa por la que se ha detenido a un ciudadano y sobre cualquier indagación realizada en su contra, el derecho a la no autoincriminación, y derivado de este el derecho de guardar silencio, el derecho a la defensa y a la obligatoriedad de contar con asistencia legal (Casal, 2020).

A su vez, cabe mencionar las prohibiciones de ejercer coerción sobre el imputado y de la *reformatio in peius*, así como el respeto al juez como única autoridad facultada para disponer restricciones a la libertad, a los términos para que caduque la prisión preventiva y a la

garantía de cosa juzgada, así como la motivación de todas las resoluciones emitidas por los poderes públicos. No puede faltar en este recuento el papel garante de la transparencia y licitud de los medios de prueba aportados al sistema judicial, cumpliendo con la Constitución y las leyes, y sin vulnerar derechos fundamentales de los ciudadanos (Zambrano, 2020).

Internacionalmente se establecen reglas vinculantes para todos los Estados que los obligan a respetar todos estos derechos, principios, etc. Como parte de estas obligaciones los países se han visto compelidos a introducir en sus legislaciones internas cada uno de estos postulados. De ahí que se plantee como falsa la visión de que el proceso penal de cualquier nación se conforma únicamente por sus leyes, se trata de una idea errada porque solo se basar en la legalidad, cuando realmente los convenios internacionales son los que marcan las pautas para la construcción de los ordenamientos jurídicos internos.

Los procesos penales, de manera más específica, se nutren de estos instrumentos, en segundo orden pudiera mencionarse todo lo que en materia de derechos fundamentales se ha aportado por los diferentes Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, cuando estos han resuelto casos en contraposición a los Estados. En ese caso pudieran mencionarse, en la región latinoamericana, las sentencias y resoluciones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero también han de tenerse en cuenta incluso las del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello ha ido moldeando los esquemas procesales en todo el mundo, su efecto en tal sentido es evidente, y de manera progresiva sus decisiones han provocado cambios no solo en las decisiones de los órganos de justicia nacionales sino también han alcanzado a los legisladores nacionales para introducir transformaciones normativas y perfeccionar el derecho nacional, sobre todo con un mayor respeto a las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Lógicamente, y en base a lo dicho en el párrafo que antecede, este proceso se cierra con la constitucionalización de todos estos postulados y luego su reflejo y materialización más concreta en las leyes complementarias, que en el caso de las penales fundamentalmente tienen su desarrollo en los Códigos Penales y las leyes procesales. En la medida que estas leyes nacionales puedan llevar a sus textos todo lo anterior serán entonces más o menos garantistas.

Pero lo anterior no significa que en un proceso penal se respeten de manera absoluta todos los derechos de los ciudadanos, incluso podría citarse cómo esencialmente producto de un proceso penal un individuo podría ver menoscabado un derecho tan importante como el de la libertad. Esto significa que en un proceso penal varios derechos fundamentales se encuentran en juego: la libertad personal, la imagen, la intimidad y los datos personales, la integridad corporal, los derechos a la propiedad privada y a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia o de las comunicaciones en sentido general.

Tales vulneraciones responden a un fin, y es que sin ello el proceso penal sería prácticamente inviable, al velar por los derechos de una sola de las partes involucradas, y se abrirían grandes brechas de impunidad. De ahí que se parte del criterio de la no absolutización de estos derechos, y que el reconocido penalista Binder (2019) los considere derechos de segundo nivel, producto que dentro del proceso penal pudieran vulnerarse por un fin superior, pero al mismo tiempo, tampoco puede dejarse esta cuestión a una permisividad ilimitada para los

operadores de justicia, y para evitar ese desequilibrio en última instancia un juez deberá ser la figura responsabilizada por controlar estas operaciones dentro del proceso penal para sanearlo cuando sea necesario y tomar decisiones sobre lo que puede ingresar al proceso y lo que no, así como lo que habiendo ingresado indebidamente deberá ser excluido.

Postura que comparte también Cabezado (2020) al denominar a este asunto con el apelativo de “jurisdiccionalidad”, y quien acota que se trata de un presupuesto relacionado con el principio de proporcionalidad de carácter subjetivo, mediante el cual el juez, previo mandato constitucional y sin la posibilidad de que tal función se le encargue a otra autoridad, será la figura que ponderará la colisión que se produce entre los derechos que se pretenden vulnerar en el proceso y los bienes jurídicos cuya tutela se procura. Incluso la mencionada autora menciona la pertinencia de que se realicen dos modalidades de controles, uno que se desarrolla *ex ante* y otro *ex post*, advirtiendo que independientemente de momento procesal en que se ejerzan deberán limitar la actuación del Estado.

Con esta postura se concuerda, por tanto es suscrita en la presente investigación. Se trata de encontrar el punto medio, para que no se favorezca la impunidad, pero tampoco la violación a ultranza y sin limitaciones a los derechos de las personas. Son estos postulados trascendentales, premisas para los contenidos que en lo sucesivo se desarrollarán en este trabajo.

2. La prueba. Definición, finalidad y principios

Resulta de trascendental importancia como premisa para abordar el núcleo temático esencial de esta investigación, definir todo lo concerniente a la prueba y en especial cuando se trata de la que se aporta en el proceso penal. Este ejercicio de fundamentación teórica responde a una de las reglas más elementales de la metodología de la investigación cuando se trabaja con un enfoque cualitativo y se aplica el método inductivo. Este dicta que será un deber primordial del investigador discurrir de lo general a lo particular en todo el proceso investigativo (Hernández-Sampieri & Mendoza, 2018). Es por ello que se impone hablar de la prueba en primer orden, para luego poder profundizar en las cuestiones que la convierten en prueba ilícita, y en particular lo que ocurre con las grabaciones de comunicaciones personales.

Se plantea que constituye prueba el conjunto de motivos o razones que provocan el la certeza o convencimiento del juzgador sobre los hechos que se someten a su jurisdicción y le obligan a tomar una decisión en el marco de su desempeño profesional, convicción que se obtiene a través de los medios, procedimientos y sistemas de valoración de la prueba que cada legislación nacional establece (Armenta, 2021).

Otra autora la pondera como la mayor garantía que tienen los ciudadanos frente a la posible arbitrariedad de los jueces en sus fallos. Es lo suficientemente meritorio e imprescindible para que en sus cualidades de medio, elemento o actividad, permita al juzgador forjarse la convicción de que arribó efectivamente a la verdad procesal que se reprodujo y reveló durante el proceso, única manera de desdibujar el principio universal de presunción de inocencia (Jauchen, 2019).

Sin duda alguna lo que conocemos como prueba aparece de manera permanente en todos los ámbitos de la vida, por tanto, tal como se les reconoce para actividades de diversa índole,

incluyendo las científicas, similar perspectiva y esencia se toman en cuenta para los asuntos relacionados con el Derecho y en particular en el Derecho Penal. No admite refutación alguna entonces que se considere a la prueba como la institución de mayor significación en el proceso penal, toda vez que propicia el convencimiento de los jueces sobre la responsabilidad penal o la inocencia del acusado.

Por ello y de acuerdo con Lorenzo (2021), ocupa un espacio protagónico en todo el proceso y en especial durante el juicio oral, donde se practica y se reproduce de acuerdo a normas preestablecidas y conforme a los intereses y propuestas de las partes contendientes, para ilustrar al juzgador y ofrecerle los argumentos que consideran debe prevalecer en el fallo que en su día dictará, sea sancionatoria o de libre absolución. De ahí que el manejo de las pruebas siempre se moverá en sentido positivo o negativo, es decir, para calzar y reforzar la tesis alegada por la parte que las presenta o para debilitar o echar por tierra la pretensión de la contraparte.

En cuanto a su finalidad, aun cuando se alguna manera se ha venido quedando esbozada en los párrafos precedentes, vale la pena en aras de fortalecer y concretar este importante aspecto citar a Carnelutti (2019) cuando expresa que con la prueba se procurará suministrar informaciones relevantes al juzgador, para que el mismo con posterioridad la valore de tal manera que le pueda otorgar una entidad probatoria a unas por encima de las otras, incluso para realizar descartes de las que no aportan a la solución del caso. Con todo esto se podrá aproximar a la verdad procesal y acogerá la teoría del caso de la parte que entienda más convincente.

Precisamente y a propósito de la alusión a la teoría del caso en la idea anteriormente reseñada, si se aborda el tema de la prueba desde la perspectiva de la construcción de una teoría del caso y desde la estrategia trazada para su litigación, habrá que entender, tal como expone Martínez (2021), que la finalidad de la prueba se dirige a la persuasión y forja de convencimiento del juzgador respecto a la eficacia y veracidad de la tesitura de defensa de su teoría del caso que sobre los hechos que se juzgan proponen las partes, en síntesis, de lo que se trata es de manejar la prueba a favor de que el juez asuma como válida la teoría del caso que se está defendiendo.

Pero para que lo anterior se pueda sostener, para que la prueba sea lo suficientemente sólida como para convencer al juez, debe estar dotada de algunos atributos (Parra, 2018). El primero de ellos es la veracidad objetiva, esto significa que la prueba aportada al proceso debe tener la cualidad de reflejar exactamente aquello que aconteció en la realidad que se trae al presente para ser juzgada por quienes no tuvieron la posibilidad de presenciarla y por tanto les corresponde reconstruirla de la manera más fiel posible a la realidad, y tomar decisiones trascendentales sobre los derechos de las personas que se involucraron en ese hecho concreto. Además, la prueba debe caracterizarse por su utilidad y pertinencia, aquella prueba que se aporta al proceso y no es útil, no aporta nada que contribuya a llegar al fondo del asunto, es una prueba que estorba y solo genera turbiedades al proceso y enrarece la valoración de las pruebas que sí son importantes.

Por último y no menos importante, está la cualidad que tiene que ver con la constitucionalidad de la actividad probatoria. Si la prueba que se recolecta para el proceso no cumple con lo normado constitucionalmente, si vulnera principios inquebrantables y derechos de las personas para abrirse paso dentro del proceso, entonces esa prueba tiene un defecto de base y no puede ser admitida, o en todo caso deberá ser extraída del proceso, en este caso el proceso penal (Chiesa, 2020). Tal es la importancia de la actividad probatoria que como ninguna otra institución jurídica está estrechamente relacionada con la Ley Fundamental de cualquier país, por esa razón es que se ha dejado esta cualidad para el final de este apartado temático.

Cuando la prueba no cumple con lo exigido por las leyes y la Constitución, se estará, ni más ni menos, ante una prueba ilícita (Pellegrini, 2018). Por consiguiente, es perfectamente válido alegar la Constitución como fundamento legal para combatir cualquier prueba que se considere ha vulnerado los más elementales mandatos constitucionales, lo cual incluye, por supuesto, la vulneración de cualquiera de los derechos consagrados a los ciudadanos en el texto constitucional.

3. La prueba ilícita. Contenido, alcance y efectos.

Tal como se sentenció en el epílogo del apartado temático precedente, cuando las pruebas entran al proceso sin cumplir con todas las garantías de los ciudadanos estamos en presencia de una prueba ilícita. Por ello es que se abordará como elemento teórico esencial el principio de licitud de la prueba, uno de los más importantes dentro del conjunto de principios que envuelven a la prueba como epicentro del proceso penal, en tal caso vinculando este principio con el de la libre apreciación o valoración de la prueba.

Desde una noción extensiva pudiera concebirse que una prueba es catalogable como ilícita no solamente cuando violenta una norma adjetiva, sino cuando es contraria a cualquier tipo de norma jurídica, o inclusive también cuando vulnera principios generales del Derecho (Fierro, 2018). Esta concepción extensiva incluye una amplia gama de supuestos, por ejemplo, si la obtención de la prueba en cuestión provoca un perjuicio a la dignidad de alguna persona, o afecta la moral y las buenas costumbres, o simplemente por estar prohibidas por ley, o por violar derechos fundamentales que expresamente reconocen la Constitución y las leyes. La noción restrictiva, por su parte, plantea la licitud de la prueba a partir de que vulnera exclusivamente derechos fundamentales en su obtención o incorporación como medio de prueba al proceso (Pellegrini, 2018).

Ahora bien, en sentido general la definición de prueba ilícita se basa en que se obtengan elementos probatorios que impliquen un menoscabo a los derechos fundamentales; o sea, dicho de manera más llana, estamos ante una prueba ilícita cuando el investigador emplea un medio ilegítimo o al margen de la legalidad para obtener la prueba. Ejemplos muchos pudieran traerse a colación, baste con mencionar la confesión del imputado sobre su participación en el hecho, pero que es obtenida por vías ilícitas como la coacción o la amenaza de cualquier mal sobre su persona o sus familiares; también hay ilicitud cuando se produce el allanamiento de un domicilio sin contarse con la orden judicial de la autoridad facultada para emitirla.

