

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES CARRERA DE JURISPRUDENCIA

GRABACIONES OBTENIDAS POR AUTORIDADES POLICIALES SIN EL CONSENTIMIENTO DEL SOSPECHOSO Y SU EXCLUSIÓN MEDIANTE EL RECURSO DE NULIDAD

CABEZAS TINOCO YULIANA DEL ROCIO ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

> MACHALA 2018



UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES CARRERA DE JURISPRUDENCIA

GRABACIONES OBTENIDAS POR AUTORIDADES POLICIALES SIN EL CONSENTIMIENTO DEL SOSPECHOSO Y SU EXCLUSIÓN MEDIANTE EL RECURSO DE NULIDAD

CABEZAS TINOCO YULIANA DEL ROCIO ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

MACHALA 2018



UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

EXAMEN COMPLEXIVO

GRABACIONES OBTENIDAS POR AUTORIDADES POLICIALES SIN EL CONSENTIMIENTO DEL SOSPECHOSO Y SU EXCLUSIÓN MEDIANTE EL RECURSO DE NULIDAD

CABEZAS TINOCO YULIANA DEL ROCIO ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

VILELA PINCAY WILSON EXSON

MACHALA, 12 DE JULIO DE 2018

MACHALA 12 de julio de 2018

Nota de aceptación:

Quienes suscriben, en nuestra condición de evaluadores del trabajo de titulación denominado GRABACIONES OBTENIDAS POR AUTORIDADES POLICIALES SIN EL CONSENTIMIENTO DEL SOSPECHOSO Y SU EXCLUSIÓN MEDIANTE EL RECURSO DE NULIDAD, hacemos constar que luego de haber revisado el manuscrito del precitado trabajo, consideramos que reúne las condiciones académicas para continuar con la fase de evaluación correspondiente.

VILELA PINCAY WILSON EXSON 0701979692

TUTOR - ESPECIALISTA 1

CAMPOVERDE NIVICELA LUIS JOHAO 0704583111 ESPECIALISTA 2

RAMON MERCHAN MONICA ELOIZA 0702210469 ESPECIALISTA 3

Fecha de impresión: lunes 16 de julio de 2018 - 07:08

Dir. Av. Panamericana km. S 1/2 Via Machala Pasaje Telj: 2983362 - 2983365 - 2983363 - 2983364



Urkund Analysis Result

Analysed Document: CABEZAS TINOCO YULIANA DEL ROCIO_PT-010518.docx

(D40299261)

Submitted: 6/21/2018 5:25:00 PM

Submitted By: ycabezas_est@utmachala.edu.ec

Significance: 2 %

Sources included in the report:

TESIS_INDOAMERICA_indice.pdf (D15260016) http://www.redalyc.org/pdf/325/32545857004.pdf http://litigacionoral.com/wp-content/uploads/2017/03/Modulo-de-Pruebas.pdf

Instances where selected sources appear:

3

CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO DIGITAL INSTITUCIONAL

La que suscribe, CABEZAS TINOCO YULIANA DEL ROCIO, en calidad de autora del siguiente trabajo escrito titulado GRABACIONES OBTENIDAS POR AUTORIDADES POLICIALES SIN EL CONSENTIMIENTO DEL SOSPECHOSO Y SU EXCLUSIÓN MEDIANTE EL RECURSO DE NULIDAD, otorga a la Universidad Técnica de Machala, de forma gratuita y no exclusiva, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra, que constituye un trabajo de autoría propia, sobre la cual tiene potestad para otorgar los derechos contenidos en esta licencia.

La autora declara que el contenido que se publicará es de carácter académico y se enmarca en las dispociones definidas por la Universidad Técnica de Machala.

Se autoriza a transformar la obra, únicamente cuando sea necesario, y a realizar las adaptaciones pertinentes para permitir su preservación, distribución y publicación en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad Técnica de Machala.

La autora como garante de la autoría de la obra y en relación a la misma, declara que la universidad se encuentra libre de todo tipo de responsabilidad sobre el contenido de la obra y que asume la responsabilidad frente a cualquier reclamo o demanda por parte de terceros de manera exclusiva.

Aceptando esta licencia, se cede a la Universidad Técnica de Machala el derecho exclusivo de archivar, reproducir, convertir, comunicar y/o distribuir la obra mundialmente en formato electrónico y digital a través de su Repositorio Digital Institucional, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico.

Machala, 12 de julio de 2018

CABEZASTINOCO YULIANA DEL ROCIO

0704009380

RESUMEN

GRABACIONES OBTENIDAS POR AUTORIDADES POLICIALES SIN EL CONSENTIMIENTO DEL SOSPECHOSO Y SU EXCLUSIÓN MEDIANTE EL RECURSO DE NULIDAD.

