



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**TEMA: ANÁLISIS DE LA VALIDEZ Y EFICACIA
PROBATORIA DE LAS GRABACIONES SUBREPTICIAS.**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA**

AUTOR: MARÍA GABRIELA VINTIMILLA MORENO.

DIRECTOR: FERNANDO PATRICIO MORENO MOREJÓN, MGS.

CUENCA - ECUADOR

2021

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**TEMA: ANÁLISIS DE LA VALIDEZ Y EFICACIA PROBATORIA DE
LAS GRABACIONES SUBREPTICIAS.**

**TRABAJO DE TITULACIÓN O PROYECTO DE INTEGRACIÓN
CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA.**

AUTOR: MARÍA GABRIELA VINTIMILLA MORENO.

DIRECTOR: FERNANDO PATRICIO MORENO MOREJÓN, MGS.

CUENCA-ECUADOR.

2021

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*



Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

María Gabriela Vintimilla Moreno portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **0104370390**. Declaro ser el autor de la obra: “**Análisis de la Validez y Eficacia Probatoria de las Grabaciones Subrepticias**”, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, **16 de julio de 2021**

F: 

María Gabriela Vintimilla Moreno.

C.I. 0104370390

ÍNDICE.

Índice	I
Resumen	1
Palabras Claves	1
Abstract	1
Keywords	1
Introducción	2
Metodología	4
Desarrollo	5
Valoración de la validez y la eficacia de la Prueba.	5
Validez de las grabaciones subrepticias realizada por uno de los interlocutores	8
Eficacia de las grabaciones subrepticias realizada por uno de los interlocutores	32
La inadmisibilidad de las grabaciones subrepticias conlleva a una vulneración de derechos humanos de quien las propone como medio de defensa.	36
Conclusiones	40
Referencias Bibliográficas	44
Anexos	47

Análisis de la Validez y Eficacia Probatoria de las Grabaciones Subrepticias

Analysis of the Validity and Evidentiary Effectiveness of Surreptitious Recordings

Resumen

Para que la grabación subrepticia realizada por uno de los interlocutores sea admitida como prueba en un proceso judicial, debe cumplir con los requisitos de validez y eficacia probatoria. En el primer supuesto, corresponde determinar si se ha vulnerado el derecho a la intimidad personal o familiar, el derecho al secreto de las comunicaciones y la garantía de prohibición de autoincriminación durante la obtención de la prueba. En el segundo presupuesto, se debe examinar la autenticidad de la prueba verificándose el cumplimiento de los requisitos exigidos para la admisión de la prueba documental, dado que, las grabaciones magnetofónicas y videográficas se consideran documentos en los cuales se debe acreditar que la voz o imagen corresponde efectivamente a una persona determinada. Una indebida motivación del juzgador conllevaría a la indefensión de la parte perjudicada y consecuentemente la vulneración del debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva.

Palabras Claves: prueba, grabación subrepticia, validez probatoria, eficacia probatoria, derecho a la intimidad.

Abstract

For a surreptitious recording made by one of the interlocutors to be admitted as evidence in a judicial proceeding, it must meet the requirements of validity and evidentiary effectiveness. In the first case, it is necessary to determine whether the right to personal or family privacy, the right to secrecy of communications, and the guarantee of prohibition of self-incrimination during the collection of evidence have been violated. In the second assumption, the authenticity of the evidence must be examined, verifying compliance with the requirements demanded the admission of documentary evidence, given that tape and video recordings are considered documents in which it must be accredited that the voice or image corresponds effectively to a specific person. An inadequate motivation of the judge would lead to the defenselessness of the injured party and consequently the violation of due process, legal certainty, and effective judicial protection.

Keywords: evidence, surreptitious recording, evidentiary validity, evidentiary effectiveness, right to privacy

Introducción

Las grabaciones subrepticias insertadas como prueba en un proceso judicial han tomado diversos matices en todo el mundo. En EE.UU., por ejemplo, la licitud de las grabaciones se determina en base al tipo de normativa que rige el estado: “*one-party consent laws*” y “*two party consent laws*” En el primer supuesto, las grabaciones hechas en secreto por uno de los colocutores es lícita sin importar el consentimiento del resto de participantes; en el segundo supuesto, es indispensable el consentimiento de todas las partes para que la grabación sea lícita. En este caso, el consentimiento se determina a partir de criterios relativos a la “*expectativa razonable de privacidad*”

Por otra parte, desde 1984 la jurisprudencia española ha manifestado que cuando la conversación no versa sobre la vida personal o familiar de la persona, la grabación subrepticia es lícita; no obstante, cuando el tema se circunscribe a dicho ámbito la jurisprudencia se pronuncia en dos sentidos, pues una parte defiende la licitud de las grabaciones y la otra su invalidez.

De igual forma, en Colombia existen dos posturas: la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia mantiene que la grabación subrepticia realizada por uno de los interlocutores no vulnera el derecho a la intimidad personal, el derecho al secreto de las comunicaciones ni la garantía de autoincriminación, mientras que la Corte Constitucional establece lo contrario.

En Ecuador, no existe jurisprudencia respecto de la validez y eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias en el ámbito civil, no obstante, la normativa penal prescribe su licitud. En el primer supuesto se ha generado una grave problemática puesto que existen dos posiciones contrapuestas: la primera, considera que tales elementos de prueba son inválidos dado que se vulnera el derecho a la intimidad personal de quien desconoce que está siendo grabado, mientras que la segunda posición, la cual compartimos y demostraremos en los siguientes acápite, considera que es evidente que no existe "secreto" para aquél a quien se dirige la comunicación, ni implica contravención del derecho a la intimidad o de la garantía de no autoincriminación.

Llegado a este punto, es importante acentuar que la inadmisibilidad por parte del juzgador de una prueba válida y eficaz, implicaría una grave vulneración a los derechos constitucionales al debido proceso, seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva de la parte perjudicada, por ello, se hace indispensable analizar si las grabaciones subrepticias cumplen o no con los presupuestos de

validez y eficacia probatoria para ser admitidas como prueba dentro de un proceso judicial. El primer supuesto exhorta a determinar si la grabación realizada en secreto por uno de los interlocutores vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho al secreto de las comunicaciones, y la garantía de prohibición de autoincriminación. En el segundo supuesto debe analizarse si la prueba cumple con los requisitos de autenticidad y credibilidad expedidos por la normativa legal vigente.

Metodología

Los métodos que se utilizarán para el desarrollo del presente proyecto son: el analítico-sintético y el inductivo-deductivo: mediante el primer método se llevará a cabo una investigación documental mediante la revisión, en forma separada, de todo el acervo correspondiente a derecho, jurisprudencia y doctrina comparada, así como instrumentos internacionales relativos a la validez y eficacia probatoria de las conversaciones grabadas en secreto por uno de los colocutores. Luego del análisis será necesario sintetizar esta información a fin de estructurar las ideas. A través del método inductivo se obtendrán conclusiones generales con base a la información obtenida a través del método analítico-sintético. Finalmente, mediante el método deductivo, los principios y conocimientos generales obtenidos se aplicarán a casos concretos para inferir conclusiones particulares acerca de la validez y eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias.