La ilicitud de la prueba, según De la Cruz (2021) es posible decretarla producto de dos supuestos: el primero consiste en que la prueba en sí misma esté prohibida; y el segundo que

la prueba esté permitida, sin embargo, que el modo empleado para su obtención manifieste ilicitud. En el caso del primer supuesto, se trata de un medio de prueba que en su esencia no se autoriza por parte de las normas procesales, un ejemplo gráfico del mismo es la prohibición de la interceptación de las comunicaciones que se producen entre el imputado y su abogado; se trata que en ningún caso son admisibles en el proceso penal aquellas conversaciones que se hayan producido como parte de esa relación abogado-cliente, por cuanto violentan precisamente esa regla del arte propia de la defensa técnica. Se trata entonces de una prueba ilícita porque la propia ley adjetiva penal así lo establece al prohibir de plano su entrada a las actuaciones.

Por su parte, el segundo supuesto plantea, en cambio, que el ordenamiento procesal permite la prueba, pero aquí la irregularidad consiste en que el método empleado para su obtención resulta ilegal (De la Cruz, 2021). Para graficar este supuesto podría comentarse el hecho de que si bien todas las normas procesales permiten el registro de domicilios en los casos que existan sospechas fundadas de que en un domicilio determinado se encuentra el sospechoso/procesado, u objetos o cosas relacionadas con el hecho delictivo investigado; sin embargo, no basta con dicha sospecha, sino que la realización del allanamiento tiene requisitos de procedimiento que obligan a los actuantes a cumplimentar determinadas formalidades, dígame por ejemplo la orden judicial para tales efectos. De no realizarse el allanamiento observando todos los requisitos legales establecidos para ello, aunque se obtengan evidencias inculpatorias las mismas perderán toda validez probatoria, dado que se obtuvieron mediante al vulneración de un derecho fundamental, en este caso la inviolabilidad del domicilio.

Corresponde, luego de sustanciado lo relativo a la prueba cuando se considera que tiene carácter ilícito, abundar entonces en los efectos de tal ilicitud dentro del proceso. La doctrina maneja dos criterios: la regla de exclusión y la doctrina del fruto del árbol envenenado (Jauchen, 2019). El primero de los criterios mencionados consiste en la imposibilidad de utilizar en el proceso penal la prueba que se obtuvo violentando alguna de las garantías constitucionales; por su parte, la doctrina del fruto del árbol envenenado va más allá y consiste en que no solamente será excluida del proceso penal la prueba que se obtuvo ilegalmente en un primer momento, sino que dicha exclusión alcanzará también a las pruebas derivadas directamente de aquella ilegalidad originaria.

Visto lo que en líneas generales se valora desde la doctrina, puede afirmarse que las normas procesales modernas, cimentadas en principios que inclusive se consagran incluso en los textos constitucionales, decretan que estas pruebas ilícitas sean excluidas del proceso. Sin embargo, siempre se ha mantenido el debate acerca de cómo podrían, en determinados casos que así lo ameriten, obtenerse medios probatorios que necesariamente en su proceso de recolección vulnerarán algunos derechos fundamentales, o sea, ¿cabría una excepción a la protección de determinados derechos para poder probar un delito? Unos consideran inaceptable el reconocimiento como válidos de tales elementos probatorios, mientras que otros defienden que sí deberían admitirse, dado que negarse provocaría que los hechos quedaran impunes.

Como se expresaba, uno de los derechos universalmente refrendados en los textos constitucionales, el de la inviolabilidad de las comunicaciones personales, o el de la voz, frecuentemente está inmerso en el centro de estos debates, en el que algunos plantean que

por ningún motivo deben intervenir, mientras otro grupo defiende que resulta válido su uso en el proceso penal. De estos dos posicionamientos contrarios ha surgido un tercero que esgrime como válido el empleo de pruebas obtenidas con vulneración de estos derechos aunque solamente ante ciertas circunstancias, o sea, signado por la excepcionalidad (Lorenzo, 2021). Es esta postura la predominante al día de hoy en los ordenamientos jurídicos modernos, es decir, se ha encontrado una vía para resolver la controversia basada en el eclecticismo.

En consecuencia, se defiende la idea de hallar un justo equilibrio entre los posicionamientos antagónicos, esto es, que sea admitida la utilización de estas técnicas en aquellos casos que por sus características pueden catalogarse como extraordinarios, todo lo cual deberá regularse con precisión, incluyendo la delimitación de un procedimiento de autorización correcta y nítidamente descrito en la ley, de manera que se razone su empleo, siempre conscientes del perjuicio que acarrea para los derechos fundamentales solo en aquellos casos que así lo merezcan en virtud de sus características excepcionales y la procuración del bien común por sobre el personal.

Establecidas las causales para proceder justificadamente, nada que esté por fuera de las mismas podrá ser considerado lícito y en consecuencia se excluirá del proceso. Por demás, siempre habrá de primar el principio de la licitud de la prueba que magistralmente expone Pellegrini (2018) quien plantea que, durante el proceso, “la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral inatacable” (p. 22). Ello tiene un efecto luego sobre el ejercicio de la valoración de la prueba, partiendo de que prácticamente todos los ordenamientos procesales del Derecho Penal en el mundo ya han incorporado el principio de la libre valoración de la prueba. Esto no debe confundirse cuando de prueba ilícita se trata, por ello vale traer a colación la advertencia de Walther (2019) cuando expresa que “la libre apreciación de las pruebas se refiere únicamente a la apreciación de medios de prueba lícitos” (p. 316).

Luego de sustanciar todo el entramado relativo a la prueba ilícita y su controversial tratamiento procesal, es dable sentar que la solución más viable para esta problemática ante los posicionamientos contrapuestos ya descritos es la de carácter ecléctico, o sea, es criterio del autor de este artículo que se deberá calificar como contraproducente la exclusión procesal del material probatorio ilícitamente obtenido en todos los casos, no obstante, tampoco sería factible aceptarlo como medio de prueba sin limitación alguna, sin condicionamientos de ninguna índole. Pero todo esto debe ponerse en contexto, y como quiera que el objeto esencial de este trabajo lo constituye la prueba relativa a las grabaciones de las comunicaciones personales y su posible carácter ilícito, entonces será pertinente profundizar en estos derechos de manera particular, para comprender mejor sus características y por tanto la posible vulneración de estos en un proceso penal.

4. Los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Son los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones los que se colocan en el centro de los debates de este trabajo. Es por ello que se impone ofrecer algunas nociones básicas sobre los mismos, como preámbulo a la sustanciación de la obtención de las grabaciones de las comunicaciones como prueba en el proceso penal y su posible carácter

ilícito. Se trata de dos derechos que han sido objeto de amplios debates tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial

Los derechos de la personalidad se conciben en calidad de instrumentos que contribuyen a garantizar la autonomía que ostentan las personas como seres sociales y en las interacciones propias que por dicha condición establecen en el entramado social. Uno de estos derechos es el que todo individuo posee en relación a su intimidad, aun cuando cabe aclarar que no fue hasta hace relativamente poco tiempo que fue incluido como parte del catálogo de derechos contenido en las declaraciones a nivel internacional. Lo anterior se debe, según Casal (2020), a que se consideró durante muchos años como un aspecto de menor importancia a la protección de los derechos que tienen todos los ciudadanos al honor, la intimidad y su propia imagen.

Desconocían esta anticuadas posturas que el Derecho debe transformarse y progresar siempre en respuesta a las demandas y necesidades de la sociedad, de las personas a quienes en definitiva se dirige el ámbito jurídico. Y lo anterior implica también poder decidir de pleno derecho, y de ese mismo modo ser reconocido por la ley y el Estado, la posibilidad que tienen las personas para disfrutar de su privacidad, su intimidad, y de mantener el control sobre el uso de su imagen. Estas prerrogativas, en definitiva, permiten a las personas una mejor relación con sus semejantes, con mayor libertad y disfrute de su vida privada sin que otros la invadan, interfieran sus espacios de intimidad y tampoco los expongan sin autorización a terceros.

Tal es así que la propia Declaración Universal de Derechos Humanos se hace eco de estos derechos. Los recoge taxativamente en su artículo 12 al disponer que ninguna persona deba ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su domicilio, su familia, o su correspondencia, así como que tampoco deba recibir agresiones contra su honra o su reputación. En consecuencia, el texto del citado artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos obliga a los Estados a proveer en sus leyes la protección a todas las personas contra dichas injerencias o ataques.

El término intimidad tiene su origen en la acepción latina *intimus*, que significa interior, si bien en las antiguas Grecia y Roma no se empleaba el término intimidad tal cual en la actualidad, esto debido a que en ambas el modelo de Estado estatales disponía que las personas fueran en extremo dependientes de cara a los espacios públicos. No obstante, cabe señalar que en Roma fue registrada por vez primera la escisión entre lo *privatus* y lo *publicus*, entre el derecho privado y el derecho público, aun cuando tales separaciones estaban referidas a los diferentes roles dentro de esa sociedad, o sea, a cómo las personas participaban en los espacios públicos y a cómo lo hacían en el privado. Independientemente de lo antes descrito, se tiene referencia en Roma sobre determinadas expresiones jurídicas en el orden de la seguridad relacionadas con la intimidad, pudiendo mencionarse la conocida inviolabilidad del domicilio así como también de la correspondencia (De la Puente, 2020).

La intimidad personal, tal como se reseñó precedentemente, no fue asimilada inicialmente como derecho positivo, de ahí que se puede calificar su reconocimiento como relativamente reciente. Desde el punto de vista doctrinal se puede citar como uno de sus antecedentes las reseñas del francés Roger Collard, parlamentario del ala liberal quien como parte de las discusiones relativas a los ilícitos penales relativos a la prensa en los albores del siglo XIX,

señaló en uno de sus discursos en un discurso la necesidad de ofrecer protección jurídica a la vida privada. Esto no niega que la noción sobre la intimidad desde una perspectiva cultural data de mucho tiempo antes que este discurso de Roger Collard, tal es así que previo a que el derecho se ocupara de estudiarla, ya lo habían hecho otras ciencias como la sociología, la filosofía y la antropología. Inclusive, se tiene registro de que Aristóteles sentenció respecto a la intimidad, que a un hombre no se le debía permitir su pertenencia a sí mismo, sino a la ciudad toda, y con ello enfatizaba su reconocimiento a la individualidad aunque la misma precisaba ser subordinada al Estado.

De igual manera, dado su enorme valor histórico relacionado con el derecho a la intimidad, vale señalar que en el año 313 D.C. se emitió el Edicto de Milán, el cual otorgaba la libertad de religión, de acuerdo a su soberana elección, tanto a los que profesaban la religión cristiana como a los practicantes de otras religiones. Por su parte, en el siglo IV, San Agustín compartió una reflexión que abordaba cuestiones relativas a la intimidad, casi por vez primera en el mundo, y que servirían de referente para su regulación futura, basada en un método reflexión que se dividía en tres etapas. Es dable reseñar también cómo más cercan en el tiempo como durante el siglo XX, el célebre Ortega y Gasset sentó cátedra legando una clasificación de la intimidad, en la cual diferenciaba y distinguía el alma, la vitalidad y el espíritu, y a partir de ello argumentaba que la intimidad se trata de un fenómeno en sí misma, no un evento de carácter eminentemente metafísico (Ortega y Gasset, 2018).

A lo anterior se adiciona un criterio extendido enarbolado por Westin (2020), quien al referirse a la acepción de la intimidad entendida como *privacy* la expresaba en algunas dimensiones: anonimato, soledad, reserva e intimidad como tal (*intimacy*). No obstante, reconoce el autor que el Derecho todavía tiene algunos procesos contratiempos a la hora de establecer en qué se diferencian la vida privada y la intimidad.

Los movimientos conocidos como revoluciones liberales dieron un importante impulso a los derechos civiles y políticos, incluyendo a la libertad y la seguridad personal. Como resultado de las revoluciones liberales las agendas públicas incorporaron lo relativo a la intimidad. Sus orígenes, conceptualización y desarrollo inicial se ubican en los Estados Unidos de América. En el año 1890, Louis Brandeis y Charles Warren publicaron en el en la Revista de Derecho de la Universidad de Harvard, un artículo al que titularon *The Right to Privacy*. En el mismo los autores apoyaban el respeto al derecho a la intimidad. Debe aclararse que, sin embargo, su regulación en la ley comenzó a extenderse una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial.

En particular, el derecho a la intimidad podría definirse como aquel derecho que protege a las personas de molestias, y que le permite garantizar su reserva sobre determinados datos personales cuya divulgación no desea. Se trata de un derecho por el cual simplemente la persona mantiene su vida privada y no tiene por qué soportar que terceros o el propio Estado interfieran o se inmiscuyan en la misma, por tanto goza de la seguridad de que nadie está justificado para invadirle su ámbito reservado e íntimo. En síntesis, cuando se habla del derecho a la intimidad es evidente su conexión con la esfera de la privacidad, a la cual tienen derecho todos los ciudadanos en cualquier Estado de Derecho (Maldonado, 2019).

El ámbito de la intimidad resulta de tal relevancia al día de hoy para el Derecho en gran medida por los progresos que ha experimentado la tecnología, toda vez que estamos en la era de la información de todo tipo, que se almacena en dispositivos electrónicos o en otros

contextos, información a la que se tiene acceso, que se procesa o se distribuye por disímiles medios, ya sean físicos o electrónicos. Todo ese tráfico de información debe desarrollarse en todo momento respetando el honor, la privacidad y el disfrute general de esos derechos.