AUTOR: Yuliana del Rocío Tinoco Cabezas TUTOR: Dr. Wilson Exson Vilela Pincay

En todo proceso penal se deben observar las garantías básicas al debido proceso, no observarlas equivale a que todo lo actuado y las consecuencias de ese actuar sean nulas. Una de las garantías de ese debido proceso garantizado en el art. 76 en la Constitución de la República del Ecuador consiste en la legalidad en la obtención y práctica de la prueba, así lo establece el numeral 4 del citado artículo. El presente caso de estudio tiene como finalidad analizar si la obtención de una evidencia probatoria por parte de la policía, concretamente una grabación entre dos co procesados, sin el consentimiento de ellos y con engaño, debe o no ser excluida y si su no exclusión afecta al debido proceso penal y a los derechos de los procesados en el caso particular en estudio. Con ayuda del método analítico y sistemático, y luego de analizar los hechos y las circunstancias concretas del caso, la normativa legal y constitucional, la doctrina especializada y la jurisprudencia, se pudo concluir que en el presente caso hipotético, se vulnera el debido proceso por la obtención ilegal de una evidencia probatoria como es la grabación.

Palabras claves:

Evidencia, grabaciones, legalidad, prueba, debido proceso.

ABSTRACT

RECORDINGS OBTAINED BY POLICE AUTHORITIES WITHOUT THE CONSENT OF SUSPICION AND ITS EXCLUSION THROUGH THE APPEAL OF NULLITY.

AUTOR: Yuliana del Rocío Tinoco Cabezas TUTOR: Dr. Wilson Exson Vilela Pincay

In all criminal proceedings, the basic guarantees of due process must be observed, not observing them means that everything that has been done and the consequences of that action are null and void. One of the guarantees of that due process guaranteed in art. 76 in the Constitution of the Republic of Ecuador consists of the legality in the obtaining and practice of the test, as established in numeral 4 of the aforementioned article. The purpose of this case study is to analyze whether the obtaining of probative evidence by the police, specifically a recording between two co-defendants, without their consent and with deception, must be excluded or not and if their exclusion does not affect to the due criminal process and to the rights of the defendants in the particular case under study. With the help of the analytical and systematic method, and after analyzing the facts and the concrete circumstances of the case, the legal and constitutional regulations, the specialized doctrine and the jurisprudence, it could be concluded that in the present hypothetical case, due process was violated. The illegal obtaining of probative evidence such as the recording.

Keywords:

Evidence, recordings, legality, evidence, due process.

ÍNDICE

RESUMEN	II
ABSTRACT	III
INTRODUCCIÓN	IV
DESARROLLO	V
Definiciones.	6
Las grabaciones en el Código Orgánico Integral Penal.	6
 a) La grabación como acción de una conducta penalmente relevante en el tipo pen art. 178 del COIP. 	al del 6
 b) La grabación como técnica y actuación especial de investigación regulada dent la prueba. 	tro de 6
Las grabaciones como categorización de prueba documental o pericial.	7
Las grabaciones como actuaciones especiales de investigación en el COIP.	7
Consecuencias de la obtención de información ilegal en vulneración del art. 470.	8
Las grabaciones obtenidas sin autorización judicial.	8
Grabaciones divulgadas por la persona particular que interviene en ella.	11
El proceso de reconocimiento de las grabaciones.	13
Procedencia del recurso de nulidad frente a las evidencias ilícitas.	13
Derecho a la defensa.	14
CONCLUSIONES	15
BIBLIOGRAFÍA	16

INTRODUCCIÓN

En presente trabajo corresponde a la dimensión práctica de la modalidad de titulación examen complexivo, previo a la obtención del título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República por la Universidad Técnica de Machala. Consiste en el análisis dogmático y jurídico de las grabaciones no autorizadas de las conversaciones entre personas investigadas dentro de una prisión pública y que han sido obtenidas con engaño, para dar solución a un problema planteado a través del reactivo asignado para el presente trabajo que consiste en resolver el siguiente caso: "Rocco y una mujer fueron aprehendidos y acusados de una serie de robos a mano armada. Cada sospechoso recibió las advertencias de sus derechos y diferentes equipos de interrogación cuestionaron a cada sospechoso por separado. Al ser interrogado, Rocco le dijo a la policía: Yo no voy a hablar hasta que no vea a un abogado. Un oficial respondió: Es posible que desee reconsiderar, porque su pareja ya ha confesado, y ella lo está implicando en los crímenes. Entonces el hombre le dijo a la policía que quería hablar con la mujer en privado. La policía escoltó a Rocco a la celda de la mujer, lo encerraron con ella y se fueron. Sin el consentimiento de cualquiera de ellos, la policía había colocado un micrófono en el celular de la mujer y grabó tanto al hombre como a la mujer que hicieron declaraciones auto incriminatorias durante su reunión. Rocco no hizo más declaraciones a la policía tras el asesoramiento de un abogado q quien llamó inmediatamente después de su conversación con la mujer. Rocco fue llevado a juicio y la fiscalía trató de introducir como evidencia la grabación de la conversación intervenida entre el Rocco y la mujer. La defensa presentó una petición para anular la evidencia.