Desarrollo

Valoración de la validez y la eficacia de la Prueba

La normativa ecuatoriana establece que la prueba es inválida y carece de eficacia probatoria cuando es adquirida con violación de la Constitución o la ley. (Constitución de la República de Ecuador [CRE], 2008) A decir de Juan Antonio Rosas Castañeda (2008), la validez se centra en verificar si la prueba obtenida vulnera algún derecho constitucional; mientras que la eficacia se enfoca en determinar si la prueba es auténtica y creíble. A continuación se desarrolla detalladamente cada parámetro.

En su obtención, la validez de la prueba atañe al debido proceso. La validez formal hace alusión “*a los condicionamientos de órganos legítimos y a las formalidades de tiempo, lugar y modo de obtención del acto procesal probatorio*” (Ruiz Jaramillo, 2008) mientras que la validez material alude a la compatibilidad que debe existir entre el contenido de la decisión judicial en materia probatoria y los preceptos constitucionales. En lo que respecta al debido proceso, existe el debido proceso formal y el debido proceso material; el primero se refiere a los presupuestos de validez legal y constitucional en la admisión, práctica y valoración de la prueba dentro del proceso. El debido proceso sustancial en cambio, hace referencia al efectivo cumplimiento de la Ley Suprema ante la restricción de los derechos fundamentales de las partes en el ámbito extraprocesal e intraprocesal. En el mismo sentido, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión de la prueba que incumpla con los requisitos de validez. (Ruiz Jaramillo, 2008)

A propósito del debido proceso, nace la interrogante sobre el alcance del concepto de este derecho contemplado en la Constitución ecuatoriana. Al respecto, creo importante mencionar un postulado del derecho comparado expedido por la Corte Constitucional de Colombia, que manifiesta que la valoración de la prueba debe cumplir con los requisitos de la garantía constitucional del debido proceso en su sentido formal y material (Sentencia SU-159/02, 2002), esto es, tanto los requisitos procedimentales en la práctica de la prueba, así como los requisitos legales y constitucionales que materializan el efectivo goce de los derechos fundamentales en todas las etapas del proceso o incluso extraprocesalmente. No obstante, es importante destacar que habiéndose incumplido algún requisito formal en la práctica de la prueba es posible su subsanación, salvo ciertas excepciones.

Por otra parte, el respeto a los derechos fundamentales que abarca el debido proceso material entraña un complejo análisis ya que, tal como menciona Robert Alexy (1993), ningún derecho es absoluto; no obstante, en ocasiones esta teoría ha sido tergiversada en el ámbito judicial, llegando al punto de provocar el relativismo de los derechos contemplados en la Constitución. La tesis de Alexy, es recogida por la Corte Constitucional de Colombia y Ecuador, es decir, que los derechos fundamentales de las personas pueden ser restringidos por el legislador bajo ciertas circunstancias. Sin embargo, hay una realidad imposible de eludir y es que individuos, empresas e instituciones utilizan los ámbitos privados y públicos para afectar ilegítimamente a otras personas, por lo tanto, restringir el acceso a esos ámbitos para la obtención de la prueba significaría permitir prevalecer la injusticia y la ley del más fuerte, tal como menciona Luis Ruiz (2008) en su investigación sobre la “*Valoración de la Validez y Eficacia de la Prueba: Aspectos epistemológicos y filosófico-políticos.*”

En definitiva, cuando hablamos de debido proceso sustantivo, nos referimos a que éste disciplina o exige un juicio de ponderación entre el interés general y las libertades de las personas, toda vez que maximizar uno u otro, implicaría la supresión arbitraria de cualquiera de ellos en razón de que son inversamente proporcionales entre sí.

Ahora bien, si bien es cierto, el Estado ecuatoriano proscribió el esquema de la preponderancia de los derechos inalienables de las personas, sin embargo, el interés general de “hacer justicia” debe ser el mínimo posible de tal forma que permita la máxima eficacia de los derechos fundamentales, por lo tanto, la verdad sobre los hechos en los procesos judiciales debe ser la mínima posible, para lo cual, es necesario implementar el aseguramiento de la prueba cuyo fin exclusivo es la protección de la “verdad mínima” y por ningún concepto de prevención del delito, protección de las víctimas del delito, o de preservación de la moral y las buenas costumbres, ni mucho menos medidas de reparación o restitución. En virtud de lo anterior, y toda vez que es indebido maximizar las medidas de aseguramiento en pos de la obtención de la verdad procesal, las mismas se encuentran limitadas, puesto que de ninguna manera se puede afectar el derecho a la vida de las personas y tampoco éstas pueden ser sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes, de lo contrario se convertirían en medidas sancionatorias o medidas de castigo. Un claro ejemplo de lo anterior es posible verificar a través del art. 76.7.k de la CRE (2008) y el art. 160 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2015), que manifiestan que una de las garantías básicas del debido proceso es la imparcialidad, por ende, el juez deberá dirigir el “*debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal*”. Sin embargo, seguidamente en

el art. 168 se establece que solamente de manera excepcional el juzgador podrá ordenar de oficio la práctica de la prueba, es decir, que el interés general de “*obtener la verdad*” es limitado y solamente de manera excepcional, motivada y con el fin exclusivo de esclarecer los hechos, podría el juez ordenar de oficio la práctica de prueba. Nótese que si la norma legal maximizase este interés general, obtendríamos como resultado en palabras de Luis Ruiz (2008) “*la anula[ción] del autogobierno de la persona sobre su cuerpo, su psiquis y su vida social o moral.*” (p.173) Lo que implicaría la vulneración de sus derechos y libertades.

En lo que respecta a la eficacia de la prueba, específicamente al requisito de autenticidad, Antonio Rosas (2008), manifiesta que ésta se identifica mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa para determinar que la prueba no ha sido alterada, manipulada o viciada; la credibilidad por otra parte, se verifica al confrontar con otras pruebas legalmente incorporadas al proceso. En el caso de los documentos escritos, por ejemplo, la autenticidad se verifica mediante la certeza sobre la persona que firma el escrito o quien lo ha manuscrito, sin embargo, también puede ser declarado como cierto el contenido de un documento sin firma (Ramírez Romero, 2017, pág. 212), como en el caso de las grabaciones magnetofónicas o videográficas, “*fotografías, (...), elementos de pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe.*”(COGEP, 2015), en los cuales se debe acreditar que las voces o imágenes corresponden efectivamente a una persona determinada.