Es ese el argumento principal para que un sinnúmero de Constituciones a lo largo de todo el mundo se hayan ocupado de proclamar expresamente que ninguna persona se deberá inmiscuir en la vida privada de otra, ni vulnerar esferas de su vida que no están determinadas a ser difundidas sin su anuencia o la de otras personas o familiares autorizados. Esto, sin duda alguna, reviste una singular notabilidad dado lo importante que resulta que los legisladores, y más que eso, los constituyentes, hayan comprendido que el derecho a la intimidad se relaciona de manera muy estrecha con las concepciones sobre la libertad y la autodeterminación en cualquier sociedad que se autoproclame democrática. La razón es simplemente que se trata de un derecho que agrupa atributos en el orden biológico y otros relacionados a la personalidad y hasta a la familia, que propician una vida digna en las sociedades contemporáneas. Por tal razón se trata de un derecho general, natural, imprescriptible e inalienable (López, 2018).

En correspondencia con lo dispuesto en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, precedentemente señalado, con respecto al derecho a la intimidad, debe señalarse que del mismo modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 reconoció en su artículo 11 este derecho, desde una perspectiva clásica que interrelaciona la honra y la dignidad. De tal manera, proclama que todas las personas tienen derecho a que se les respete su honra y se les reconozca su dignidad. Por otra parte, dispone que ninguna persona puede sufrir injerencias abusivas o arbitrarias en el ámbito de su vida privada, tampoco en la de su familia, y similar tratamiento protector se señala con respecto al domicilio y a la correspondencia. Añade también la prohibición de atacar de manera ilícita a la honra y la reputación de las personas. En correspondencia, todas las personas tienen derecho a que las leyes les protejan contra tales ataques o injerencias.

En otro orden, y en relación a lo anterior, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 asume similar concepción que la promulgada por la Convención Americana de Derechos Humanos, no obstante, a lo ya descrito añade en su contenido una esfera de intimidad vinculada a la vida privada y al derecho que ostentan las personas a que no se les moleste. En tal sentido, el artículo 17 dispone que ninguna persona puede recibir injerencias ilegales o arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como tampoco agresiones ilícitas a su reputación y honra. Consecuentemente con dicha promulgación, establece que todas las personas ostentan el derecho a que se les proteja por ley de tales ataques o injerencias.

De acuerdo con De la Puente (2020), autor con el que se concuerda plenamente, el derecho a la intimidad personal se caracteriza por su dinamismo, así como por encontrarse en un periodo en el cual estará pendiente a reconfigurarse, aunque como regla general, seguirá manteniendo esencialmente la negación o exclusión a las personas a conocer determinadas cuestiones de la vida de otros individuos. Esto lo ubica en estrecha vinculación con otros derechos más específicos cuyo propósito básico gira en torno a impedir la intromisión de extraños en aspectos tales como la inviolabilidad del domicilio, la voz, la imagen propia, el honor, el derecho a evadirse de la vida en colectivo y a retirarse voluntariamente de la misma,

el derecho a que no se le moleste, el derecho al secreto de las comunicaciones, incluso el más recientemente reconocido derecho a la privacidad en el ámbito informático.

Con respecto al derecho a la inviolabilidad de la correspondencia o las comunicaciones, vale aclarar el término, y es que en sus orígenes este derecho se refería a la correspondencia por cuanto únicamente las personas podrían, en todo caso, comunicarse mediante cartas por correo postal. Lógicamente, con el desarrollo de las comunicaciones, por demás bastante vertiginoso en las últimas décadas, el término correspondencia ha tenido que ampliarse y ya no solo se trata de ese tipo de comunicación sino de cualquiera de las muchas formas que emplea el ser humano para comunicarse en la actualidad. Por tanto, un derecho que tenía un alcance muy concreto en sus orígenes ha debido adaptarse a la muy cambiante realidad de las comunicaciones interpersonales, la mayoría de un carácter privado o íntimo, y de ahí entonces su relación con el derecho a la intimidad que se acaba de sustanciar.

Resultan interesantes y no se deben soslayar en modo alguno, las controversias en torno al secreto de las comunicaciones como manifestación de la intimidad personal. Desde el punto de vista doctrinal, se visibiliza una postura que defiende el hecho de que se está en presencia de una libertad, en este caso la libertad de las comunicaciones, vinculada con la intimidad pero diferente a la misma en tanto califica como garantía para ejercer otros derechos, dígame, por ejemplo, el de la libertad ideológica o el de la propiedad. Para graficar esta afirmación se puede mencionar el supuesto en el que se intercepta el teléfono de un ejecutivo a fin de acceder a cuáles serán sus siguientes acciones comerciales. En este supuesto vale advertir que no se ha violado la intimidad del funcionario, sino el secreto de las comunicaciones.

En ese sentido se ha hablado del denominado *bugging* (Rosas, 2018), que consiste en una técnica de observación y de registro de las comunicaciones telefónicas, cuando uno de los interlocutores capta la comunicación con el dispositivo que emplea para establecerla, pero el otro interlocutor desconoce lo que está aconteciendo, o sea, que el contenido de la comunicación está siendo registrada o grabada. En estos casos no interviene ninguna autoridad pública, se desarrolla todo en el ámbito de las relaciones interpersonales. Pero una circunstancia bien diferente es la que se da cuando esas conversaciones sostenidas entre particulares son captadas por terceras personas ajenas a las mismas. Es precisamente en este tipo de situación la que conlleva a adentrarse en el tema de si es válido o no desde el punto de vista jurídico la grabación o registro de las comunicaciones entre las personas, y de ser por alguna vía justificado legalmente entonces habrá que definir sus requisitos y límites.

Ha sido este un tópico de abundantes debates doctrinales y jurisprudenciales, pero en cuanto al derecho en sí y vinculándolo al tema específico de esta investigación, que es lo que nos ocupa en este apartado, vale compartir el criterio de Bravo (2018), quien de manera terminante plantea que grabar conversaciones propias no puede entenderse en modo alguno como una vulneración del secreto de las comunicaciones telefónicas, en el entendido que la protección del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones solo tiene cabida cuando se trata de una agresión perpetrada por terceros, especialmente cuando intervienen los poderes públicos. Acota el autor que en principio no se puede hablar de deber de secreto cuando se está ante una conversación que involucra a dos personas entre las que no median relaciones de tipo moral o profesional que marquen la imposición de un deber de secreto. Este criterio es suscrito en toda la línea por el autor de la presente investigación.

5. La grabación de las comunicaciones personales como prueba en el proceso penal.

Lo primero que debe quedar claro en este apartado temático es que no se está abordando cualquier grabación de comunicaciones, que podría acontecer en cualquier esfera o circunstancia de la vida en sociedad, fortuita o intencionadamente. De lo que se trata es de comunicaciones que se registran para ser luego empleadas como prueba en un proceso penal, con los efectos que ello puede acarrear para los derechos de quien fue objeto de la grabación, incluyendo el relativo a la libertad, a la intimidad, y por supuesto, a un debido proceso. Es por esa razón que será preciso desandar primeramente algunas definiciones básicas del objeto específico de estudio, y con posterioridad se pasará a analizar a fondo todo lo relativo a la perspectiva procesal y probatoria del asunto en cuestión, para tomar postura acerca de la ilegalidad o no de estas interceptaciones.

Esto último reviste una crucial relevancia, por cuanto el propósito loable de revelar la verdad dentro del proceso penal, siendo sabido que se pone en juego el orden público, por lo que en consecuencia se le ofrecen a las partes en conflicto disímiles posibilidades para probar sus tesis y posturas procesales, ello otorga ciertas libertades en el orden probatorio. Pero es justo advertir, no obstante, que tal libertad probatoria resulta relativa, por cuanto han de tenerse en cuenta determinadas limitantes al momento en que se comprometen ciertos derechos fundamentales de los individuos.

Ahora bien, si de comunicaciones se trata, hay que reconocer que estas viabilizan la interacción entre los seres humanos. Cabría mencionar también que el derecho a las comunicaciones se vincula estrechamente a la intimidad que cada individuo ostenta, toda vez que cada quien comparte sus hechos, su vida, o sus maneras de pensar con quienes entiende pertinente o en quienes confían. Por ende, no estará permitido que cualquier persona se arrogue el derecho de intervención en la comunicación de otros, pues ello implicaría una vulneración de sus derechos (Bravo, 2018).

Durante el desarrollo de este tópico se podrá apreciar la existencia de casos en los que intervienen las comunicaciones ilegalmente y sin embargo aun así podrían ser llevados ante los juzgadores. Pero para ello será útil escindir los contenidos en varias partes, como la interceptación de la correspondencia, de las comunicaciones y también se abordará lo concerniente a las grabaciones.

De acuerdo con el Diccionario del Real Academia Española (2020) la interceptación de las comunicaciones puede definirse como el apoderamiento de algo previo a su llegada al sitio donde se dirige. Se añade que puede entenderse también como la detención algo en su trayecto, la interrupción u obstrucción de las vías de comunicación. Precisamente al emplear el término comunicación se hace imprescindible definir la acepción del mismo que se atempera al objeto de esta investigación, toda vez que se trata de un vocablo sujeto a muchos usos y en diferentes contextos.

Podría realizarse una aproximación a tal definición citando a Casanova (2020), quien incluye dentro de este término a todos los medios de comunicación modernos que operan al día de hoy pero también incluye a los que puedan aparecer en tiempos venideros, en base a la revolución que se está desarrollando desde el punto de vista tecnológico en el mundo. Se ejemplifica en este sentido con las conocidas comunicaciones que se realizan entre teléfonos convencionales o móviles, hasta los sonidos que se emiten al transmitirse los faxes, teletipos,

también los contenidos de videoconferencias o las comunicaciones que discurren por el aún muy empleado correo electrónico.

De manera aclaratoria y oportunamente señala Maldonado (2019) que en materia de medios de comunicación debe tenerse siempre una visión amplia o extensiva, pues no puede hablarse de *numerus clausus* en cuanto a los medios que son susceptibles de resultar vigilados. Esto, según el propio autor, resulta un aspecto positivo por cuanto permite que determinadas comunicaciones no queden desprotegidas por el Derecho, pero a la vez posee la limitante de que requerirá por parte de los que tienen la responsabilidad de violentar el derecho al secreto de las comunicaciones con fines públicos, de aplicar de manera similar las garantías dispuestas en el caso de la interceptación de comunicaciones telefónicas para los demás tipos de comunicación que se pretendan intervenir, por sofisticadas o poco convencionales que sean.

Esta comunicación sostenida entre personas, apunta Rosas (2018), pero es un criterio bastante generalizado en la doctrina, debe sostenerse a través de determinada infraestructura o soporte comunicativo, sin necesidad de que estos tengan un elevado nivel de sofisticación, pero sí es preciso que entre los interlocutores exista una distancia real. Por otra parte, a los efectos de la protección jurídica que constituye el centro de atención de esta investigación, añade que la comunicación debe sostenerse por lo que se denomina “canal cerrado”.

¿Esto qué significa? Sencillamente que si la comunicación se sostiene por un “canal abierto”, dígase por la televisión, la radio o prensa plana, quizás también mediante una publicación en una red social a la cual tienen acceso los usuarios de la misma, entonces no aplicaría de ninguna manera el derecho al secreto de las comunicaciones, por cuanto obviamente no se trata de una comunicación privada dado que desde su origen se ha lanzado a la publicidad y conocimiento de un indeterminado grupo de personas.

Lógicamente, muchas de estas plataformas o medios de comunicación tienen como propósito esencial la difusión masiva de la información y no, por obviedad, su secreto. Por el contrario, quien emplea un canal cerrado de comunicación lo hace para que sus mensajes no sean de conocimiento de determinada o determinadas personas. Por tanto, al comunicarse por esta modalidad, el individuo lo hace en la espera de que ciertamente el contenido de la comunicación se mantenga en secreto, en la esfera privada de su persona y la de su o sus interlocutores.

Por tanto, la prohibición legal de interceptación se dirige a las comunicaciones que se realizan sin publicidad, es decir, las que por su propia esencia no pueden ser conocidas por terceros. Esto, como lógico resulta, no tiene por objeto solo las comunicaciones por correspondencia postal o las telefónicas, se insiste en este particular porque al día de hoy pululan disímiles modos y medios de comunicación no pública que también requieren protección jurídica.

Y si mucho se ha intentado definir desde un sentido amplio el término comunicación, como quiera que es el objeto de esta investigación, resulta ineludible mencionar junto a este vocablo el de “secreto”, dado que como se aclaró en los párrafos precedentes, de lo que se trata es de que sea secreta esa comunicación para que se pueda proteger por el Derecho. Será útil entonces realizar unas breves referencias al significado de este término, atemperado al objetivo central de este trabajo.