Frente al caso planteado, los objetivos de la presente investigación consisten en resolver respecto, 1) determinar si procede o no procede la petición para anular la evidencia grabación obtenida en esos términos; y, 2) establecer si hubo ilicitud lo que hizo la fiscalía al tratar de introducir como evidencia la grabación de la conversación intervenida entre Rocco y la mujer. Para lograr los objetivos propuestos se realizó un estudio y análisis sistemático de la normativa internacional y nacional referente a las grabaciones sin autorización y prueba ilícita, con apoyo de la doctrina y la jurisprudencia.

El presente trabajo es importante ya que permite encontrar posibles vías de solución para proceder en casos similares y también para que posteriores líneas de investigación profundicen la problemática en aras a que en conjunto, se prevea la posibilidad de regular otras cuestiones puntuales respecto de las grabaciones, con la finalidad de evitar posibles afectaciones al derecho a la intimidad y por ende afectaciones al debido proceso.

La Constitución de la República proclama la intimidad como un derecho, la misma que es objeto de protección en el COIP cuando el art. 178 tipifica su violación. Esa intimidad que protege la expectativa de privacidad es también regulada procesalmente para efectos de validez probatoria y evitar menoscabos a ese derecho, en el Libro II del COIP, en los arts. 470 y 471 entre otros, pero también es regulada en otros cuerpos normativos y respecto de otros ámbitos (Figueroa G, 2013). El presente trabajo centra su atención en las grabaciones entre particulares, hechas con engaño en lugares públicos, incorporadas por autoridades policiales, con la finalidad de determinar si el proceder de fiscalía al pretender incorporar

esa evidencia es incorrecto y por ende, una Corte de apelaciones debería declarar la nulidad de esa evidencia.

El debido proceso como garantía constitucional se ejercita en la medida que se respeten al menos sus garantías básicas señaladas en el art. 76 de la Constitución del Ecuador, entre ellas la indicada en el numeral 4 que determina la invalidez probatoria de aquellas pruebas que se obtienen o son actuadas con violación a la norma suprema. Esta norma permite confrontar constitucional, excluye toda pretensión que aspire argumentar razones de la utilidad probatoria (Correa, 2016) para resolver algún caso judicial, cuando violente su actuación.

El presente ensayo aborda temas como las grabaciones, actuaciones y técnicas de investigación, grabaciones sin autorización judicial, grabaciones entre particulares, grabaciones en lugares públicos, a través de medios de comunicación social, la nulidad, el derecho a la defensa, entre otros, los que luego del análisis legal y doctrinal, permitirán solucionar el caso concreto materia de este trabajo.

DESARROLLO

Definiciones.

En términos generales se define a la grabación como la acción y efecto de grabar sonidos (Diccionario RAE, s.f.), mientras que al verbo grabar lo considera como aquella acción de "captar y almacenar imágenes o sonidos por medio de un disco, una cinta magnética u otro procedimiento, de manera que se puedan reproducir["] (Diccionario RAE), esa acción de "grabar" interesa al Derecho penal en dos horizontes diferentes: a) en cuanto a la configuración de un delito descrito en el tipo del art. 178 del COIP; y b) como medio de prueba documental. En un intento por definir grabaciones ilegales, se ha de indicar que ellas "son las captaciones de sonidos a través de cualquier artefacto, que son realizadas en violación a la Constitución y las leyes vigentes en un Estado determinado".

Las grabaciones en el Código Orgánico Integral Penal.

Advertida la diferencia en al apartado anterior, corresponde analizar cada una de ellas para efectos de ir contextualizando y a la vez, perfilando la solución al problema que ocupa el presente trabajo.

a) La grabación como acción de una conducta penalmente relevante en el tipo penal del art. 178 del COIP.

Esta consideración penal de grabación, no interesa para los efectos inmediatos del tema en estudio, sin embargo, puede interesar a efectos mediatos en el supuesto de que, la actuación de la policía a la hora de las grabaciones en cuestión, sea declarada ilegítima, en cuyo caso, podría caber la posibilidad de una comisión delictual conforme al tipo que sanciona la violación de la intimidad del citado art. 178 del COIP.

La grabación como técnica y actuación especial de investigación regulada dentro de la prueba.

Esta consideración es la que interesa de forma inmediata a los fines de estudio en aras a dar solución al presente caso. Entendida la grabación como una actuación de investigación, corresponde analizar su licitud o ilicitud conforme a las reglas de la prueba. Sin embargo, esa ilicitud de las grabaciones, podría derivar, como se indicó *supra*, en un posible abuso policial y en una comisión delictual, la cual habrá de probarse en un proceso penal independiente con prueba también independiente de aquellas grabaciones que se llegaren a anular por ser ilegales (Méndez Rivas, 2013).

Una vez establecida la necesaria diferencia entre la grabación como elemento del tipo penal y la grabación como prueba, corresponde categorizarla dentro de los medios probatorios

establecidos en el COIP, para clarificar por una parte, a cuál de ellos pertenece, y por otra, a la forma como se la puede introducir legítimamente.

Las grabaciones como categorización de prueba documental o pericial.