Para el Dr. Carlos Ramírez (2017), la eficacia probatoria “*refiere a la capacidad de lograr la demostración que se desea con el documento, para la convicción del juzgador.*” Asimismo, expresa que para que la prueba sea admitida y válida debe ser pertinente, útil y conducente. De igual forma, para que tenga eficacia debe estar exenta de vicios como la simulación, el dolo, la fuerza física, la fuerza moral, el soborno y la falta de oportunidad de contradicción, esto es, que la prueba debe ser presentada, solicitada, practicada e incorporada en el momento procesal en que debe cumplirse. En el mismo sentido, El art. 160, inciso 4^o del COGEP (2015) establece que “*Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de la simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradicción*”

De igual forma, Clement Duran, manifiesta que para que un documento¹ sea admitido como prueba deben concurrir las siguientes circunstancias:

- Que el documento sea aportado por actor o demandado o un testigo.
- Que exista relación directa o indirecta con el objeto de la causa.
- Que el documento sea aportado en el momento procesal oportuno.

Sin embargo, es importante aclarar, tal como manifiesta Juan Antonio Rosas (2008), que el cumplimiento de estos tres requisitos no es suficiente para declarar su eficacia probatoria puesto que también es necesario que *“esté establecida o presumida su autenticidad.”* Así pues, la normativa ecuatoriana plantea los requisitos *sine qua non* que el juzgador debe observar para que la prueba se revista de eficacia jurídica; como ejemplo, es posible citar el art. 195 del COGEP (2015), relativo a la “Eficacia de la prueba documental”, donde se especifica, entre otras circunstancias, que la autenticidad puede verificarse siempre que los documentos *“no estén alterados en su parte esencial, de modo que pueda argüirse falsedad”*

De igual forma los artículos 197, 198 y 214 del COGEP (2015), disponen que un documento sólo puede ser eficaz cuando no ha sido impugnado, desvirtuado y contrarrestado por otros medios probatorios. Tal como manifiesta el Dr. Carlos Ramírez Romero (2017), uno de los requisitos imperativos de la eficacia es la autenticidad del documento.

Finalmente es importante destacar, tal como menciona Hernando Devis Echandía (2002), que la eficacia probatoria está determinada por la ley, pero también establecida por el juez a través de la prerrogativa de libre apreciación que le asiste; en cualquier caso, la eficacia de la prueba está dirigida al juez en pos de obtener su convencimiento.

Validez de las grabaciones subrepticias realizada por uno de los interlocutores

No Existe Vulneración del Derecho a la Intimidad Personal y Familiar ni del Secreto a las Comunicaciones Cuando Uno de los Interlocutores Ejecuta una Grabación Subrepticia.

¹ En el presente artículo se hace referencia a la prueba documental debido a que las grabaciones subrepticias deben cumplir los mismos requisitos para su validez y eficacia; tal como se evidenciará en las siguientes secciones.

Como se mencionó en apartados anteriores, existen dos teorías que se contraponen en lo que respecta a la validez y eficacia de las grabaciones subrepticias. La primera, argumenta que el interlocutor que registra, almacena o difunde una conversación de manera subrepticia, vulnera el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones y la prohibición de autoincriminación, porque el titular no sabe que está siendo grabado y solamente existió consentimiento para “oír” el mensaje, por tanto, la grabación oculta es ilícita y debe ser excluida del proceso judicial. Por otra parte, una segunda postura manifiesta que no existe la vulneración de los derechos aludidos, toda vez que no se ha incurrido en una injerencia arbitraria o abusiva, puesto que el titular ha decidido de manera libre y voluntaria transmitir la información al destinatario a sabiendas de que éste es capaz de difundirla en cualquier momento, a continuación se analiza detalladamente cada postura.

En primera instancia es importante aclarar que: sea cual fuere el contenido de la comunicación, ésta se encuentra vedada de injerencias arbitrarias de terceros ajenos a la misma; es decir, que a pesar de que el contenido no pertenezca al ámbito íntimo personal o familiar de los interlocutores, la comunicación *per sé* no podrá ser escuchada, peor registrada o captada en secreto por un tercero ajeno al diálogo o hecho; esta prohibición se encuentra expresada en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. x), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11).

Para una minoría de la doctrina y jurisprudencia comparada, si la información que el interlocutor graba subrepticamente se circunscribe a la esfera de la intimidad del individuo, se estaría vulnerando el derecho a la intimidad personal y familiar, por el contrario, si la información se encuentra fuera de dicho ámbito la acción no representaría vulneración alguna. Esta teoría se evidencia a través del análisis efectuado por el tribunal de la Audiencia Provincial de Pontevedra en el incidente en que un abogado que patrocinaba la causa de su clienta, alegó haber pactado como honorarios la cantidad de 6120 euros, valor que supuestamente no había sido cancelado en su totalidad, por otra parte, su clienta sostenía que el valor real convenido fue de 210 euros; en el presente hecho no existía contrato escrito que demuestre lo alegado por cualquiera de las partes, sin embargo, constaba en el proceso una grabación de la conversación entre abogado y clienta en la que se estipulaba con claridad el precio por la prestación del servicio profesional. El abogado solicitó la exclusión de dicha prueba por considerar que vulnera el derecho a la intimidad, ante lo cual, el tribunal, manifestó:

“(…) en el caso de autos no se aprecian indicios que permitan apreciar ilicitud en la prueba de grabación, aun se realizara sin consentimiento ni conocimiento del demandante, pues ya hemos dejado claro que existe una consolidada doctrina jurisprudencial, emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que mantiene la licitud de las grabaciones de conversaciones (ya sea en persona, por teléfono o por cualquier otro medio) en la que se interviene directamente siempre y cuando no verse sobre la vida personal o familiar de la otra persona que está siendo grabada, incluso sin la autorización de ésta, precisamente la STS 114/1984, de 29 de noviembre ya aludida e invocada por el apelante, resuelve que "no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención por cualquier medio del contenido del mensaje", afirmando la STS 11 de mayo 1994 que "... la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente". Y si bien dicho criterio cambia cuando la persona que es grabada "ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra" (STS 29 de noviembre 1984 y 24 de marzo 2010), en el presente caso ni siquiera se invocan tales argucias, ni tampoco podrían desprenderse del hecho de que la grabación hubiera sido premeditada; premeditación, por demás, lógica en cualquier grabación.” (Sentencia 59/2017, 2017)

Al respecto, se gesta una importante controversia sobre “el tipo de información” que el interlocutor podría grabar y transmitir; pues el tribunal manifiesta que no se vulnera el derecho a la intimidad, “siempre y cuando”, la información no sea del tipo personal o familiar; lo que implicaría que tratándose de ese tipo, estaría prohibido para el interlocutor grabar y difundir dicha información. Al respecto, Warren y Brandeis (1890), pioneros en la dialéctica sobre la intimidad, han manifestado que quien voluntariamente externa sus caracteres o sus pensamientos o ejecuta acciones individuales frente a otros, reconoce y admite por anticipado la posibilidad de que el espectador almacene en su memoria lo divisado de tal forma que se apropie de la información o de las imágenes que registre. En razón de ello, la esfera de protección individual no se rompe ni se invade sino por el contrario ésta misma abre la rendija que permite penetrar en ella, desde luego, sin perjuicio de aquellos casos en que el observador tiene el deber jurídico de reserva. En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado que cuando la persona camina por lugares públicos, *“tácitamente se asume y reconoce frente a los demás en tanto sujeto observador y en tanto sujeto observado, (...)*

resultándole claro tarde o temprano que la calle es un mundo pletórico de figuras anónimas, (...) donde necesaria y fatalmente todos se exponen ante todos”² (Sentencia T-1233-01, 2001), así pues, si al caminar por lugares públicos, tácitamente asumimos que quedamos expuestos y que en dicho espacio no existe privacidad, entonces cabría preguntarnos qué ocurriría si decidiéramos transmitir la información a otro, ¿acaso no se debería asumir que ya no existiría el “secreto o lo privado” para el otro y que, en todo caso, quedaríamos expuestos? ¿Acaso no somos nosotros mismos los que decidimos asumir el riesgo a sabiendas de las consecuencias?