Como quiera que se ha debatido mucho sobre el tema del secreto asociado a la comunicación y sus matizaciones en materia jurídica, se acude primeramente a lo que refleja el Diccionario de la Real Academia Española (2020), el cual define al secreto como aquello que de manera cuidadosa se reserva y oculta. Y en efecto, comúnmente, asevera Pellegrini (2018), es ese el significado más común del secreto, pero agrega que en la esfera penal habría que adaptar un poco esa definición considerando que en todo caso la reserva a que se refiere lo es a un número determinado de personas, mientras que el ocultamiento sería con respecto a otro número de personas. Esto permite afirmar la naturaleza formal del secreto al vincularse en exclusivo a la noción de la comunicación y escindido de cualquier tipo que sea su contenido.

Se puede deducir también que no todas las comunicaciones son *per se* íntimas, lo que no obsta para considerarlas secretas desde la concepción de secreto que se ha expuesto. A la interrogante sobre si se puede hablar de secreto entre el sujeto emisor y el receptor, es procedente señalar que sería erróneo pues entre estos no tiene por qué existir secreto, pues la esencia de la protección jurídica es que no se permita a una tercera persona acceder a ese proceso de comunicación ajeno.

A menos que existiera un deber de reserva para los interlocutores entonces no habría impedimento para que uno de ellos retenga (grabe) los contenidos de la comunicación sostenida o parte de estos. Tampoco habría ilicitud alguna en mostrar tales contenidos a una tercera persona. Este deber de reserva, en sentido general, más allá de la naturaleza íntima o no de lo que se haya comunicado, solo podría imponerse con base al derecho a la intimidad consagrado por la legislación vigente. Importante resulta también lo expuesto por Maldonado (2019) al referir que la protección jurídica del derecho al secreto de las comunicaciones protege a la comunicación precisa y propiamente dicha el tiempo que dure todo el proceso comunicativo, pero cuando este termine, la protección de lo que se haya comunicado se hará efectiva en virtud del derecho a la intimidad.

Ahora bien, cuando se hace referencia a la intervención telefónica como tal, vale compartir algunas cuestiones de la autoría de Rosas (2018), quien las entiende como medidas instrumentales de carácter restrictivo, que vulneran el derecho fundamental relativo al secreto de las comunicaciones en el ámbito privado. Entretanto, estas medidas se ordenan y ejecutan en la fase instructiva del proceso penal, y tiene la prerrogativa de mandarla a ejecutar una autoridad judicial en el ámbito de su competencia.

Según el propio autor (Rosas, 2018), pueden ordenarse intervenciones telefónicas respecto a un imputado pero también para otros individuos que se hayan comunicado con este. Con ello se procura acceder al contenido de la comunicación sostenida por el imputado con un número determinado de sujetos a fin de obtener elementos probatorios sobre presuntos delitos cometidos por el imputado, indagar sobre otros elementos relacionados con el hecho, entre otros aspectos relevantes para el aparato investigativo y en su día para el tribunal que juzgará los hechos.

Sobre la naturaleza jurídica de las medidas relativas a las intervenciones telefónicas, cabe destacar que se distingue una dualidad en ese sentido, por una parte tienen una relevancia para la función de investigación, dirigida al acopio de evidencias para incorporar al proceso; mientras que por otro lado se les concibe como medio de prueba (Vela, 2020). Ahora bien, para que tenga validez como medio de prueba, tendrá que reunir dos requisitos: la

credibilidad y la certeza. Esto solo se logra si se cumplen con todas las disposiciones procesales y requisitos para evitar que la obtención de los elementos probatorios resulten violatorios de los derechos fundamentales de quien resulte objeto de la intervención.

Podría añadirse que en el caso de la interceptación de la correspondencia, vista en un concepto más específico, no dista de lo hasta aquí mencionado, solo en cuanto al soporte en caso de que se trate de correspondencia postal tradicional. Tal es así que doctrinalmente se define a esta modalidad de interceptación como una captación realizada por un juez, fiscal o policía, en cualquiera de los casos, de determinada correspondencia que se remitiera a un imputado o este la enviara, o a la persona de quien se presume que es proclive de perpetrar un hecho delictivo, y que se practica mientras transcurre la remisión que efectúan las oficinas privadas o públicas de recepción, despacho y distribución de la correspondencia (López, 2018).

Lógicamente, los textos y alusiones teóricas a la correspondencia en sentido estricto y convencional hacen referencia a elementos muy propios de ese tipo de comunicación. Por ejemplo, algunas normas que se refieren a cómo debe realizarse la interceptación de la correspondencia y ubican el acto como tal en el tiempo durante el cual esta se encuentra dentro de la esfera de custodia de la empresa responsabilizada con su traslado, de ahí que cuando definen la interceptación en este tipo de correspondencia señalan el acto de apoderamiento de una cosa previo a su llegada a las personas o al lugar de destino (Jauchen, 2019).

El propio Jauchen (2019) además asevera que no es posible hablar de comunicación a los efectos de su protección jurídica en su categoría de correspondencia si en la misma no aparecen evidencias de diálogo. En consecuencia, no se le debe otorgar protección legal en base al derecho de inviolabilidad de la correspondencia a las denominadas encomiendas, excepto que como parte de su contenido exista una carta sellada. Estas aclaraciones son útiles para el jurista y la ciudadanía en general, por cuanto devienen en elementos que podrían ser sumamente cuestionables en un proceso judicial.

Un poco más de estas aclaraciones dan cuenta de aquellos casos en los que no se podría interceptar correspondencia postal. En tal caso aplican las cartas donde el imputado informa a su abogado defensor elementos cruciales para la probanza o de su tesis de defensa. Otro de los supuestos en los que no se permite la interceptación es cuando se trata de documentos que guardan secretos de índole política o militar susceptibles de dañar la seguridad del Estado. De manera similar se constata la prohibición de interceptación de los documentos que previamente resultaron sustraídos, y esto se basa en el carácter ilícito de estos (López, 2018). Sin embargo, cabe meditar en el supuesto que se daría si la sustracción de los documentos es perpetrada por el imputado con el solo objetivo de demostrarle a quienes juzgan su inocencia.

La doctrina ha dado un paso más adelante y se ha ocupado de delimitar una forma de proceder en estos casos de interceptación de la correspondencia. Esto incluye un algoritmo para su apertura, con presencia de testigos. A falta de estos o de sus firmas, aun cuando todos los demás requisitos se hayan cumplido, se ha debatido acerca de si es preciso excluir dicha interceptación o en cambio la deben valorar los jueces en su día.

No obstante, es válido advertir que los presupuestos de la interceptación de la correspondencia van variando de una legislación a otra, tanto en sus propósitos como en sus efectos, sean de índole probatoria o preventiva. En sentido general, hablese de correspondencia y le serán aplicables todos los aspectos que desde la doctrina y desde la legislación moderna se refiere a comunicación, independientemente de que alguna que otra legislación insista en distinguirlas terminológica y regulatoriamente.

Es momento entonces de ofrecer algunos elementos técnicos sobre las grabaciones, pero no cualquier grabación, sino la que ofrecerá elementos enjuiciadores sobre una persona que ostenta varios derechos y uno de ellos es el de la inviolabilidad de la correspondencia. Indudablemente al abordar este tema es imprescindible remontarse a muchos años atrás, cuando no existían comunicaciones analógicas ni digitales, ¿cómo se podían fijar este tipo de evidencias? El salto de desarrollo que de manera vertiginosa ha experimentado la humanidad y especialmente las nuevas tecnologías propician que algo impensado en el pasado sea una realidad palpable en la actualidad. Hoy es posible grabar, mejor dicho, es muy sencillo, no solo para adultos sino también incluso para niños.

Por lo antes descrito la doctrina ha tenido que hacerse eco de nuevos fenómenos que rayan lo ilícito, invaden la intimidad, dígame cuando se realizan grabaciones dirigidas a los interiores de un domicilio, también todo tipo de grabaciones ocultas, no declaradas, que el sujeto grabado desconoce. Las propias grabaciones de seguridad están sujetas a amplios debates acerca de sus alcances permitidos. Pero también pueden producirse grabaciones accidentales o imprevistas que revistan posteriormente una gran relevancia para cualquier proceso penal.

Hasta aquí se han mencionado grabaciones de video pero aplica también para las de voz, que se pueden interceptar en una comunicación telefónica y dejarse fijadas mediante grabación también. Todo este conglomerado de situaciones y muchas otras que la vida práctica propicia estarán siempre en el epicentro de las discusiones y el Derecho y sus operadores deben tener herramientas para lidiar con este tipo de eventos, decidir bajo qué criterios es legal y valorable por un juez lo captado, y en general darle a estos fenómenos el tratamiento más certero posible, siempre ponderando los intereses públicos con los privados de aquellos que son objeto de la grabación. Preguntas quedan siempre en espera de una respuesta firme e invariable, aunque no todos los casos son iguales. ¿Se puede grabar o no? En caso positivo, ¿en qué circunstancias o supuestos? ¿Podrá un tribunal aceptar todas estas evidencias como válidas y emplearlas en sus análisis jurisprudenciales? ¿En qué casos sí y en cuáles no?

Luego de descrito a grandes rasgos este panorama, y siendo consecuente con la solución de carácter ecléctico asumido por la doctrina y por el autor del presente artículo se considerará errada una exclusión del proceso penal en todos los casos por considerarlas pruebas ilícitas a la grabación o el registro de comunicaciones personales, no obstante, tampoco será adecuado aceptarlas como medios de prueba sin límites ni requerimientos.

Se trata entonces, y es lo que se defiende en la investigación, de demostrar que lo más viable es encontrar un punto de equilibrio entre dichas posturas radicales, es decir, que no sea libremente permitido grabar o interceptar comunicaciones, sino que se admita el empleo de estas técnicas en casos excepcionales que deben estar tipificados como tal, y con un procedimiento de autorización bien definido en la ley, de modo que se justifique su

utilización con el consabido perjuicio a los derechos fundamentales solo en los casos que así lo ameriten, de modo que todo lo que quede fuera de estas causales deba considerarse ilícito y consecuentemente excluirse del proceso.

Como primer argumento, se parte, en concordancia con lo planteado por Pellegrini (2018), que el hecho de grabar o registrar las comunicaciones personales no debe ser en todos los casos asociado a una ilicitud en el ámbito probatorio, sino que bajo determinados criterios y requisitos podría ser admitido en un proceso penal. Para ello, entre otros aspectos, se tomará en cuenta que la prueba ilícita en sentido estricto es aquella que se recoge infringiendo normas o principios refrendados por la Constitución, con frecuencia para proteger las libertades públicas y los derechos inherentes a la personalidad y de su manifestación, como el derecho a la intimidad. Esto apunta a que quizás siempre serían ilícitas de cara a un proceso penal en calidad de pruebas la grabación o registro de las comunicaciones personales.

Lo anterior hace necesario abordar la doctrina del fruto del árbol envenenado, empleada por primera vez en 1939, en Estados Unidos, en el caso *Nardone vs. USA*. En el mismo una serie de escuchas ilegales sirvieron de base para la acusación fiscal, sin embargo, el juez planteó que al “pinchar” el teléfono de un implicado entonces una parte sustancial de la acusación formulada contra ellos se consideraría como el fruto de un árbol envenenado. Se decidió que no solo debían excluirse del proceso las grabaciones ilegales, sino también todo aquello que pudo ser conocido a partir de esas escuchas no permitidas (Chiesa, 2020).

Ante dicha situación excluyente, emerge la pregunta entonces sobre cómo defender que en determinados casos sea lícito acudir a estas técnicas de grabación y registro de comunicaciones personales. Para argumentar la respuesta al respecto se suscribe lo manifestado por Casal (2020), quien sostiene que los derechos fundamentales pueden restringirse en función de tres criterios: definición del contenido del derecho, limitación del derecho, y restricción del derecho.

El criterio de la definición del contenido expresa que la consagración de todo derecho fundamental requiere establecer sus límites o fronteras generales en aras de delinear correctamente el bien jurídico o libertad protegida por el mismo; el de limitación del derecho trasciende a partir de que la propia Constitución, al mismo tiempo que reconoce una determinada libertad, le impone, de manera expresa o tácita, una serie de condiciones y límites; mientras que el criterio de la restricción del derecho es concebida por el autor como la manera en que se le da desarrollo a un derecho consagrado en la Constitución, pero ya en el contexto de una ley complementaria y con sus particulares formas de ejercitarlo y limitarlo.

En cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones, la doctrina más reciente lo ha definido como un derecho fundamental que permite que las personas puedan comunicarse libremente unas con otras a través de un medio de comunicación cerrado, y sin que se conozca por terceros ajenos a la misma el contenido de la comunicación (Casanova, 2020). A partir de esto surgen dos interrogantes: la primera es relativa a si la grabación o registro de comunicaciones personales puede tener validez probatoria y en consecuencia se podría incorporar al proceso penal como prueba de cargo contra el acusado; y la segunda refiere al hecho de que si fuese incorporado al proceso, cuáles serían los requisitos para que surta

eficacia probatoria y pueda ser valorado por el tribunal al momento de dictar su sentencia, so pena de resultar excluido del proceso de no cumplimentar los requerimientos.