Para abordar esta problemática, de forma preliminar es necesario establecer la diferencia que existe entre la prueba y el medio probatorio. Según el COIP en el art. 498 los medios probatorios son: el documento, el testimonio y la pericia. Mientras que la prueba puede ser entendida como "la evidencia sometida a la publicidad y contradicción en el debate oral" (USAID, 2005) agregaremos, "y practicada en el juicio penal", lo cual implica que toda la evidencia conforme al principio de libertad probatoria reglado en el art. 454 del COIP, tiene la calidad de prueba siempre que no sea contrario a las leyes, a la Constitución y a los instrumentos internacionales adoptados por el Ecuador.

Por su parte medio probatorio es el mecanismo (documento, testimonio o pericia) a través del cual, la evidencia que sometida a la publicidad, oralidad, inmediatez y contradicción en la audiencia de juicio oral, se convierte en prueba. Con lo que queda claramente establecida la diferenciación de los términos en cuestión.

Corresponde ahora, dar respuesta a la interrogante planteada, ante lo cual se ha de advertir, que no existe unanimidad respecto de categorizar a las grabaciones: o como prueba documental o como prueba pericial. Así, por una parte y para efectos de establecer una diferencia, habrá que definir lo que ha de entenderse por documento y por pericia. A los primeros, se los puede considerar como toda "...clase de escrito, sea carta, diploma u otros que den cuenta de un hecho; por lo que engloba diarios de vida, grabaciones y otros análogos..." (Nuñez Ojeda & Correa Zacarías, 2017); y, a los segundos como "la opinión emitida en un proceso, por una persona que posee conocimientos especiales de alguna ciencia o arte, acerca de un hecho sustancial, pertinente y controvertido o alguna circunstancia necesaria para la adecuada resolución del asunto". (Maturana, 2013).

Lo arriba indicado, evidencia la diferencia entre pericia y documento, a pesar de que en la primera el autor citado, considere que el documento engloba entre otras cosas grabaciones, la segunda definición nos permite precisar la diferencia, cuando se la define como una opinión cualificada respecto del hecho que puede ser la grabación.

De lo analizado, se concluye que la grabación puede ser documental cuando ha sido transcrita por un perito, es decir, cuando se ha practicado una pericia, pero no puede ser considerada como prueba documental por sí sola, ya que se requiere que además de lo que describe el documento, el perito que la practicó concurra a la audiencia de juicio y de forma oral establezca su opinión. Por lo que, la grabación más tiene rango de pericia que de documento, ya que además el artículo 615.4 del COIP establece claramente que en el juicio, los documentos no constituyen prueba sino simplemente mecanismos para resaltar contradicciones o para refrescar memoria.

Las grabaciones como actuaciones especiales de investigación en el COIP.

Corresponde ahora abordar a las grabaciones como evidencia probatoria y por ende, analizar también su ilicitud para poder arribar a las conclusiones del caso que nos ocupa. En ese sentido, se ha de advertir que dado las circunstancias del caso en estudio, no se discutirá su categoría o no de prueba sino su licitud o ilicitud como evidencia, tomando en

consideración que lo que se está solicitado es la anulación de la grabación como evidencia ilegalmente practicada por la policía entre la conversación de los co-procesados detenidos en calidades de sospechosos principales.

Para los efectos indicados, habrá de partir de la regulación normativa que contempla el COIP, que en el art. 470 contiene una advertencia general, cuando prohíbe las grabaciones o registros de las comunicaciones personales de terceros sin sus consentimientos o autorizaciones. Esto en precautela del bien jurídico intimidad garantizado en la Constitución que en su art. 66 numeral 20, que la regula como uno de los derechos de libertad.

Sin embargo, el citado art. 470 advierte también excepciones legales a esa prohibición general, las que deben concurrir de forma expresa para la validez de una agravación sin el consentimiento o la autorización de las personas a quienes se les graba o registra. Entre esas excepciones, están por ejemplo, las contempladas en el art. 471 que las abordaremos más adelante.

Consecuencias de la obtención de información ilegal en vulneración del art. 470.

Las consecuencias advertidas de la vulneración a las reglas del citado art. 470 del COIP son de carácter esencial y formal:

- a) Esencial: porque su inobservancia acarrea la invalidez jurídica o probatoria y por ende afecta la prueba.
- b) Formal: porque el perjudicado tiene derecho a que se le repare integralmente el daño causado o producido por la inobservancia de la prohibición.

De lo analizado, se puede concluir que por mandato legal, las comunicaciones personales no deben ser grabadas ni registradas sin que los que intervienen en ellas las autoricen so pena de que ellas carezcan de valor jurídico y probatorio. Sin embargo, y dado las circunstancias particulares del caso en estudio, cabe cuestionarse si ¿las grabaciones entre particulares que ostentan la calidad de sospechosos y al amparo de la sujeción a un investigación policial y procesal, son válidas y por ende pueden ser usada como prueba en contra de quienes intervienen en ellas?

Para resolver la interrogante planteada, primero hay que abordar y analizar aquellas grabaciones que vía excepción por mandato expreso de la ley, no requieren autorización judicial.