A partir de lo anterior es necesario determinar si desde la recepción del mensaje el destinatario puede grabar o documentar la información y divulgarla o si solamente puede conocerla. Respecto de la documentación o registro de la información, está claro que si es el titular quien decide transmitir una intimidad al destinatario, es obvio que deba ser él mismo quien ponga límites a la forma en que el receptor ha de percibir esta información, pero no haciéndolo, *“la incondicionada autorización otorgada para observar los aspectos que se pueden preservar de la percepción lleva implícita la de registrar lo observado en la memoria del observador o en el medio que éste prefiera para asegurar su conservación, a menos que haya sido excluida inequívocamente.”* (Rojas Gómez, 2011)

En otras palabras, no existe razón para suponer restricciones no expresadas cuando el titular ha otorgado autorización pura y simple sin delimitarla, pues es claro que el interlocutor que recibe la información la almacena en su memoria y podrá reconstruir el evento en cualquier momento, no con exactitud pero sí lo más cercano a la realidad, circunstancia que acontecerá exista o no grabación de la conversación o evento. En los casos en que el interlocutor decida utilizar medios tecnológicos de almacenamiento a fin de asegurar una futura recordación y sin contrariar la autorización del titular y sin superar sus límites, la documentación, registro, percepción se vuelve incuestionable.

Para abundar en argumentos, es preciso traer a colación la sentencia 977/1999 emitida por el Tribunal Supremo de España (como se citó en Rosas, 2008) que en lo pertinente señala:

“Lo que grabó David fue lo que le exhibió y dijo el acusado, es decir lo que vio con sus ojos y lo que oyó con sus oídos. Ninguna otra cosa aporta la grabación, y no existe inconveniente alguno para que pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complementa y toma constancia de lo que el acusado dijo y

² “En sentido similar, Sentencia T-034 de 1995.”

exhibió ante su presencia, grabación que viene a corroborar las declaraciones que el menor depuso ante la policía y posteriormente en el proceso criminal.”

No obstante, es imperativo acentuar que es inválida la información obtenida, registrada o grabada con fines tortuosos o criminales, aun cuando ésta haya sido entregada libre y voluntariamente por uno de los interlocutores; condicionamiento que ha sido desarrollado por la jurisprudencia estadounidense que será analizada más adelante.

Respecto de la difusión del contenido, a decir de Roland Arazi (2008, p.521), el destinatario elegido inequívocamente para recibir la información se apropia de ésta por voluntad del emisor y por ende tiene la facultad de usarla en expresión legítima de su libertad, desde luego, con las restricciones del habeas data, los condicionamientos al ejercicio de la libertad de información por mecanismos de difusión masiva, y el deber jurídico de guardar reserva.³ Vale recalcar que, el derecho a la intimidad personal está excluido de injerencias arbitrarias y abusivas en contra de terceros; tal como se afirma en los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁴ En el mismo orden de ideas, el Dr. Miguel Enrique Rojas (2011), advierte:

“Por consiguiente, salvo las restricciones aludidas, cualquiera sea la forma de comunicación privada, ninguno de los extremos subjetivos del mensaje puede tener una expectativa fundada de que el otro no va a dejarlo conocer de terceros. Antes bien, cada uno sabe que el otro libremente puede provocar o facilitar el acceso de terceros al conocimiento del mensaje, y para ello no necesita previamente dar aviso a su interlocutor y mucho menos obtener la aquiescencia de éste.”

Llegado a este punto, es indispensable aclarar que pese a que el destinatario disponga de la información a él entregada en forma legítima, y aunque no pueda caber la expectativa de que el receptor guardará el secreto, es claro que la difusión que se haga del mensaje no puede ser efectuada por medios de comunicación masiva; justamente las restricciones se hallan prescritas en las limitaciones de la libertad de información y el régimen de habeas data (Rojas Gómez, 2011); por otra parte, la acción relativa a la comunicación individualizada persona a persona, que decida ejercer

³“En el mismo sentido, MONTERO AROCA. *Detención y apertura de la correspondencia y de los paquetes postales en el proceso penal*, cit., p. 82.”

⁴“A la misma conclusión induce el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 12), el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17) y el de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11), pues lo que en ellos se proscriben son las injerencias arbitrarias, expresión que excluye la injerencia provocada o permitida por el remitente o por el destinatario.”

el receptor, para externar el mensaje que se le ha confiado, está fuera del alcance del titular y esa es precisamente la única expectativa a la que podría arribar el titular o derivar de él⁵, pues es imposible concebir la situación absurda por la cual el destinatario sea proclive a contactar reiteradamente al emisor para preguntar si puede o no transmitir la información a él conferida, cuando en la vida real sucede lo contrario y como expresión de libertad, las personas se comunican unas con otras, mencionando sus vivencias e incluso las vivencias percibidas o confiadas por terceros; nadie podría decir que estuvo exento de ello. Al respecto, el Dr. Miguel Rojas (2011), refiere:

“Los regímenes que contraen la libertad de suministrar la información que se ha adquirido por la participación en una relación interpersonal apuntan principalmente a limitar la circulación incontrolada de la información, no tanto a impedir su transmisión individualizada y mucho menos si ella tiene como propósito servir a objetivos constitucionales como la efectiva tutela judicial. Las normas que condicionan el ejercicio de la libertad de información y las que protegen el habeas data tienen como propósito controlar la transmisión de información a destinatarios indeterminados, por mecanismos de divulgación que gozan de mayor poder de difusión y aptitud para afectar intensamente los derechos de las personas.”