La respuesta a estas cuestiones las ofrecen autores como Rosas (2018), Bravo (2018) y De la Cruz (2021) Para los mismos este tipo de actividad, incluida dentro de los denominados métodos especiales de investigación criminal, es con frecuencia imprescindible para probar determinadas actividades relacionadas con la criminalidad organizada, y existe una casi total unanimidad entre los sistemas en cuanto a la necesidad de realizar escuchas telefónicas, aunque bajo condiciones sumamente estrictas.

Específicamente y según De la Cruz (2021) dichas condiciones son: 1) La decisión debe ser tomada de acuerdo al sistema procesal de cada país por un fiscal o juez que tenga la misión de velar por la legalidad y el respeto a las libertades individuales. 2) La decisión solo debe ser aceptada para ciertas infracciones de especial gravedad. 3) Las grabaciones deben ser destruidas después de terminado el procedimiento.

Otros elementos a tener en cuenta son los principios que rigen la ejecución de las interferencias de las comunicaciones. Algunos de ellos son el de legalidad, procedibilidad, motivación, proporcionalidad, necesidad e idoneidad. Su análisis lleva a la reflexión de que esta técnica debe estar contenida en ley, existir una sospecha fundada y elementos que indiquen la culpabilidad del sujeto con fuerza tal que se demuestre la necesidad de utilizar esta técnica.

A modo de resumen parcial de este importante apartado temático, se puede afirmar que tanto en la doctrina como en muchos ordenamientos jurídicos existe bastante consenso en que los requerimientos para estos menesteres sean que la decisión se tome por un fiscal o juez que tenga la misión de velar por la legalidad y el respeto a las libertades individuales; que solo sea aceptada para ciertas infracciones de especial gravedad; y que las grabaciones deben ser destruidas después de terminado el procedimiento. De no cumplirse con estas condiciones, así como otras que pueden variar de un sistema jurídico a otro, todo el material probatorio acopiado padecerá un defecto de nulidad y deberá ser excluido del proceso.

6. Análisis en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La línea doctrinal que se ha seguido tanto en materia de prueba ilícita como especialmente en el tema de la grabación y registro de comunicaciones personales en muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos es la que se ha defendido en la presente investigación. Tal es así, por ejemplo, en la legislación ecuatoriana, cuyo análisis resulta imperativo. Por tanto, se debe hacer mención en primer orden la Constitución de la República del Ecuador (2008), la cual, *a priori*, dispone en el número 4 de su artículo 76, referido a las garantías del debido proceso, que las pruebas obtenidas o actuadas violando las disposiciones de Constitución o las leyes no podrán tener validez alguna y por ende tampoco tendrán eficacia probatoria. Este es un artículo fundamental para comprender el efecto que provocaría una interceptación y grabación de comunicaciones sin la legalidad requerida, y lo está mandando la propia Constitución de la República, por tanto, se puede apreciar claramente la importancia que el constituyente le otorgó a esta sensible problemática.

El análisis de la regulación de este asunto en el Ecuador debe continuarse dirigido a las leyes de desarrollo o leyes complementarias. En ese sentido, el artículo 454 del Código Orgánico

Integral Penal (2014), en su numeral 6 advierte que toda prueba o elemento de convicción que se obtengan violando los derechos instituidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, estarán carentes de eficacia probatoria alguna, y el efecto de esta situación es la exclusión de la actuación procesal.

Por su parte, y en particular, el artículo 470 del propio cuerpo normativo, relativo a las comunicaciones personales, expresa la prohibición de grabar o registrar por cualquier medio las comunicaciones personales de terceros sin que estos conozcan y autoricen tal grabación o registro, excepto en aquellos casos que la ley expresamente señale. Añade el artículo citado que la información que se obtenga de manera ilegal no poseerá ningún valor jurídico. En consecuencia, de generar riesgos, daños y perjuicios a las personas implicadas, estos se imputarán a quien haya forzado la revelación de la información, y quedará obligado este sujeto a reparar integralmente los daños ocasionados.

Por otra parte, el artículo 475 del propio cuerpo normativo, incluido en la sección primera del Capítulo II que se refiere a las actuaciones especiales de investigación, señala elementos con respecto a la retención de correspondencia. Lo primero que plantea son las disposiciones por las que se regirán los actos realizados para retener, abrir y examinar la correspondencia y otros documentos. Partiendo de su inviolabilidad, en cualquiera que sea el soporte en que se materialice, establece la excepcionalidad de acuerdo a los casos que la ley disponga, y en ese sentido sentencia que la o el juzgador pueden dar la autorización a la o al fiscal, siempre que antes se lo solicite motivadamente, para retener, abrir y examinar la correspondencia, teniendo como requisito que exista evidencia suficiente que haga presumir la presencia en dicha correspondencia de determinada información relevante para las acciones investigativas.

Si se procediera a abrir y examinar la correspondencia y otros documentos que se presume tienen relación con hechos y circunstancias del evento delictivo así como con sus intervinientes, se deberá notificar con antelación al implicado y si concurre o no, se procederá a leer la correspondencia o el documento, en reservado, y se informará de ello a la víctima y al imputado o su defensor si lo tuviere. Si no se pudiera contar con los sujetos procesales en dicha diligencia entonces se efectuará con la presencia de dos testigos. Es importante la acotación de que la totalidad de los intervinientes deberán jurar mantener reserva de la información a la que tuvieron acceso. Cabe señalar también que de tratarse de una escritura en clave o en otro idioma, de inmediato se dispondrá el desciframiento por parte de peritos en criptografía, o en su caso su traducción.

En el Artículo 476 se disponen una serie de reglas a observar para proceder a la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos. Se dispone que la o el juzgador fijarán a quién o quienes se le interceptará la comunicación así como el tiempo de interceptación, el cual no podrá superar los noventa días, excepcionalmente se podrá efectuar otra solicitud motivada, por una sola vez, pidiendo prórroga por un nuevo plazo igualmente de noventa días. En el caso de investigaciones sobre delincuencia organizada y sus delitos afines, la interceptación podrá realizarse hasta por un plazo de seis meses, con una sola prórroga por igual periodo de tiempo.

En el propio artículo se plantea que la información vinculada con la infracción que sea obtenida por las comunicaciones interceptadas durante la investigación se utilizará en el

proceso para el que se les autorizó, y se obligará a guardar secreto sobre los asuntos ajenos. Por otro lado si durante una interceptación se conoce la comisión de otro delito, se deberá comunicar de inmediato a la o al fiscal a fin de que inicie la investigación que corresponda. Si se tratase de delitos flagrantes, se procederá en virtud de lo que establece el COIP para este tipo de infracciones.

En el caso de la interceptación y registro de 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 y MMS, transmisión de datos y voz sobre IP, correo electrónico, redes sociales, videoconferencias, multimedia, entre otros, se requerirá la previa autorización del juzgador al fiscal para que ejecute dicha acción cuando considere que resulta indispensable para la comprobación de que ha ocurrido una infracción y se requiere verificar la responsabilidad de quienes intervinieron en la misma.

Vale señalar la prohibición de interceptar toda comunicación sujeta a la protección del derecho a la preservación del secreto profesional y religioso. También se dispone que al proceso solo se introducirán de manera textual las transcripciones de las conversaciones o parte de estas que se consideren convenientes o significativos para la investigación, aunque se añade que el procesado puede efectuar la solicitud para escuchar todas sus grabaciones, si lo considera beneficioso a los fines de su defensa. También se prohíbe la interceptación, grabación y transcripción de comunicaciones si ello implica una vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, máxime en los casos que provoquen revictimización cuando se trate de violencia contra la mujer o en el ámbito familiar, sexual, física, psicológica y de otros tipos.

Entretanto, al personal de las prestadoras de servicios de telecomunicaciones y las personas que se encarguen de interceptar, grabar y transcribir las comunicaciones o datos informáticos se le obliga a guardar el secreto del contenido, a excepción de que sean llamadas a prestar declaración en juicio. 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.

El artículo 477 del COIP establece el procedimiento relativo al reconocimiento de grabaciones al indicar que el juzgador autorice al fiscal a reconocer las grabaciones, así vídeos, datos informáticos, fotografías, discos u otros medios análogos o digitales. A tales efectos contarán con la actuación de dos peritos, los cuales jurarán guardar reserva de su contenido. El fiscal procederá en estos casos a exhibir en audiencia privada la película o a escuchar el disco o la grabación así como a examinar el contenido de los registros informáticos. El fiscal puede ordenar que se identifiquen las voces grabadas por parte de quienes aseveren que las pueden reconocer, aunque también puede proceder al reconocimiento a través de medios técnicos. Las partes pueden concurrir siempre que juren igualmente guardar reserva de la información.

La Fiscalía puede dar inicio a la investigación previa si posee información aportada por la Policía Nacional, por medio de sus unidades especializadas, de que existe una presunta organización delictiva, cuyos integrantes se encuentran realizando actividades tendientes a cometer actos delictivos que atenten contra la vida, la propiedad, el tráfico de sustancias calificadas como sujetas a fiscalización, entre otros actos graves tales como secuestros y

extorsiones. Para ello se solicitará, en primera instancia, que la autoridad judicial competente autorice que se vigile, dé seguimiento y se obtengan audios y videos relacionados con la actividad delictiva en cuestión; durante la investigación el agente investigador que se designe, deberá procurar el reporte de las líneas de telefonía móvil o los IMEI de el o los dispositivos celulares que se requieren interceptar. Tal diligencia se efectúa por medio de la plataforma informática del Subsistema de Reportes Telefónicos de la Policía Nacional.

Ahora bien, especial interés concita esta temática cuando aparece vinculada con el procedimiento abreviado. El artículo 635 y sus siguientes del COIP (2021), recoge al procedimiento abreviado en calidad de procedimiento especial. Este se podrá sustanciar ante infracciones para las que se dispongan penas privativas de libertad de hasta diez años; puede presentarse en la audiencia de formulación de cargos e incluso en la de evaluación y preparatoria de juicio; el procesado es quien consiente de manera expresa su aplicación y admisión su responsabilidad con la conducta que se le imputa; el defensor será quien acredite que el procesado ha tenido la libertad de prestar su consentimiento, y que en dicha manifestación de voluntad no ha interferido ningún acto violatorio de sus derechos constitucionales; a su vez, la sanción a imponer como parte de este procedimiento no podrá ser mayor o más grave a la solicitada por la Fiscalía.

La solicitud de este procedimiento especial se dirige por escrito o de manera oral al Juez y se acreditarán sus requisitos así como la determinación de la sanción. En una audiencia oral y pública se definirá la aceptación o rechazo del procedimiento abreviado. En dicha audiencia la Fiscalía expondrá los hechos, su fundamentación jurídica, y precisará los aspectos que sustentan para justificar que, en efecto, ha ocurrido la infracción. Si en las actuaciones consta material relativo a la interceptación de las comunicaciones se dará a conocer el contenido de las transcripciones de dichas comunicaciones sostenidas por el o los acusados y que los vinculan a la actividad ilícita que se juzga.

Esto se constituye en la columna vertebral de la acusación, porque revela el grado de participación de los intervinientes y su responsabilidad, o sea, el contenido de dichas interceptaciones operan como la prueba por excelencia en este procedimiento; pero por sus propias características, previo consentimiento del acusado, cuando se presenta en el plenario, este ya no la puede controvertir. Una vez que intervienen todas las partes, el Juez dictará la sentencia que tiene como peculiaridad la aceptación por parte del acusado de la calificación del hecho punible, la sanción requerida por la Fiscalía y si procediera, la reparación integral para la víctima.

Existen criterios como el de Zambrano (2020) que van en el tenor de calificar al procedimiento abreviado como inconstitucional al criticarle que finalmente condena al acusado carente de pruebas y claramente se le induce a que acepte su culpabilidad so pena de que de no hacerlo se le pueda imponer una sanción de mayor rigor. Por demás, se reprocha que en el juicio abreviado no se observen elementos como la publicidad, oralidad, intermediación y contradicción, que no se reproduzcan las pruebas, sino que solo a base de la confesión se impone la sanción sin observar todas las garantías.

Obvio resulta que el procedimiento abreviado procura llegar a las sentencias de manera expedita y con economía procesal, en la búsqueda de la eficacia del sistema, dejando los juicios más graves y de mayor connotación social para los procesos más complejos y

dilatados, lo cual ahorra tiempo y recursos, sin embargo, el sistema penal no debe basarse demasiado en cálculos presupuestarios, porque su esencia no es el ahorro de recursos sino arribar a la verdad procesal sin menoscabar las garantías de los justiciables.

Este análisis ampliado de todos los particulares relacionados con el objeto de la investigación, desde la teoría y el ordenamiento jurídico ecuatoriano, permite demostrar que a pesar de que los derechos fundamentales deben ser protegidos a toda costa, y no debieran ser vulnerados con el fin de aportar medios de prueba en un proceso penal, ante determinadas circunstancias se hace necesario realizar diligencias investigativas que implican cierto menoscabo a tales derechos, incluyendo el que protege a las personas de que no se les grabe la voz o registren sus comunicaciones personales.