Las grabaciones obtenidas sin autorización judicial.

El art. 471 del COIP., al establecer una regla para los registros relacionados con hechos constitutivos de la infracción que no requieran autorización de un juez o tribunal penal, menciona a las grabaciones que tengan relación con un hecho delictivo, a las que les otorga validez por su carácter de espontaneidad en cuanto al hecho mismo de la grabación al momento del cometimiento de un delito. El citado artículo establece una serie de medios a través de los cuales se pueden realizar esas grabaciones entre las que se indican:

"...los medios de comunicación social, por cámaras de vigilancia o seguridad, por cualquier medio tecnológico, por particulares en lugares públicos y de libre circulación o en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o

video obtenidas por uno de los intervinientes, en cuyo caso se requerirá la preservación de la integralidad del registro de datos para que la grabación tenga valor probatorio..." (Lexis Finder, 2017)

Respecto a las grabaciones, la citada norma establece el procedimiento de incorporación al proceso mediante la fiscalía y en soporte original, facultando al funcionario del Ministerio Público, de considerarlo necesario, se transcriba lo pertinente o bien sea reproducido por los medios tecnológicos adecuados en la audiencia del juicio.

Corresponde analizar ahora cada una de las circunstancias o requisitos de procedibilidad que regula la citada norma. Advertimos que esos requisitos o circunstancias concurrentes no son aisladas sino que deben considerase en conjunto con la regulación total que describe ese artículo, sin embargo para efectos descriptivos y académico se los enlistará de forma independiente; en ese sentido tenemos:

a) Las grabaciones realizadas a través de un medio de comunicación social, cámara de vigilancia o seguridad, o a través de cualquier otro medio tecnológico.

Al referirse a medio de comunicación, éste puede ser prensa escrita, radiodifusión o televisiva, basta que sea por cualquiera de estos medios para que las grabaciones puedan ser solicitadas por un fiscal sin autorización judicial;

- b) Por cámaras de vigilancia o seguridad, normalmente estas cámaras aunque estén ubicadas en casas o edificios de personas particulares o de negocios, sus grabaciones pueden ser solicitadas por la fiscalía sin necesidad de autorización judicial.
- c) Cualquier otro medio tecnológico. No queda tan claro cuando la norma se refiere a cualquier medio tecnológico, en este caso se considera que no está muy claro lo que quiso decir el legislador penal, y ello bien puede rayar en la ilegalidad, cuando se pretenda revestir de legalidad a "cualquier otro medio tecnológico" fraudulento, como por ejemplo, cuando se emplee un drone para, desde la parte alta de un lugar público, grabar el patio de una propiedad privada argumentándose que es un artefacto tecnológico que sobrevuela por el espacio público.
- d) Las grabaciones realizadas por particulares. Es decir cualquier persona puede grabar a terceras personas sobre la comisión de un delito o sus hechos constitutivos sin que para ello se requiera autorización judicial, y por ende esa grabación o filmación en principio, reviste valor probatorio.

Las grabaciones realizadas por los medios y personas indicadas, son cuatro de las excepciones que el art. 471 permite, sin la exigencia de que debe existir autorización judicial previa. Sin embargo, la citada norma es clara, en los presupuestos específicos que deben concurrir cuando las grabaciones sean realizadas a través de esos medios, y para los cuales exige además:

i. Espontaneidad. Que las grabaciones realizadas por los medios y las personas indicadas en el art. 171, sean realizadas de forma espontánea, es decir sin previa preparación, en el momento mismo que se perpetre una infracción penal. Por ejemplo, un ciudadano particular que transita por un parque y observa que en ese instante, una persona a la fuerza,

despoja las pertenencias a otra persona, ante lo cual opta por grabar esa escena en su teléfono celular. En este caso, al existir el presupuesto de espontaneidad, esa grabación será válida y admitida como prueba siempre que se cumpla con otros presupuestos que veremos más adelante.

Pero ¿qué sucede con aquellas grabaciones hechas por particulares que se da en lugares privados, es decir fuera de los que se considera lugares públicos o de libre circulación? Si esas grabaciones fueron hechas con el conocimiento y autorización de las personas grabadas, no habría inconveniente alguno, ya que la regla del 470 prohíbe esas grabaciones únicamente cuando no exista el conocimiento y autorización de terceros. Pero, cuando por ejemplo, una persona es invitada por otra a una cenar en casa de aquélla y la persona invitada graba una conversación que involucra tanto al quien le invitó y a una tercera persona, sin que éstos tengan conocimiento de las grabaciones ni la autoricen, en este caso conforme a la regla del 471, bien podría verse afectada esa videncia por la ausencia de otro requisito concurrente:

- ii. Lugares públicos y de libre circulación. Para que las grabaciones hechas ya sea a través de los medios o por los particulares tengan valides, además de ser espontáneas, deben ser hechas en lugares públicos y de libre circulación. A contrario sensu, de no ser así y como en el caso del segundo ejemplo anterior, esas grabaciones no tendrían valor algunos para efectos probatorios. Por lugar público ha de entenderse todo aquello que no sea de propiedad exclusiva de particulares. Empero, además de que se exige que la grabación sea en lugares públicos, debe tratarse de un lugar público considerado de "libre circulación", es decir de aquellos lugares públicos donde las personas pueden transitar libremente como por ejemplo, una vía, un parque, un centro comercial, etc., sin embargo habrá que advertir, que no todo lugar público puede ser de libre circulación, como ocurre por ejemplo, con las bases aéreas y otras instituciones públicas que cuentan con espacios, que por ciertas cuestiones de seguridad o de logística, no son de libre acceso o circulación al público.
- iii. Entrega urgente de las grabaciones al fiscal y soporte original. Este requisito es post grabación y contiene dos elementos a considerarse: a) la urgencia, es decir que, conforme al art. 471, una vez hecha las grabaciones, debe entregárselas o al menos comunicarse de su existencia al fiscal, claro que lo de inmediato debe partir desde que se tenga conocimiento de la existencia del presunto hecho delictivo, ya que quizás puede que no se sepa de su existencia hasta que se revisen semanalmente por ejemplo, los videos de una cámara instalada en un lugar público de libre concurrencia; y, b) el soporte original, es decir el dispositivo de almacenamiento original en el que se encuentra contenida la grabación en la cual se ha observado de manera espontánea y en un

lugar público de libre concurrencia, la comisión de un delito o los hechos constitutivos del mismo. Cuando la norma se refiere a original, se busca precautelar la originalidad o autenticidad de las grabaciones.

iv. Introducción al expediente procesal y finalidad probatoria. Como se trata de grabaciones de posibles hechos constitutivos de un delito, una vez que hayan sido puestas a conocimiento y consideración del fiscal en la forma indicada en el apartado anterior, el fiscal procederá a incorporarlas en el expediente de las investigaciones procesales, pudiendo este funcionario optar por dos mecanismos según la naturaleza de ellas: a) disponer mediante perito, la transcripción de la parte pertinente (esto en razón del principio de pertinencia de la prueba) que será conservada hasta el juicio; y b) sin necesidad de transcribir, la reproducción de las grabaciones directamente en la audiencia del juicio.

La citada norma permite al fiscal optar por dos estrategias bien definidas, por una lado hacer un peritaje de escucha y transcripción previa y plasmarla en escrito para que los demás sujetos procesales puedan acceder a ellas de forma directa; o, también puede no trascribirlas y mantener ese soporte original, hasta el día de la audiencia de juzgamiento en donde con la presencia del perito en ese instante se procederá a reproducir para la escucha de las partes y el juzgador.

Finalmente, aunque la misma norma del art. 470 señale una posibilidad diferente a las hasta ahora señaladas, se ha de analizar en un apartado separado una posibilidad distinta de las otras, de valides de las grabaciones sin necesidad de autorización judicial como aquellas grabaciones que son divulgadas por cualesquiera de los intervinientes en ellas.

Grabaciones divulgadas por la persona particular que interviene en ella.

La intención del legislador es la de darle validez a aquellas grabaciones que sin que exista autorización judicial previa y pese a que no se las realicen ni en lugar público de libre circulación, basta con que su divulgación haya sido hecha por la persona particular que interviene en ella, conforme al citado art. 471 COIP. Entonces, ante esa permisión legal, corresponde contextualizarla en el caso que ocupa este trabajo, en tal sentido hay que analizar las circunstancias concretas, a la luz de las siguientes consideraciones:

 a) Los intervinientes. Al respecto, hay que diferenciar tres sujetos que podrían intervenir en las grabaciones: 1) la persona que graba pero que no interviene en las grabaciones, 2) la persona que interviene en la grabación pero no sabe que está siendo grabada; y c) la persona que está grabando sin hacer conocer a la otra que está siendo grabada.

Respecto de la distinción hecha en el párrafo anterior, la excepción de validez de las grabaciones sin autorización judicial abarca a las personas señaladas en los numerales 2 y 3 siempre que sea divulgada por cualesquiera de ellas, para la señalada en el numeral uno no corre esta excepción y si de hecho se presenta el caso, deberá ser excluida esa grabación como prueba.

- b) Integridad del registro. Identificada la persona interviniente que divulga las grabaciones, corresponde determinar el tratamiento de la evidencia grabaciones. En ese sentido, la norma establece la obligatoriedad de las actuaciones de fiscalía para conservar la integridad del registro de datos, es decir ya no bastará con transcribir únicamente la parte pertinente en donde se verifique algún elemento constitutivo de la infracción o la infracción misma, sino que además, para que tenga valor probatorio una grabación divulgada por uno de los intervinientes en ella, se requiere la conservación de la totalidad de esa grabación, si la cual no debe revestir su validez probatoria.
- c) Valor probatorio. Corolario de lo anterior, el valor probatorio a esta clase de evidencia se logrará únicamente si cumplido los presupuestos indicados anteriormente, para el caso de las grabaciones divulgadas por los particulares intervinientes en ellas, es decir cuando esas grabaciones han sido conservadas en su integridad.