Creo importante acentuar que discrepo parcialmente respecto del criterio de difusión individualizada persona a persona del contenido; es cierto que no puede estar bajo el control del titular la divulgación que haga el destinatario, no obstante, es necesario limitar la acción difusiva del mensaje a la realización de un fin legítimo contemplado en la Constitución (conforme principio de proporcionalidad). Evidentemente, el perjuicio en que se podría incurrir al comentar lo confiado a un grupo reducido de personas (pese a que se haya autorizado la penetración en la intimidad del titular y no se haya expresado las restricciones en su momento) no se compara a aquel que por mecanismos masivos se podría incurrir (que desde luego el destinatario está prohibido de ejecutar), sin embargo, la difusión particularizada no tiene un fin lo suficientemente sólido como para contraponerse a la eventual aflicción que el titular podría contraer, como si lo tendría la difusión de la grabación subrepticia en un proceso judicial con la finalidad de ejercer el derecho a la defensa de aquel destinatario que por acción reprochable del titular se ha visto obligado a protegerse, usando

⁵ A este propósito se sostiene que “quien entrega a otro una carta cursada o emplea durante la conversación telefónica un amplificador del aparato que contiene el teléfono, que se conoce en el mercado como “manos libres”, por la razón de que no se necesita del auricular para hablar, permitiendo a otras personas escuchar lo conversado, no infringe el derecho constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones”: “CARBONE. *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*, cit., p. 278.”

precisamente aquello que lo prueba y que le fue autorizado obtener o registrar, puesto que dicha finalidad está contemplada en la Constitución y no solamente abarca el derecho al debido proceso en su sentido formal y sustancial, el derecho a la defensa, la libertad probatoria, la tutela judicial efectiva y los derechos que por el principio de universalidad, indivisibilidad e interdependencia se derivan a partir de la sentencia resultante del análisis probatorio, sino también, el fin mismo del Derecho, que es el de hacer justicia.⁶ Al respecto la Corte Constitucional ecuatoriana ha manifestado:

“Por consiguiente, dependiendo de los hechos del caso en cuestión, a la hora de analizar el derecho a la intimidad, cuando estén enfrentados dos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, el juzgador deberá verificar, por lo menos, si la injerencia en la intimidad está prevista en la norma, si se perseguía un fin legítimo y si la misma es idónea, necesaria y proporcional.” (Sentencia No. 2064-14-EP/21, 2021)

En sentido contrario a la tesis de la presente investigación, el Tribunal de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, cuestionó, mediante sentencia, el acto por el cual un interlocutor

⁶ “Son cinco los principios que sustentan la protección del derecho a la intimidad, y sin los cuales, se perdería la correspondiente intangibilidad del contenido garantista de la inmunidad del individuo frente a la innecesaria injerencia de los demás. Ellos se clasifican y explican en los siguientes términos: El principio de libertad, según el cual, los datos personales de un individuo, sólo pueden ser registrados o divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso o tácito del titular, a menos que el ordenamiento jurídico le imponga la obligación de relevar dicha información, en aras de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo. En este contexto, la obtención y divulgación de datos personales, sin la previa autorización del titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal, se consideran ilícitas. El principio de finalidad, el cual se expresa en la exigencia de someter la recopilación y divulgación de datos, a la realización de una finalidad constitucionalmente legítima, lo que impide obligar a los ciudadanos a relevar datos íntimos su vida personal, sin un soporte en el Texto Constitucional que, por ejemplo, legitime la cesión de parte de su interioridad en beneficio de la comunidad. De conformidad con el principio de necesidad, la información personal que deba ser objeto de divulgación, se limita estrechamente a aquella que guarda relación de conexidad con la finalidad pretendida mediante su revelación. Así, queda prohibido el registro y la divulgación de datos que excedan el fin constitucionalmente legítimo. Adicionalmente, el principio de veracidad, exige que los datos personales que se puedan divulgar correspondan a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos. Por último, el principio de integridad, según el cual, la información que sea objeto de divulgación debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registre y divulgue datos parciales, incompletos o fraccionados. El conjunto integrado de los citados principios, permite no sólo garantizar el acceso legítimo a la información personal, sino también la neutralidad en su divulgación y, por ende, asegurar un debido proceso de comunicación.” “Derecho a la intimidad-principios que lo protegen/principio de libertad-concepto/principio de finalidad-concepto/principio de necesidad concepto/principio de veracidad-concepto/principio de integridad-concepto, Sentencia C-640/10, agosto 18 de 2010, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-640-10.htm>, accedida el 01 de abril de 2021.”

graba al otro en secreto y lo calificó como atentatorio contra la dignidad humana, refiriendo lo siguiente:

“Cuando uno invita a otra persona a su casa u oficina asume el riesgo de que el visitante pueda repetir todo lo que escucha y observa durante la visita. Pero de allí no se desprende que quien invita a otra acepta también el riesgo de que lo que vio o escuchó sea transmitido por fotografías o grabaciones audio visuales. Una interpretación diferente tendría perniciosos efectos sobre la dignidad humana.” (Dietemann v. Time, Inc., 1971)

En el mismo sentido, se manifestó:

“En el momento que yo decido hablar con otra persona, estoy abandonando cualquier defensa relativa a la privacidad. Después de todo, estoy hablando con una persona y debo saber que siempre existe el riesgo que esa persona hable con otros. Si es así, también podría asumir el riesgo de que me es té grabando. Pero esto, ¿es realmente así? ¿O es que hay algo oculto? El engaño se potencia, porque no adoptamos las mismas actitudes en general cuando hablamos a un número pequeño de personas que cuando lo hacemos frente a un número desconocido. Además, se puede asumir el riesgo de contradecir los dichos de otro con alguna expectativa de éxito; sin embargo, es evidente que no es lo mismo contradecir mi propia voz o imagen, por lo que el riesgo asumido es bien diferente.” (Dietemann v. Time, Inc., 1971)

Así pues, conforme manifiesta este tribunal, el interlocutor de una conversación no prevé la circunstancia por la cual la información transmitida al otro será grabada y difundida a terceros, consecuentemente induce a éste a no medir aquello que comunica, lo que eventualmente produce la vulneración de una “expectativa de privacidad”. Igualmente, la Corte Constitucional de Colombia⁷ analizó el caso según el cual el solicitante del amparo adjuntó al proceso una grabación magnetofónica de la conversación mantenida entre su persona y un contertulio cuya documentación se realizó sin el conocimiento de este último; al respecto sostuvo que el derecho a la intimidad “*fuera de garantizar a las personas el derecho de no ser constreñidas a enterarse de lo que no les interesa, así como la garantía de no ser escuchadas o vistas si no lo quieren, impide también que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticamente, a espaldas de todos o algunos de*

⁷ La Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia mantienen una pugna de criterios en este sentido. Una y otra mantiene posiciones diferentes, la Sala reiteradamente sostiene el criterio de que “la grabación de una conversación por cualquiera de los partícipes no comporta invasión de la intimidad, aun cuando se realice sin autorización de los otros e incluso sin avisarles previamente sobre el acto documentario” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Resolución de 15 de noviembre de 2000, rad. 10656.)

los partícipes (...)” Igualmente consideró que la grabación subrepticia realizada por el interlocutor sin previa notificación a los demás participantes constituye una “*maquinación moralmente ilícita*” que vulnera el derecho a la intimidad y que dicho actuar representa un abuso “*de la confianza de su contertulio, ajeno al hecho*” de que sus palabras están siendo grabadas. (Sentencia T-003-97, 1997)

En primera instancia, es importante recordar lo manifestado por Eduardo Jauchen (2004), respecto de los actos investigativos:

“Los particulares tienen derecho a efectuar investigaciones respecto a la comisión de delitos, para lo cual pueden utilizar legítimamente medios técnicos ocultos de obtención de registros con el fin de presentarlos como prueba ante la autoridad, y este modo de proceder no afecta en modo alguno el derecho a la intimidad ni el de no autoincriminación, siendo absolutamente válidos como medios de prueba.” (pp. 207-208)

Ahora bien, según las posiciones, adoptadas por la Corte Constitucional de Colombia y la Corte de Apelaciones de EE.UU. dilucidadas en los acápites anteriores, se entendería que ninguna persona podría efectuar actos investigativos usando dispositivos de grabación a fin de recolectar pruebas y presentarlas para su defensa en juicio; circunstancia que impediría a cualquier individuo grabar una conversación en la que participe; por lo tanto, estamos ante una tesis que carece, en principio, de sentido común, toda vez que se estaría afectado el derecho a la defensa de las personas en lo que respecta a la libertad probatoria; pues como sabemos, los individuos usan justamente el ámbito íntimo (a más del social) para delinquir o perjudicar a otra, por ello, la prueba se gesta precisamente en ese ámbito, haciéndose necesario explorar en dicha esfera con las limitaciones que el propio titular imponga. Es una realidad incuestionable que en la mayoría de ocasiones no existe otra manera de probar un perjuicio en nuestra contra, por tanto, no sería lógico permitir la cimentación de la injusticia a toda costa y sin más análisis; Empero, esta investigación no propone que deba invadirse arbitrariamente la intimidad de la persona, pero si plantea, calificar como legítima la penetración de dicha esfera (al grabar y difundir en juicio) cuando el propio titular ha decidido compartir sus intimidades sin delimitar expresamente la prohibición de “registrar” y “transmitir” el mensaje, no sólo, porque no existe una “expectativa razonable de privacidad”, sino porque la propia realidad devela que ningún derecho es absoluto tal como revela acertadamente Robert Alexy, en consonancia con la ideología constitucional y legal ecuatoriana, devenida porque en la misma norma que prescribe la libertad, denota también la restricción del derecho en pos de materializar la justicia estatal o en palabras de Eduardo Jauchen (2004), “*está de por medio el orden*

público y la “seguridad jurídica” comprometida, y confrontada con la garantía a la intimidad, esta última sucumbe, aunque existiera.” (pp. 216-217)

Según Devis Echandía (2002), *“Tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”*, así pues, las actividades investigativas, son parte integral del derecho a la defensa cuyo ejercicio permite vivificar el derecho garantizado. Asimismo, el derecho a la defensa que es una garantía del debido proceso incluye *“contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa”* (CRE, 2008), precepto que abarca las *“actividades investigativas”* como uno de los medios adecuados para recopilar indicios que permitan evidenciar un alegato en pro de los derechos subjetivos del individuo. En igual sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de Perú, que manifiesta que el derecho a la prueba *“(…) está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados (...) y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia”*. (STC, exp. núm. 6712-2005-HC-TC, 2005)

A propósito de las investigaciones efectuadas por particulares, ya el Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014) prevé dicho evento y permite apreciar mediante los artículos 178, 470, y 471, la posición del legislativo al respecto, esto es, que todo individuo tiene derecho a investigar, pero la normativa no solamente da luces sobre el derecho a investigar de las personas, sino además, hace referencia a la licitud de las grabaciones subrepticias, manifestando que cualquier grabación hecha por quien participa o interviene personalmente en el suceso es válida. Es importante aclarar, que para terceras personas ajenas a la conversación está expresamente prohibido grabar, difundir o reproducir información; no sólo por vulnerarse, ahora sí, el derecho a la intimidad; sino por ser considerado delito.

La jurisprudencia comparada también se ha pronunciado al respecto, así pues, el tribunal constitucional de España, ya desde 1984 hasta la actualidad ha mantenido el argumento según el cual se considera que no existe vulneración del derecho a la intimidad o del secreto de las comunicaciones cuando uno de los intervinientes es quien graba en secreto la conversación privada, así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo español 1179/2001 se consideró lo siguiente:

“En relación a la grabación de la conversación privada por uno de los intervinientes, debemos de aclarar su validez —cuestión distinta es la valoración que puede hacerse de ella—, por estimar que una grabación en tales circunstancias no está sujeta al estándar de

garantía que protege el secreto de las comunicaciones. En efecto, la norma constitucional del artículo 18.3 se dirige inequívocamente a garantizar su impermeabilidad por terceros ajenos a los conversadores, lo que es indispensable para configurar el ilícito constitucional. (...)”

Según lo manifestado se infiere, que quien comunica algo a otra persona no guarda secreto para ella; en tal sentido, el destinatario puede disponer de esa información que le ha sido confiada y difundirla en juicio, toda vez, que el bien jurídicamente protegido es la “libertad de las comunicaciones” de los participantes, pero en contra de terceros ajenos al diálogo.

Igualmente, aunque la información se refiera a la vida íntima o personal del titular, no pesa sobre el destinatario un deber jurídico de reserva, pretender aquello, comporta una indebida extensión del derecho a la intimidad personal o familiar, toda vez que la Constitución no obliga a que el destinatario mantenga en secreto los pensamientos que un individuo comunicó a otro, quien en todo caso, perdió la expectativa de privacidad cuando decidió externar o exponer su propia intimidad.

En igual sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo español 1215/1994, de 29 de septiembre:

“Esta Sala admite la legitimidad de la grabación subrepticia de una conversación entre personas realizada por una de ellas sin advertírsele a la otra, ya que no ataca a la intimidad ni al derecho de las comunicaciones: cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un tertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o me nos confiadamente a los que escuchan, quienes podrán usar su contenido sin incurrir en ningún tipo de reproche jurídico (Sentencia de 1o. de marzo de 1996). Pretender que el derecho a la intimidad alcance inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de la comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que pudiera otorgar al derecho a la intimidad. En otras palabras: el artículo 18 de la Constitución no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro (sentencia de 11 de mayo de 1994). En análogo sentido, las sentencias de 30 de mayo de 1995, 5 de febrero y 27 de noviembre de 1998.”

Lo mismo sucede cuando se envía un mensaje de texto o voz a otra persona; quien lo envía, está autorizando su almacenamiento y su divulgación; porque sabe o mejor dicho “tiene la expectativa” de que ese mensaje o correo electrónico permanecerá en la memoria de la computadora y que el receptor podría usarla o imprimirla en caso de sentirse perjudicado, desde luego, para un fin legítimo; esta circunstancia también ha sido tema de análisis a través de la jurisprudencia estadounidense, en el caso *Estado vs. Townsend* ⁸

En contraposición a lo anterior, Regina Díaz Tolosa (2007) ha manifestado que si bien es cierto, el titular asume el riesgo a que el destinatario divulgue a otra persona lo a él confiado, no obstante, resulta irrazonable considerar que el consentimiento de acceder a la información se extienda también a que sea registrada o documentada, toda vez que nadie optaría por exponerse a la amenaza constante de que lo intimado sea difundido por medios masivos y que en todo caso debería diferenciarse entre consentimiento tácito de uno presunto. En sus palabras:

“Quizás se pueda asumir un cierto riesgo de que la persona en quien se confía la información la comente con otros, pero de ahí a permitir su reproducción subterfugia asentándolo en un soporte material, bajo la amenaza constante de difundirlo masivamente, creemos es extender sin proporción alguna la interpretación de la existencia de un consentimiento tácito por parte del afectado; en este punto es necesario distinguir un consentimiento tácito de uno presunto.”