7. La interceptación de las comunicaciones en el derecho comparado.

En toda investigación que se realice en el ámbito del Derecho, y en especial vinculada al Derecho Penal y también a la esfera constitucional, se debe hacer siempre que resulte aportador a los análisis sobre el tema en cuestión, un estudio de Derecho comparado. Este permite evaluar cómo se regula en otras legislaciones foráneas la institución jurídica que se estudia, y poder comparar todas las normas, sus características, además de confrontarlas con los postulados teóricos que existen sobre la temática, en aras de verificar si se afilian a la misma postura teórica del autor. En suma, los estudios de Derecho comparado sitúan al investigador en un interesante enlace entre la teoría y la normativa nacional, y contribuyen a conformar referentes sobre los cuales afianzar su examen a la normativa de su país. Por ello se traerán al ruedo de los análisis algunas regulaciones foráneas referentes al registro de las comunicaciones personales.

En Argentina, el artículo 18 de la Constitución Nacional (Congreso General Constituyente, 1994) realiza una enunciación especial a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia así como de los documentos de carácter privado, sin embargo, no les da absoluta inmunidad frente a la injerencia por parte del Estado. En tal sentido deja por sentado que será una ley la que determine en qué casos y con qué justificantes será posible allanarlos u ocuparlos. Con excepción de los supuestos en que el propósito de la intervención fuere imposibilitar la propia comunicación, las escuchas telefónicas no se conciben de manera directa como atentados a la libertad de comunicación sino como un secreto. No obstante, de manera indirecta en todos los casos se lesiona esa modalidad de libertad, dado que precisamente su presupuesto es el secreto.

En el ordenamiento jurídico argentino, la Dirección de Observación Judicial, perteneciente a la Secretaría de Inteligencia, es el órgano exclusivamente responsabilizado de ejecutar las interceptaciones de la índole que sean, ordenadas o autorizadas por la autoridad judicial correspondiente, estableciéndose además que tales órdenes sean remitidas a la mencionada Dirección por conducto de oficio que será firmado por el Juez, con detalladas y precisas instrucciones en función de la orientación de la tarea, y se indicará separadamente solo los números que se intervendrán, lo que se adjuntará a la solicitud que es a su vez remitida a la empresa de servicios telefónicos responsable, la encargada finalmente de realizar la interceptación.

La Ley de Inteligencia en su Título VI, artículo 18, regula que si durante el desarrollo de las actividades de inteligencia o contrainteligencia surgiera la necesidad de efectuar

intercepciones o captaciones de comunicaciones privadas de cualquier índole, la Secretaría de Inteligencia tendrá que extender la solicitud para tal acto para obtener la correspondiente autorización judicial. Dicha autorización deberá ser formulada por escrito e incluir una fundamentación, precisando el o los números telefónicos o direcciones electrónicas o de cualquier otro medio, que se pretenden captar o interceptar.

Por su parte, el artículo 19 de la referida ley establece que la autorización judicial se requerirá por el Secretario de Inteligencia o el funcionario en quien se delegue dicha facultad de manera expresa, ante el juez penal federal que sea competente jurisdiccionalmente, para lo cual se tomará en cuenta el domicilio de las personas naturales o jurídicas a quienes se les interceptarán las comunicaciones, o la sede desde donde se realizarían en el caso de que sean comunicaciones móviles o satelitales. En todos los casos las actuaciones serán reservadas. Luego de transcurridos los plazos para realizar las interceptaciones, también previstos en la ley, habrá que tomar una decisión, o el juez ordena que se inicie la causa, o se indicará que se destruya o borre de los soportes de las grabaciones, todas las copias de interceptaciones postales, cablegráficas, por facsímil o de cualquier otro aspecto que contribuya a hacer valer los resultados que arrojó la interceptación.

Una vez analizado el caso argentino respecto a las interceptaciones de comunicaciones, será importante referirse a lo que ocurre en este tema en Perú. Se considera que es un país referente para Latinoamérica en ese sentido. El secreto de las comunicaciones como derecho se ampara en el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú (Congreso Constituyente, 1993), en el cual se proclama que todas las personas tienen derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones así como de sus documentos privados, los que pueden ser abiertos o captadas previa orden judicial.

En el Perú, en el orden procesal penal, desde el Código de Procedimientos Penales de 1940, ya se implementaba la intervención de medios de comunicación tales como el correo y también otros documentos privados, con el objetivo definido por el esclarecimiento de los delitos. En aquella época el Juez era la figura que rectoraba todas las actuaciones y el facultado para mandar a ejecutar medidas de esta naturaleza. Un evento relevante ha sido la entrada en vigor de un nuevo Código Procesal Penal, en el que la interceptación de las comunicaciones se regula con múltiples garantías, además de que se cuenta con manuales de operación en ese sentido por parte del Ministerio Público y la Policía.

El nuevo Código Procesal Penal establece claramente los requisitos para que las pruebas posean legitimidad: deben obtenerse e incorporarse al proceso mediante un procedimiento legítimo desde el punto de vista constitucional; las que se obtengan, de manera directa o indirecta, violando el contenido básico de los derechos fundamentales de las personas carecerán de efecto legal; y no podrá hacerse valer en perjuicio del procesado ninguna prueba para cuya obtención se haya quebrado cualquier regla de garantía constitucional. Por tanto, el artículo 202 de la ley adjetiva declara la legalidad procesal de la obtención de la prueba en los casos que resulte indispensable la restricción de un derecho fundamental a fin de lograr el esclarecimiento del hecho, aunque advierte el deber de proceder con arreglo a lo que a tales efectos dispone la Ley y velar por que se ejecute con todas las garantías para quien resulte afectado con la diligencia.

De manera más específica, en el artículo 230 se desarrolla lo relativo a la intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación. Dispone que sea el Fiscal quien podrá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación. Esto podrá solicitarlo si aprecia la existencia de elementos suficientes de convicción para presumir la comisión de un delito que sea sancionable con pena superior a los cuatro años de privación de libertad, y en este caso deberá ocurrir que la intervención sea absolutamente necesaria para darle curso a las investigaciones.

Por su parte, dicha orden judicial podrá ser dirigida contra el investigado, pero también contra personas sobre las cuales se pueda estimar con suficiente fundamento, a partir de datos objetivos concretos, que han sostenido comunicaciones con el investigado, o que el investigado utiliza sus comunicaciones. Tanto la solicitud del Fiscal como la resolución judicial que la autorice, deberán consignar el nombre, la dirección de quien será objeto de la interceptación, y la identidad del teléfono, o de otro medio de comunicación o telecomunicación que será objeto de intervención, grabación y registro. Será importante también indicar la forma en que se realizará la intervención, el alcance y la duración, y por último la identidad de la autoridad o funcionario, ya sea de la policía o de la Fiscalía, que tendrá el encargo de ejecutar la acción.

Un elemento importante que la norma procesal peruana recoge es la obligación de las empresas telefónicas y de telecomunicaciones de posibilitar la ejecución de la intervención, grabación y registro, bajo la advertencia de que de no hacerlo podrán ser procesados por el delito de desobediencia a la autoridad. A su vez, quienes realicen efectivamente la diligencia así como los servidores de las indicadas empresas estarán obligados a guardar secreto sobre su ejecución y la información derivada de esta, a no ser que sean citados a declarar como testigos durante el proceso.

Por otra parte, si los elementos de convicción que en su día se tuvieron en cuenta para ordenar la interceptación desaparecieran o hubiera discurrido el plazo de duración establecido para la misma, se deberá interrumpir de inmediato. También se dispone que la interceptación no puede ser superior a treinta días. De manera excepcional se podrá prorrogar por plazos sucesivos, siempre que el Fiscal lo solicite y el Juez de la Investigación Preparatoria lo decida de manera motivada.

Es menester traer a colación en este profundo análisis de la regulación peruana el artículo 231 de su mencionada ley procesal. Este regula el registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación. Para ello plantea que la intervención de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación se registrará por medio de su grabación magnetofónica o por otros medios técnicos análogos que garanticen que el registro sea fidedigno. Por su parte, la grabación será entregada al Fiscal, y este dispondrá su conservación cumpliéndose con todas las medidas de seguridad pertinentes, velando que la misma no sea de conocimiento de terceras personas.

El Fiscal podrá disponer además la transcripción escrita de la grabación, para lo cual se levantará la correspondiente acta, aunque se deben conservar los originales de la grabación. En cuanto a las comunicaciones que se consideren poco relevantes para el procedimiento, se entregarán, en su momento oportuno, a las personas afectadas con la medida, y además se

procederá a destruir todas las transcripciones o copias de ellas por parte del Ministerio Público. Esta última disposición no aplica para las grabaciones que tuvieran en su contenido informaciones significativas para otros procedimientos en los que pudiera estarse ante un hecho delictivo.

Como se puede apreciar en las legislaciones foráneas analizadas, cada una dispone que instituciones serán las legitimadas para realizar la solicitud de la interceptación de las comunicaciones. Además como elemento común está el hecho de que será una orden judicial la que autorizará la interceptación de las comunicaciones entre los presuntos intervinientes en la actividad delictiva que se investiga, y de no contarse con tal autorización no será posible acceder a dicha información, pues de hacerlo se estará ante una vulneración de derechos fundamentales como la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

8. Análisis de los casos

Caso No 1:

Causa No. 01283201600408G. Unidad Judicial Penal de Cuenca. Delito: Asociación Ilícita.

Se trata de un caso con varios acusados, tres de ellos los principales. Se tramitó finamente por el procedimiento abreviado. La Fiscalía General del Estado indicó que tenía informaciones provenientes de la Unidad de Inteligencia Anti-delincuencial sobre la existencia de una probable organización ilícita que se dedicaba a expender sustancias sometidas a fiscalización, o sea, realizaban el denominado micro-tráfico en la ciudad de Cuenca, ocasionando inseguridad a la ciudadana y poniendo en peligro a la salud pública, procedió a individualizar los elementos de prueba recopilados durante la investigación desarrollada en la fase de instrucción fiscal abarcando a todos los procesados en el citado procedimiento abreviado.

A continuación procedió a individualizar las acciones que ejecutó con cada procesado, donde indicó que en algunos solicitó autorización judicial para seguimientos y vigilancias, de lo cual se derivaron evidencias sobre reuniones entre el procesado y otros miembros de la organización, conversaciones, etc. Por demás se llevaron al ruedo las transcripciones de las comunicaciones por las que fue posible realizar algunas constataciones relevantes. Por ejemplo: quién participaba de la comercialización de las sustancias, qué tipo de reuniones se realizaban, las actividades asignadas a cada uno de los miembros del grupo, etc. A su vez se realizó un seguimiento por parte de la policía, previa autorización judicial, como una especie de entrega vigilada.

En sentido general, y sin necesidad de entrar a detallar elementos que son irrelevantes a los efectos de esta investigación, la interceptación de las comunicaciones en este caso facilitó la labor investigativa y el descubrimiento de muchos hechos más que los que aquí se describen, y así lo expuso en su día la Fiscalía al exponer en el plenario las transcripciones de las conversaciones telefónicas interceptadas. En su intervención, las personas procesadas aceptaron su participación en los hechos narrados por la Fiscalía y expresaron su consentimiento para la aplicación del procedimiento abreviado.

Luego de escuchar a los sujetos procesales el Juez corroboró que se cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 635 del COIP, realizando un análisis de la admisibilidad de este

procedimiento especial, dictando sentencia finalmente en el tenor de la petición del fiscal, sin más trámite, ni siquiera se reprodujo el material probatorio.

Caso No. 2:

Causa No. 17282-2016-04337. Unidad Judicial Penal de Loja. Delitos: Asociación Ilícita en concurso real con tráfico de estupefacientes.

Una vez se recibió la *notitia criminis*, la Fiscalía solicitó al juez competente que autorizara la realización de la interceptación de las comunicaciones de los sujetos involucrados en el hecho presuntamente delictivo, lo cual le fue concedido. Las interceptaciones permitieron la identificación de los implicados en el delito, procediéndose a detenerlos y a formular los correspondientes cargos contra estos. Durante el transcurso de la fase instructiva fiscal, se dispuso que se realizara el registro de los datos informáticos contenidos en las comunicaciones intervenidas, con el propósito de acopiar toda la información vinculada con fechas, frecuencia, duración, entre otros aspectos, de las llamadas telefónicas que resultaron interceptadas. Sin embargo, de estas últimas actuaciones no se observó la existencia de autorización judicial.

Cuando se dio por terminada la instrucción fiscal fue convocada una audiencia preparatoria del juicio. En la misma no se realizaron alegatos relacionados con las actuaciones examinadas, por tanto, el juez declaró válido el proceso, y admitió los medios probatorios que en su momento procesal oportuno se presentaron. Seguidamente se dictó auto de llamamiento a juicio contra quienes no fueron al procedimiento abreviado.