Lo anotado permite afirmar o confirmar que la intención del legislador, al regular cada caso estudiado en los arts. 470 y 471 y establecer excepciones, es advertir, al igual que lo hace la doctrina, que las comunicaciones entre particulares, únicamente serán aceptadas como evidencia probatoria cuando:

"1) contengan información relacionada con la comisión de un delito, excluyendo su uso, por ejemplo, en materia civil o mercantil y 2) su intervención haya sido autorizada o sea aportada por uno de sus participantes, pues contravenir su privacidad debe considerarse un delito. El problema surge cuando se trata de comunicaciones aportadas por un participante de ellas sin autorización de la otra y al haber registrado la voz o perfiles corporales de esta última; pudiéndose extender esta dificultad a otra clase de pruebas, como fotografías, videograbaciones, etcétera." (Anaya Ríos & Anaya Ríos, 2016).

Como se puede observar, la cita además de coincidir con la intención y voluntad de legislador ecuatoriano, advierte una preocupación que también la hacemos nuestra, en el sentido de que las grabaciones aportadas por uno de los intervinientes sin la autorización de otra, y aunque la doctrina y algunos ordenamientos jurídicos hayan aceptado que para su validez se requiere voluntariedad de uno de los participantes de las grabaciones, y que esa información que contienen la grabación esté relacionada con la comisión de un delito, esto podría solucionar el caso de los particular, pero ¿Qué sucede cuando esas grabaciones son aportadas por alguna autoridad como en el caso del reactivo que nos ocupa?

En cuyo caso habrá que acudir a la normativa constitucional y legal, al igual que la doctrina que señalan que la:

"... (sic) fórmula legal utilizada por el legislador es absoluta en el sentido de ordenar al órgano jurisdiccional que se excluyan aquellas pruebas obtenidas con inobservancia de los derechos fundamentales y procesales, al tener independencia de la responsabilidad administrativa, civil y hasta penal en que han incurrido los agentes responsables de la misma"

El proceso de reconocimiento de las grabaciones.

Finalmente y aunque no es una de las variables del tema en estudio, sin embargo, se ha dejar soslayado que conforme al art. 477 del COIP, los reconocimientos de las grabaciones cuentan con presupuestos mínimos legales como los señalados en esta norma según la que:

- El reconocimiento de las grabaciones debe contar con la autorización previa del juzgador penal, sin la cual no surtirá efectos.
- Como parte procesal, será el fiscal el encargado de practicar este reconocimiento.
- Se requiere la intervención de peritos y de las partes.
- Juramento de guardar se reserva a los participantes.

Procedencia del recurso de nulidad frente a las evidencias ilícitas.

Para efectos de este trabajo, el estudio de la nulidad que se abordará se centra exclusivamente en aquella nulidad procesal (Ruay Sáenz, 2017) penal, para diferenciarla de otras clases de nulidades. La nulidad es un recurso que se lo puede plantear, conforme al COIP, en dos momentos del proceso penal, siempre que en ambos casos, ella afecte o influya en la decisión de la causa.

- a) Primer momento: en la audiencia de evaluación y preparatoria del juicio, esto conforme a la regla del contenida en el numeral 2 del art. 604 del COIP.
- b) Segundo momento: al momento de resolver una impugnación conforme a la regla contenida en el numeral 10 art. 652 COIP.

La declaratoria de nulidad por el juez procederá conforme al citado numeral, únicamente cuando:

- a) El juez penal actúe en un proceso si competencia, cuando la inhibición que esa ausencia de competencia provoque, no pueda subsanarse.
- b) Cuando la sentencia dictada por juez competente no reúna los requisitos legales señalados en el COIP.
- c) En los casos de violación al trámite, cuando esa violación acarree también la violación al derecho a la defensa como garantía del debido proceso.

Ahora bien, corresponde determinar en cuál de las causales indicadas arriba, debe fundamentarse la petición de la defensa de los procesados del caso en análisis, para obtener la anulación de esas grabaciones incriminatorias. Evidentemente que las dos primeras causales (letra a y b), quedan descartadas, por lo que centraremos la atención en la tercera causal y para ello necesariamente habrá que analizar el "derecho a la defensa" como garantía procesal y constitucional.

Derecho a la defensa.

El derecho a la defensa como garantía del debido proceso o "due process of law" (García Pino & Contreras Vásquez, 2013), exige en el art. 76 del a CRE, cuando una persona no está privada de su libertad, las garantías indicadas en el numeral 7. Sin embargo, de las 13 garantías contempladas desde el literal a) hasta el m), no se advierte la existencia de que la prueba ilícitamente actuada conlleva vulneración al derecho a la defensa, o al contrario que el respecto a la legalidad de la prueba sea una garantía del derecho a la defensa.

Luego corresponde analizar también el derecho a la defensa en caso de privación de libertad, que es situación en la que se encuentran los procesados del problema planteando. En ese sentido el art. 77. 7 de la CRE, señala tres causas que en esas condiciones exige el derecho a la defensa y tampoco dentro de ninguna de las tres se encuentra la garantía de validez de la prueba. Lo que hasta aquí se ha analizado corresponde al segundo momento de presentación del recurso de nulidad (Art. 652.10 COIP).