En primer lugar, es importante aclarar que el registro y difusión del mensaje por parte del interlocutor, a más de obedecer a un fin constitucionalmente legítimo, debe atender al principio de necesidad; es claro que no se podría considerar lo mismo, divulgar una información personal o familiar en una audiencia de juicio en ejercicio del derecho a la defensa que transmitir esa misma información para perjudicar a quien la confió, pero de todas formas, aun cuando se introduzca dicha información personal o familiar en procesos judiciales, tendría que admitirse la prueba de este tipo, solamente si es necesario, esto es, cuando no existe otra forma de demostrar lo mismo a partir de otras pruebas existentes en el proceso o habiéndolas no es suficiente para evaluar “un todo”. Es importante dilucidar también, que la información recopilada por el interlocutor es inválida cuando ha sido obtenida con argucias o coerciones de cualquier tipo o con fines tortuosos o criminales (que deviene justamente de la finalidad constitucionalmente legítima). Así pues, la misma normativa

⁸ “Estado v. Townsend. 57 P.3d 255 (2002) 147 Wash. 2d 666”

constitucional y legal pone restricciones al tratamiento de la información, ya habíamos mencionado que las mismas se encuentran expuestas en el régimen de habeas data, los condicionamientos al ejercicio del derecho a la información por mecanismos masivos y el deber jurídico de guardar reserva; por ello, no cabe el argumento esgrimido por Regina Díaz, pues el mismo pretende coartar fines legítimos como son: el ejercicio de los derechos de libertad; el derecho a la defensa que incluye el derecho de las personas a efectuar actos investigativos dentro de los límites establecidos por la Constitución; el derecho al debido proceso, el derecho a la seguridad jurídica y el orden público, etc.; además, es importante diferenciar que el titular no se encuentra bajo “amenaza constante” no sólo porque existen restricciones contra este acto, sino porque para que exista amenaza deben existir actos idóneos e inequívocos que materialicen tal circunstancia; suponer acciones que el destinatario no ha realizado comporta un “ intento muy apresurado por justificar una teoría a toda costa”, toda vez que “amenazar” según el “Diccionario de la Lengua Española” (2021) significa “*Dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien.*”, por tanto, es necesario hacer hincapié en que la obtención, registro, almacenamiento, divulgación de la información no puede hacerse con fines tortuosos, demostrar aquello no solo provocaría la exclusión de la prueba sino una acción judicial en contra del acto.

Ahora bien, en la jurisprudencia norteamericana se presentan dos posturas respecto de las grabaciones subrepticias por uno de los participantes, por un lado, los estados que poseen normativa del tipo “*one-party consent*” y por otro, aquellos que poseen el estatuto del tipo “*two-party consent*”. En el primer caso, la jurisprudencia estadounidense considera suficiente el consentimiento de sólo una de las partes para la validez de la grabación subrepticia, siempre y cuando, la persona participe personalmente en la conversación o hecho e independientemente de si se trata o no de información personal o familiar. En el segundo caso, es necesario el consentimiento de todas las partes para considerar válida la grabación subrepticia. Es importante acentuar que de los 52 estados, solamente 12 poseen normativa del tipo “*two-party consent*”

En el estado de Chicago con normativa “*one-party consent*”, la jurisprudencia se pronunció de la siguiente manera:

En noviembre de 1994, un oftalmólogo que aceptó ser entrevistado por "Primetime Live" demandó a ABC bajo “the federal wiretapping statute” por la videograbación entre el médico y las personas posando como pacientes que estaban equipados con cámaras ocultas. El Tribunal de

Apelaciones de EE. UU. en Chicago (7th Cir.) rechazó el reclamo de escuchas telefónicas del médico porque el estatuto federal disponía que se requería solamente el consentimiento de una parte, y los pacientes encubiertos habían dado su consentimiento para la grabación. (Desnick v. American Broadcasting Companies, 1995)

Como vemos, así y sin mayor análisis la prueba se considera válida, ello es porque en algunos estados de Norteamérica. se ha limitado la discrecionalidad de los tribunales mediante norma expresa de obligatorio cumplimiento.

En lo que respecta a los estados con estatutos *two-party consent*, los tribunales estadounidenses evalúan el caso y verifican en primera instancia, si la información contenida en la grabación pertenece o no al ámbito íntimo personal o familiar o si de manera expresa se prohibió su difusión; de no incluirse en esta esfera no se considera ilícita por no adecuarse al presupuesto normativo. Para clarificar mejor lo manifestado, es posible hacer referencia al Título 9, Capítulo 9.73, Sección 9.73.030 de la legislatura estatal de Washington (Washington State Legislature, 1950) que prescribe lo siguiente:

“Interceptar, grabar o divulgar comunicaciones privadas- Se requiere consentimiento - Excepciones.

(1) Salvo que se indique lo contrario en este capítulo, será ilegal que cualquier individuo, sociedad, corporación, asociación o el estado de Washington, sus agencias y subdivisiones políticas intercepten o registren:

(a) Comunicación privada transmitida por teléfono, telégrafo, radio u otro dispositivo entre dos o más personas entre puntos dentro o fuera del estado por cualquier dispositivo electrónico o de otro modo diseñado para grabar y / o transmitir dicha comunicación, independientemente de cómo se alimenta dicho dispositivo o accionado, sin obtener primero el consentimiento de todos los participantes en la comunicación;

(b) Conversación privada, por cualquier dispositivo electrónico o diseñado de otro modo para grabar o transmitir dicha conversación, independientemente de cómo se active o actúe el dispositivo sin obtener primero el consentimiento de todas las personas involucradas en la conversación.”