En la audiencia de juicio prestó declaración uno de los agentes investigadores, quien expresó que las interceptaciones se realizaron durante un tiempo superior a ocho meses. Cabría advertir entonces una posible transgresión de la normativa que establece los plazos para efectuar dichas diligencias investigativas. Para evitar esta situación, sería necesario comprobar las fechas de la primera y la última intervención, pero el juez de garantías, quien debió efectuar dicha corroboración, no la realizó. Se dictó sentencia entonces sin que este importante particular quedara aclarado y pudo haber quedado subyacente una violación de lo establecido constitucional y procesalmente para garantizar que la intromisión en las comunicaciones de los procesados no afectara sus derechos.

Caso No. 3:

Causa No. 17282-2016-03222. Unidad Judicial Penal de Esmeraldas. Delitos: Extorsión.

En este caso, una vez que los imputados fueron detenidos, la Fiscalía requirió a las operadoras telefónicas para que le remitieran información sobre los datos informáticos de estos que se encontraran en el sistema. Cumpliendo con el requerimiento se entregó a la Fiscalía el contenido de varios SMS enviados y recibidos por las líneas telefónicas objeto de investigación. A su vez, se ordenó abrir y extraer la información de los teléfonos celulares incautados como parte de la detención de los procesados. Ahora bien, todas estas diligencias se realizaron sin que conste acreditado en el proceso alguna autorización judicial emitida para proceder a tales acciones.

En la audiencia preparatoria del juicio, no se realizaron alegaciones respecto a la extracción de dicha información, ni tampoco relacionadas con la legalidad de la obtención de los SMS. En consecuencia, el juez declaró procesalmente válido y dictó el correspondiente auto de llamamiento a juicio, todo en virtud de las evidencias acopiadas a partir de las interceptaciones de las comunicaciones. Una acotación significativa es que el juez de garantías no efectuó análisis alguno sobre el contenido de las comunicaciones revisadas, o sea, no realizó el debido control sobre un aspecto tan crucial en el orden de la legalidad de la única prueba inculpativa.

Ya con el caso en el Tribunal, los juzgadores sí procedieron a examinar los registros de las comunicaciones, percatándose de que las estas no guardaban relación con los hechos objeto de juzgamiento. Por ende, se procedió a dictar una sentencia en la que se ratificó el estado de inocencia de los encartados. Como se puede apreciar, al no haberse efectuado el control con posterioridad a la realización de las medidas, los investigados tuvieron que llevarse hasta la etapa del juicio.

Varias lecturas se pueden hacer sobre este breve análisis de casos concretos. En primer lugar, se aprecia que además de efectuarse la interceptación de las comunicaciones, se procede al registro de los datos informáticos relativos a las llamadas telefónicas, pero no siempre estas acciones se autorizan expresamente por un juez de garantías, lo cual las convierte en actuaciones ilícitas por vulnerar derechos fundamentales. Por otra parte, resulta preocupante que existan casos en los que el juez de garantías penales no realiza la evaluación del contenido de las comunicaciones interceptadas, con lo que queda en evidencia que en la práctica no se realiza el debido control sobre lo interceptado para definir la pertinencia o no de ello respecto al caso que se investiga, o si las comunicaciones interceptadas son de carácter inviolable, o si se han acopiado como mínimo indicios que reúnan los méritos para proseguir hacia la fase subsiguiente del proceso.

En otro orden, se puede evidenciar la preocupante acerca del control sobre el tiempo durante el cual se ejecutan las interceptaciones, y esto se puede deducir al no acreditarse el análisis debido sobre la primera y la última fecha de realización de estas acciones, un aspecto primordial para determinar si se efectuaron por más tiempo que el autorizado, con lo cual se convertiría en ilícita. Es posible afirmar entonces que el control previo que debe ser ejercido en las medidas de interceptación con el propósito de garantizar el respeto a los derechos de los sujetos investigados es prácticamente inexistente.

Por último, se evidencia que en los casos cuya tramitación discurre a través de un procedimiento abreviado, ocurre que en estos no se realiza ningún tipo de alegación acerca de la validez y legitimidad de las diligencias investigativas, específicamente en las que tienen que ver con interceptación de comunicaciones, que es el tema en cuestión en este trabajo. Este silencio está dado por la pretensión de obtener un beneficio consistente en la negociación para que se imponga una sanción con determinadas rebajas cuantitativas. Esto genera dos efectos: en primer lugar se produce una renuncia al derecho constitucional que tienen todos los ciudadanos a su defensa, y en segundo orden, la persona se autoincrimina y acepta la arbitrariedad o ilegalidad en que pudiera haberse incurrido por los actuantes en el proceso de recolección de evidencias inculpativas, cuestión que obviamente menoscaba derechos fundamentales también.

9. Análisis e interpretación de las entrevistas

Pregunta 1: ¿El interés público se justifica en todos los casos intervenir y grabar las comunicaciones personales?

Mgs. Israel Emiliano Montenegro Bosquez - Litigante en Derecho Penal y Constitucional

Respuesta: Por supuesto que no se justifica, eso sería un atropello a los derechos fundamentales, una regresión a la arbitrariedad que ya ha sido superada en la actualidad. Deben regularse las excepciones y la manera de ejecutarlo, pero no en todos los casos se debe arremeter contra derechos fundamentales.

Dr. Miguel Ángel Angulo Gaona - Máster en Derecho Penal

Respuesta: Está claro que en los momento actuales si esto ocurre se violarán los derechos fundamentales de las personas, ya esas arbitrariedades quedaron en el pasado, las leyes modernas se han ocupado de regular con sumo cuidado los casos en que se podría efectuar, pero los postulados del debido proceso no pueden ser violados tan flagrantemente solo por un interés público sin previa fundamentación y revisión de su verdadera pertinencia.

Wilmer Geovany Lema Quinatoa - Máster en Derecho Penal

Respuesta: Eso sería inadmisibles en un estado de derecho en la actualidad, el interés público debe subordinarse a los derechos fundamentales, y solo se podría vulnerar ese espacio si ponderando el perjuicio que se produciría con el delito investigado realmente tuviera la envergadura como para sacrificar un derecho individual, pero siempre esto debería efectuarse sujeto a reglas precisas.

Análisis e interpretación de la pregunta 1: Se subraya que en todos los casos la respuesta fue negativa, bajo el correcto argumento de que se violentarían con dicho actuar derechos fundamentales, y por tanto, tal como plantea la doctrina y las legislaciones nacionales, especialmente la ecuatoriana, esta intromisión en ámbitos inviolables de los ciudadanos deben estar sujetos a una claramente definida excepcionalidad y a modos muy estrictos de operar si así fuese imprescindible

Pregunta 2: ¿Cómo puede procurarse una salida lo más justa posible a la colisión que se produce entre el interés público y el derecho al secreto de las comunicaciones en la actualidad?

Mgs. Israel Emiliano Montenegro Bosquez - Litigante en Derecho Penal y Constitucional

Respuesta: Como explicaba, la solución más justa es que se regulen en qué casos concretos se podría intervenir las comunicaciones personales, qué procedimiento especial se efectuaría, qué autoridad lo mandaría a hacer, porque no pueden ser muchos los que tengan la facultad, en este caso debe ser un juez, así como otros detalles importantes para

que no se afecte el derecho vulnerado más de lo debido y para que no se afecten otros derechos con la intervención.

Dr. Miguel Ángel Angulo Gaona - Máster en Derecho Penal

Respuesta: Es preciso lograr un equilibrio, porque tampoco se puede propiciar la impunidad, hay casos en los que se justificaría intervenir las comunicaciones, pero la ley debe ser muy clara en cuáles son, qué figura del sistema judicial lo autoriza, cómo se efectúa, cómo se controla, entre otros aspectos relevantes para evitar que se extralimiten en las acciones investigativas y el resultado final sea el de vulneración de los derechos sin control ni justificación.

Wilmer Geovany Lema Quinatoa - Máster en Derecho Penal

Respuesta: Está claro que las posiciones extremas siempre traen dificultades en la práctica, por ello habría que recurrir a una vía intermedia, porque como decía anteriormente, puede que una actividad delictiva concreta afecte tanto a la sociedad que sea necesario sacrificar el derecho de uno o varios por el de la colectividad, y a veces esa prueba derivada de la intervención de las comunicaciones no solo contribuye a esclarecer el delito y no dejarlo impune sino también a neutralizar su perpetración y poder llegar a otras personas que también realizan la actividad y es preciso capturar y detener los efectos del delito, esto ocurre comúnmente en las actividades de la delincuencia organizada. De modo que la ley debe dejar muy bien fijados los casos en los que se podría intervenir comunicaciones personales, así como la autoridad que tiene la prerrogativa de ordenarla, en mi criterio un juez, así como quién la ejecutará, cómo se fiscalizará esa acción, cómo se manejará la información obtenida y cuáles son sus límites de actuación.

Análisis e Interpretación de la pregunta 2

Muy a tono con lo antes descrito correspondiente a la primera pregunta, los entrevistados argumentaron que la autorización judicial es clave, es la llave para poder entrar a ese ámbito cerrado de comunicaciones. Las causales por las cuales puede ejecutarse, las regulaciones de tiempo de duración, ejecutores, modos de realización, debido manejo de la información obtenida, incluyendo guardar el secreto, entre otros aspectos, fueron abordados por los entrevistados.

Pregunta 3: ¿Cuáles son las valoraciones sobre la regulación normativa que se estipula en el Ecuador respecto al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones frente a un hecho delictivo del cual resulte necesario acceder a determinados elementos probatorios a través de la interceptación de las comunicaciones?

Mgs. Israel Emiliano Montenegro Bosquez - Litigante en Derecho Penal y Constitucional

Respuesta: La regulación en el Ecuador es a mi parecer bastante garantista, no le hago reparos de importancia, aunque sí me preocupa que en el procedimiento abreviado no se

debata acerca de si la prueba obtenida por estos medios ha sido lícita, lo cual se pasa por alto. Además me preocupa que en algunos casos he observado que los policías plantean que han remitido la información obtenida directamente a la Fiscalía cuando se les requiere.

Dr. Miguel Ángel Angulo Gaona - Máster en Derecho Penal

Respuesta: En el Ecuador hay una regulación atinada de estos temas, en sentido general lo aprecio así. Lo que sucede es que por ejemplo, en el procedimiento abreviado, la regulación específica de este da la posibilidad de pasar por alto el debate acerca de la posible ilicitud de la prueba obtenida y por tanto cabría pensar que en algunos casos se tome una decisión judicial en base a esa prueba siendo ilegal, lo cual es preocupante. Habría que reformular la regulación normativa para tener en cuenta ese particular. En otro orden considero que no siempre se verifica que la línea telefónica que se intervino sea la del investigado, cosa que puede acarrear el acceso a comunicaciones de otras personas.

Wilmer Geovany Lema Quinatoa - Máster en Derecho Penal

Respuesta: La regulación de estas cuestiones en el Ecuador es en sentido general acertada, no hay señalamientos de peso que hacer en ese sentido. Sí es preocupante que en el procedimiento abreviado no se dé espacio para la práctica y el debate del material probatorio porque en caso de alguna intervención de comunicaciones quedaría en duda su legitimidad, y se afectaría el valor justicia. Otra cuestión que valdría la pena revisar en el futuro es algo que se observa con cierta frecuencia y es que la policía manifiesta entregar la información directamente a la fiscalía y eso debería tener algún tipo de control. Por otra parte, no siempre queda claro que se intervenga solo la comunicación del imputado, puede que si esto no se controla como es debido otras personas también sufran la intervención de sus comunicaciones personales sin justificación y esto es inadmisibles.

Análisis e Interpretación de la pregunta 3

En sentido general no hay reparos de relevancia en este aspecto, aunque sí se plantea la preocupación respecto a lo que ocurre en ese sentido en el procedimiento abreviado, cuestión que será abordada con mayor profundidad en el análisis de la quinta y última pregunta.

Pregunta 4: ¿Qué aspectos del tratamiento jurisprudencial a la interceptación y registro de comunicaciones personales deben perfeccionarse de cara a la detección y consecuente manejo de la prueba ilícitamente obtenida asociada a esta actividad atentatoria contra el derecho al secreto de las comunicaciones?

Mgs. Israel Emiliano Montenegro Bosquez - Litigante en Derecho Penal y Constitucional

Respuesta: Lo que aprecio es que resulta preocupante el tratamiento que se está otorgando a este asunto en los procedimientos abreviados, dicho sea de paso, la mayoría de estas cuestiones se tramitan por ese tipo de procedimiento, y el problema es que dadas sus características procesales se omite el debate sobre el material probatorio, y eso incluye la

licitud y legitimidad de la prueba que se ha obtenido durante la investigación. Si se trata de una interceptación de comunicaciones que se ha ejecutado de manera ilegal no afloraría en un procedimiento abreviado esta irregularidad con trascendencia a la decisión judicial que en su día se dicte.

Dr. Miguel Ángel Angulo Gaona - Máster en Derecho Penal

Respuesta: Además de que el procedimiento abreviado dadas sus características peculiares impide que se propicie un debate sobre la legitimidad y la licitud de las pruebas aportadas al proceso, también me preocupa que la policía intervenga sin un control y fiscalización suficientes en un tema tan delicado como las interceptaciones de la correspondencia.