Luego corresponde analizar el primer momento conforme al numeral 2 del art. 604, y en tal evento, de la regulación contenida en esa norma se desprende que la nulidad procede cuando ella:

- a) Pueda influir en la decisión a la que del proceso pueda arribar el juzgador; y,
- b) Provoque indefensión.

Entonces las interrogantes a resolver sería ¿la prueba ilegítimamente actuada hasta ese momento podría influenciar en la posterior decisión del proceso? O ¿provoca indefensión? La segunda interrogante merece una interpretación jurisprudencial que no ofrece un panorama muy claro, mientras que la segunda merece una contundente respuesta SÍ.

CONCLUSIONES

- En el presente caso existe una actuación probatoria ilícita cuando se pretende incorporar en un proceso contra dos personas unas grabaciones indebidamente actuadas, ya que la ley y la doctrina concluyen que las grabaciones de conversaciones entre particulares sobre hechos constitutivos de un delitos requieren de autorización judicial para su validez en un proceso y en el presente caso, conforme a la redacción del reactivo analizado, esa autorización no existe.
- La pretensión de la fiscalía al querer incorporar como prueba esas grabaciones ilegales conlleva a una vulneración del derecho a la intimidad, y la los principios probatorios que además, de no anularla, bien puede influenciar en la decisión del proceso penal.
- Para garantizar que la prueba ilícita no influya en la decisión de la causa procede el recurso de apelación conforme a los indicado en al art. 604.2 del COIP, por lo que la Corte de Apelaciones en garantía a precautelar el derecho a la instancia superior (Bechara Llanos, 2015), bien puede aceptar la petición de Rocco para anular esa evidencia ilegítimamente actuada, que además vulnera la garantía básica del debido proceso conforme lo señala el numeral 4 del art. 76 de la CRE, y de no hacerlo a pretexto de protección a bienes jurídicos lesionados, vulnera de forma desproporcionado además, como señala la doctrina, el derecho a la defensa (Zapata González & Valencia Rojas, 2014).

BIBLIOGRAFÍA

- Anaya Ríos, J., & Anaya Ríos, M. (2016). La prueba ilícita y la regla de exclusión en la Constitución Mexicana. *El cotidiano*, 28-34. Recuperado el 18 de 06 de 2018, de www.redalyc.org/pdf/325/32545857004.pdf
- Bechara Llanos, A. (2015). El debido proceso: una construcción principialista en la justicia administrativa. Obtenido de http://www.scielo.org.co/pdf/just/n28/n28a06.pdf
- Correa, C. (2016). La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo. *Política Criminal, 11*(21), 104-139. Recuperado el 19 de 06 de 2018, de http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A5.pdf
- Diccionario RAE. (s.f.). *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 12 de 06 de 2018, de http://dle.rae.es/?id=JNyA4g6
- Figueroa G, R. (2013). EL DERECHO A LA PRIVACIDAD EN LA JURISDICCIÓN DE PROTECCIÓN DE PROTECCIÓN. *Chilena de Derecho, 40*(3), 859-889. Recuperado el 19 de 06 de 2018, de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-3437201300 0300005
- García Pino , G., & Contreras Vásquez, P. (2013). EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y AL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DEI TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. *Estudios Constitucionals, 11*(2), 229-282. Recuperado el 19 de 06 de 2018, de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-5200201300 0200007
- Lexis Finder. (12 de 12 de 2017). *Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado el 12 de 06 de 2018, de http://www.lexis.com.ec/website/recursos/leves/LevesReglamentos.aspx
- Maturana, C. (2013). *Los medios de prueba*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Méndez Rivas, R. (2013). La valoración constitucional de la prueba ilícita e ilegal en la República Federal de Brasil. *Justicia Juris, 9*(2), 74-84. Recuperado el 11 de 06 de 18, de http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v9n2/v9n2a08.pdf
- Nuñez Ojeda, R., & Correa Zacarías, C. (2017). La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas. *Revista lus et Praxis, 23*(1), pp. 195 246. Recuperado el 12 de 06 de 2018, de https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v23n1/art07.pdf
- Ruay Sáenz, F. (2017). Sobre la nulidad procesal y su estado actual en chile. A propósito de la infracción al principio de juridicidad. *Revista Bolivariana de Derecho*(24), 350-405. Recuperado el 19 de 06 de 2018, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-815720170 00200015
- USAID. (2005). *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano.* Recuperado el 12 de 06 de 2018, de http://litigacionoral.com/wp-content/uploads/2017/03/Modulo-de-Pruebas.pdf

Zapata González, M., & Valencia Rojas, J. (2014). Debido proceso probatorio y derecho de contradicción probatoria en el trámite de revisión de fallos de tutela. *Opinión Jurídica, 13*(25), 75-189. Recuperado el 19 de 06 de 2018, de http://www.redalyc.org/pdf/945/94532532011.pdf