Wilmer Geovany Lema Quinatoa - Máster en Derecho Penal

Respuesta: Es bastante preocupante el hecho de que el procedimiento abreviado no dé la oportunidad de debatir la prueba, al menos en base a su licitud, y que esto al pasarse por alto genere un tratamiento injusto al acusado, cuando en realidad de haberse debatido como corresponde pudiera haberse cuestionado su legitimidad, con los efectos que ello implica para la decisión del proceso.

Análisis e Interpretación de la pregunta 4

Especial hincapié se realizó con el tema del procedimiento abreviado, tal como se subrayó en el párrafo que antecede. En particular llaman la atención en el hecho de que por su experiencia la mayoría de los casos que presentan estas cuestiones probatorias se tramitan finalmente por este procedimiento, por lo que de continuar sin modificaciones que permitan debatir aspectos tan veleidosos como el tema de la legitimidad y licitud de la prueba obtenida mediante registro de comunicaciones, entonces estos temas puede continuar pasando inadvertidos, provocando violaciones al debido proceso.

A su vez, también resultó una inquietud de los entrevistados algo que ocurre con cierta frecuencia según su experiencia. En ocasiones los agentes policiales afirman que la información recabada la remiten de manera directa a la Fiscalía cuando son requeridos para ello por la autoridad que corresponda perteneciente a dicha institución. En estos casos se vislumbra que no se está cumpliendo con lo pautado legalmente para garantizar el respeto al derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia, máxime si esta práctica descrita, siempre de acuerdo a sus respuestas, ocurre diariamente, sin que sea sometida a algún tipo de control.

Por otra parte, plantean que este mencionado control que debe realizarse ante la solicitud y la ejecución de estas acciones también se resiente cuando no se verifica que la línea telefónica intervenida sea efectivamente la del investigado. Esto trae como riesgo que se permita la interceptación de otras líneas no indispensables para el proceso investigativo, y que en virtud de sus contenidos arrojan informaciones altamente sensibles sobre el sujeto objeto de intervención.

DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

Como se ha venido desarrollando a lo largo de este trabajo, y en base al objetivo general trazado en el que se formulaba la interrogante que versaba sobre los criterios que la grabación de comunicaciones personales podrían catalogarse como prueba ilícita y ser excluidas del proceso penal, en principio es dable afirmar que el tema del registro de las comunicaciones no es nada pacífico en la doctrina, tampoco en la legislación ni mucho menos en la práctica, tanto en cuanto a las acciones propias de las interceptaciones como en su manejo a nivel jurisprudencial. Los resultados de la investigación, además de esclarecer todos los puntos álgidos del tema y tomar postura sobre los mismos, han permitido profundizar en aspectos específicos del tema en el Ecuador, permitiendo con ello aportar nuevas visiones científicas sobre el tema para perfeccionar su tratamiento en el país.

Desde el punto de vista teórico se han sistematizado los principales elementos, así como el consenso en cuanto a los derechos que se ven involucrados en este asunto, cómo se vulnerarían, qué actos concretos decretarían su menoscabo, y cómo se debería proceder para evitarlo, siempre poniendo por encima el fin general por sobre el particular o privado, pero sin dejar de cumplir con los requerimientos establecidos para su manejo. En el orden normativo Ecuador posee un adecuado tratamiento de estas situaciones, a tono con el que se dispensa en otras naciones, como se pudo apreciar en el estudio de derecho comparado. Solo se señala la preocupación acerca de lo que podría ocurrir en los procedimientos abreviados con estas cuestiones, al correrse el riesgo de que no se analicen por la judicatura.

Precisamente en el contexto práctico de aplicación de este asunto, se evidencian ciertas insuficiencias o fisuras, entre las que se señala precisamente el tema del procedimiento abreviado, y sobre las cuales se requiere incidir para evitar que una mala praxis, en parte generada por dificultades estrictamente normativas, y otras por las del operador del Derecho, convierta la garantía de estos derechos en algo inoperante, con los consabidos perjuicios que ello entraña para las personas que sean objeto de interceptación de sus comunicaciones con fines investigativos.

CONCLUSIONES

Una vez efectuada la investigación cuyo objetivo planteaba la interrogante sobre los criterios que debían manejarse para catalogar como ilícita la grabación de comunicaciones personales y en consecuencia se extraigan del proceso, se concluye que los criterios deberían ser relativos a la ruptura del necesario punto de equilibrio y ponderación que se debe lograr entre las posturas contrapuestas que apuestan, la primera, por recabar pruebas sin miramiento alguno a las garantías, y la otra, que parte de la no violación de derechos fundamentales pero con excepciones, siempre buscando que no se produzca impunidad pero tampoco un atropello injustificado a los derechos.

En otro orden, ha quedado claro en la investigación que tanto en la doctrina como en muchos ordenamientos jurídicos prima consenso en que la decisión de interceptar comunicaciones sea tomada por un fiscal o juez que tenga la misión de vigilar por la legalidad y el respeto a las libertades individuales; a su vez, que solo se acepte para ciertas infracciones de especial gravedad; y que las grabaciones deben ser destruidas después de terminado el procedimiento. De incumplirse con estas condicionantes, así como con otras que varían de un sistema jurídico a otro, todo el material probatorio será anulable y se deberá excluir del proceso.

La regulación normativa de la grabación y registro de las comunicaciones en el Ecuador, tal como en los países que se analizaron en el estudio de derecho comparado, en cuanto a sus requisitos y formas de tratamiento, resulta adecuada, acorde a los postulados doctrinales. Solo se debe señalar en el contexto normativo del Ecuador que en cuanto al procedimiento abreviado se observan determinadas fisuras en su regulación que ponen en riesgo el debido control de la correcta conducción de las interceptaciones de comunicaciones en el proceso investigativo, por lo cual pudiera darse el caso de que existan visos de ilegalidad y no se ventilen en ese tipo de procedimiento, con lo que se convalidaría la acción.

El análisis de las sentencias realizado arroja que no siempre se autorizan por un juez de garantías la interceptación de las comunicaciones y el registro de los datos informáticos relativos a las llamadas telefónicas; en algunos casos el juez de garantías penales no realiza la evaluación del contenido de las comunicaciones interceptadas ni realiza su debido control, en ese sentido no se controla en específico el tiempo durante el cual se ejecutan las interceptaciones; y se evidencia en los casos cuya tramitación discurre a través de un procedimiento abreviado que no se realizan alegaciones ni se lleva al plenario el tema de la validez y legitimidad de las diligencias investigativas relacionadas con interceptación de comunicaciones, con lo cual los acusados no solo renuncian al derecho constitucional a su defensa, sino que también se autoincriminaron aceptando la arbitrariedad o ilegalidad en que pudiera haberse incurrido por los actuantes en el proceso de recolección de evidencias inculpatorias.

Estas cuestiones también fueron corroboradas en las entrevistas efectuadas, sobre todo las relativas a las irregularidades en el procedimiento abreviado. A ello se añade la afirmación de que con bastante frecuencia los agentes policiales remiten la información recabada directo a la Fiscalía. Por otro lado, adicionan que no se verifica que la línea telefónica intervenida sea la del investigado, con lo que se arriesga a que se permita la interceptación de otras líneas no imprescindibles para el proceso investigativo, y que en virtud de sus contenidos revelan informaciones muy sensibles sobre el sujeto cuyas comunicaciones se han intervenido. Estas son insuficiencias de orden práctico en su mayoría, salvo el asunto del procedimiento abreviado, que es más bien normativo. La propuesta concreta y a la vez el aporte que realiza esta investigación en orden procesal es que el legislador ecuatoriano debe enmendar dichas falencias cuanto antes para armonizar este procedimiento no solo con la interceptación de comunicaciones sino con otro tipo de pruebas específicas de otros ámbitos procesales. En sentido general se deberá velar por que los aplicadores de las normas procesales cumplan cada vez más con la letra de la ley y contribuyan a materializar el respeto a los derechos de las personas en un país democrático y un Estado de derecho como el ecuatoriano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso, J. (2018). *Curso de Metodología de la Investigación*. La Habana: Ciencias Sociales.
- Angulo Gaona, M. Á. (23 de Agosto de 2022). Máster en Derecho Penal. (H. J. Terán, Entrevistador)
- Arispe et al, C. M. (2020). *La investigación científica. Una aproximación para los estudios de posgrado*. Guayaquil: Universidad Internacional del Ecuador.

- Armenta, T. (2021). *Lecciones de Derecho Procesal Penal* (2da ed.). Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Asamblea Nacional. (2021). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial No 180 de 10 de febrero de 2014.
- Binder, A. (2019). *Introducción al Derecho Procesal Penal. , Argentina: (3ra ed.)*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.
- Bravo, T. L. (2018). La legalidad de los actos relativos a los métodos especiales de investigación criminal. *Criterio Jurídico*, 7-31.
- Cabezudo, M. (2020). 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>
- Carnelutti, F. (2019). *Cuestiones sobre el proceso penal* (10ma ed.). Bologna: Dott. Cesare Zuffi.
- Casal, J. (2020). *Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*. Bogotá D.C.: Temis.
- Casanova, R. (2020). *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal* (2da ed.). Barcelona: Bosch.
- Chiesa, E. (2020). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. (3ra ed.). Bogotá: Forum.
- Chiesa, E. (2020). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tercera edición* (2da ed.). Bogotá: Forum.
- Código Orgánico Integral Penal. (10 de febrero de 2014). (180). Quito: Registro Oficial Órgano de Gobierno del Ecuador.
- Congreso Constituyente. (1993). *Constitución Política del Perú*. Lima: Diario Oficial el Peruano.
- Congreso General Constituyente. (1994). *Constitución de la Nación Argentina. 2da Ed.* Buenos Aires: Elegis.
- Constitución de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). (449). Quito: Registro Oficial Asamblea Nacional del Ecuador.
- De la Cruz, R. (2021). El proceso penal y la delincuencia organizada: un estudio comparado. En AA.VV., *El Derecho Penal de los inicios del siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional* (2da Ed.). La Habana: UNIJURIS.
- De la Puente, J. F. (2020). *La interceptación y difusión de las comunicaciones privadas y las libertades comunicativas en el proceso de judicialización peruano. Ponderación,*

- límites e interés público. Tesis para optar el Grado de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales.* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Fierro, H. (2018). *La prueba ilícita e ilegal. Segunda edición*. Bogotá: Leyer.
- Hernández-Sampieri, R., & Mendoza, P. (2018). *Metodología de la Investigación*. México: Mc GrawHill.
- Jauchen, E. (2019). *Tratado de la prueba en materia penal. Segunda edición*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni.
- Lema Quinatoa, W. G. (24 de Agosto de 2022). Máster en Derecho Penal. (H. J. Terán, Entrevistador)
- López, E. (2018). *La Valoración De La Prueba Ilegalmente Obtenida En El Proceso Penal Ecuatoriano. Tesis para la obtención del título de Magister en Derecho Penal con mención en Derecho Procesal Penal*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Lorenzo, L. (2021). *Manual de Litigación. Segunda edición (2da ed.)*. Buenos Aires: Didot.
- Maldonado, I. (2019). *Las interceptaciones de comunicaciones como medio de prueba dentro del proceso penal y la violación al derecho constitucional de intimidad. Tesis para la obtención del grado académico de Magister en Derecho Penal y Criminología*. Ambato: Universidad de los Andes/Universidad Católica de Cuenca.
- Martínez, V. (2021). *Derecho Procesal Penal (2da ed.)*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Montenegro Bosquez, I. E. (22 de Agosto de 2022). Litigante en Derecho Penal y Constitucional. (H. J. Terán, Entrevistador)
- Ortega y Gasset, J. (2018). *El Espectador (10ma ed.)*. Madrid: Espasa Callpe.
- Parra, M. (2018). *Manual de Derecho Probatorio. Segunda edición*. Bogotá D.C: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Pellegrini, A. (2018). Pruebas ilícitas en ciencias penales. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*(10), 1-132.
- Ramos, C. (2020). Loa alcances de una investigación. *CienciAmérica*, 9(3).
- Real Academia de la Lengua Española. (2020). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Calpe.
- Rosas, J. A. (2018). Análisis de la validez y eficacia probatoria de las grabaciones obtenidas a través de trampas de escuchas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 42(124), 25-41.
- Rosas, J. A. (2018). Análisis de la validez y eficacia probatoria de las grabaciones obtenidas a través de trampas de escuchas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 42(124), 25-41.

- Vela, N. (2020). La prueba ilícita en el proceso penal ecuatoriano: Bases doctrinales y jurídicas. *Journal of Business and entrepreneurial studies*, 295-307.
- Villabella, C. M. (2018). *Metodología de la Investigación Socio-jurídica* (2da ed.). Camagüey: Félix Varela.
- Walther, G. (2019). *La libre apreciación de la prueba. Tercera edición* (2da ed.). Bogotá: Jurídica.
- Westin, A. F. (2020). *Privacy and Freedom* (12ma ed.). Nueva York: Atheneum.
- Zambrano, A. (2020). *Proceso penal y garantías constitucionales* (2da ed.). Guayaquil: Corporación de Estudios y Publicaciones.