Tal como se observa en la norma anterior, en efecto es obligatorio el consentimiento de ambas partes para que sea válida la grabación; no obstante, ello solamente es exigible cuando se

trata de “comunicaciones privadas” o “private communications”⁹, tal como puede evidenciarse en el caso “State v. Townsed” (2002), en donde: El detective Keller, bajo el disfraz de Amber, "creó" una cuenta de ICQ (1 de junio de 1999) que es un programa de debate en Internet que permite a los usuarios comunicarse chatear libremente. Townsend, usando el nombre de usuario "Big Red", pero identificándose como Donald Townsend, comenzó a comunicarse con Amber (niña de 13 años ficticia) por correo electrónico. Estas comunicaciones de Townsend se almacenaron automáticamente en la computadora de Keller (detective que se hacía pasar por Amber). Esto permitió a Keller leer los mensajes e imprimirlos para su uso posterior como evidencia. Las comunicaciones de ICQ entre Townsend y Amber contenían discusiones gráficas sobre temas sexuales, incluidas las relaciones sexuales. Poco después de que comenzaran las comunicaciones de ICQ, Townsend hizo los arreglos a través de ICQ para reunirse con Amber en una habitación de motel de Spokane el 4 de junio de 1999. Townsend fue al motel a la hora señalada y llamó a la puerta de la habitación en la que creía que se encontraba Amber. Después de pedir ver a Amber, fue arrestado por el detective Keller. Townsend luego admitió que dejó su departamento con la intención de tener relaciones sexuales con Amber, quien creía que tenía trece años. Townsend fue acusado y sentenciado por el Tribunal Superior del Condado de Spokane de intento de violación en segundo grado de un niño. Antes del juicio, Townsend intentó desestimar el cargo, argumentando, entre otras cosas, que la grabación e impresión de Keller de su correo electrónico privado y las comunicaciones de ICQ violaron la ley de privacidad de Washington, capítulo 9.73 RCW, por lo que cualquier evidencia de las comunicaciones es inadmisibles. (Estado v. Townsend, 2002, párr. 1- 53) Townsend apeló a la División Tres de la Corte de Apelaciones de EE.UU. (2002), la misma que refirió lo siguiente:

Primero debemos determinar si las comunicaciones entre Townsend y la niña ficticia, Amber, caen dentro del acto como **comunicaciones privadas** grabadas por un dispositivo. Si respondemos afirmativamente a esas preguntas, entonces debemos determinar si el Tribunal de Apelaciones estuvo en lo correcto al concluir que Townsend consintió en la grabación de sus comunicaciones privadas. (Estado v. Townsend., 2002)

A. ¿Fueron las comunicaciones privadas?

⁹ “Private communications” hace referencia a comunicaciones íntimas personales o familiares.

Sostenemos, como lo hizo el Tribunal de Apelaciones, que las comunicaciones de Townsend a la niña ficticia, Amber, eran privadas. Llegamos a esa conclusión porque es evidente a partir de los hechos indiscutibles que la intención subjetiva de Townsend era que sus mensajes a Amber fueran solo para sus ojos. Esa intención se manifiesta en el mensaje de Townsend a Amber de no "contarle a nadie sobre nosotros". (CP en 66). Además, el tema de las comunicaciones de Townsend a Amber sugiere fuertemente que tenía la intención de que las comunicaciones fueran privadas. Si bien la posibilidad de interceptar estos mensajes era posible, no podemos decir que la intención subjetiva de Townsend de que sus comunicaciones fueran privadas no era razonable bajo las circunstancias. (Estado v. Townsend., 2002)

El hecho de que la Corte de Apelaciones de EE.UU. se centrara en determinar si la información transmitida por Townsend a Amber, tiene la categoría de "privada"; y que *si y sólo si* recae en este ámbito procedería analizarse si existió o no consentimiento, permite argüir claramente que la información fuera este ámbito no es considerada ilícita, porque no se adecua al presupuesto normativo, aun cuando se trate de un estatuto del tipo "*two-party consent*"; en este punto conviene preguntarse ¿Cuándo se considera una comunicación privada?, para los tribunales es preciso considerar tres aspectos: "*1. la duración y tema de la conversación, 2. Lugar de la conversación y presencia o posible presencia de un tercero., 3. función de la parte que no consiente y su relación con la parte que consiente*" (Lewis v. State, 2006)

Como se verifica, los tribunales estadounidenses realizan un análisis de "expectativa razonable de privacidad" para determinar si la conversación es privada y merece la protección evocada en la norma estatal. Acerca del primer factor, si el tema de conversación recae, por ejemplo, en el tema sexual, la conversación se considera privada, pero si recae sobre convenios de pago por la prestación de un servicio no se circunscribe a dicho ámbito y por tanto es lícita la grabación. Bajo el segundo factor, se tiene el supuesto de que si la conversación se da en un espacio público no cabe la privacidad, por el contrario, si tiene lugar en un domicilio si tiene la calidad de privada. En lo que respecta al tercer factor, la voluntad de la parte, que aparentemente no da su consentimiento, de transmitir la información a un desconocido evidencia la naturaleza no privada.¹⁰

¹⁰ "Lewis v. State 139 P.3d 1078 (Wash. 2006) Decided Aug 3, 2006; State v. Clark 129 Wn. 2d 211 (Wash. 1996) • 129 Wash. 2d 211 • 916 P.2d 384 Decided May 9, 1996"

Dicho lo anterior y continuando con el análisis del caso *State v. Townsend* (2002), posterior a determinar que la “comunicación es privada”, la corte se enfoca en determinar si hubo o no consentimiento para el registro y divulgación y si este fue tácito o expreso. Para ello, manifiesta lo siguiente:

C. ¿Townsend consintió en la grabación de sus comunicaciones privadas?

Habiendo determinado que el correo electrónico privado y las comunicaciones de ICQ entre Townsend y Amber caen dentro del ámbito de la disposición antes mencionada en la ley de privacidad de Washington porque fueron grabadas por un dispositivo, debemos ahora confrontar la cuestión de si Townsend consintió en la grabación de sus Comunicaciones privadas. Si lo hizo, la grabación no fue ilícita. Eso es así porque, como hemos señalado anteriormente, no es ilegal grabar una comunicación en un dispositivo donde se ha obtenido el "consentimiento de todos los participantes en la comunicación". RCW 9.73.030 (1) (a). (*Estado v. Townsend.*, 2002)

Se considera que una parte ha dado su consentimiento para que se grabe una comunicación cuando otra parte ha anunciado de manera efectiva que la conversación se grabará. RCW 9.73.030 (3). Además, se considerará que una parte comunicante ha dado su consentimiento para que se grabe su comunicación cuando la parte sepa que los mensajes serán grabados. Aunque Townsend no anunció explícitamente que dio su consentimiento para la grabación de su correo electrónico y mensajes ICQ a Amber, consideramos que su consentimiento puede estar implícito. En lo que respecta a los mensajes de correo electrónico de Townsend, para que el correo electrónico sea útil, debe ser registrado por la computadora receptora. Estamos totalmente de acuerdo con la observación del Tribunal de Apelaciones de que “Una persona envía un mensaje de correo electrónico con la expectativa de que sea leído y tal vez impreso por otra persona. Para estar disponible para leer o imprimir, el mensaje primero debe registrarse en la memoria de otra computadora. Al igual que una persona que deja un mensaje en un contestador automático, una persona que envía un mensaje de correo electrónico anticipa que se grabará. Por lo tanto, esa persona consiente implícitamente que se grabe el mensaje en la computadora del destinatario.” (*Estado v. Townsend.*, 2002)

Según la Corte, existió consentimiento tácito para la grabación y divulgación de las conversaciones entre Townsend y Amber, lo que confirma la licitud de la grabación. En este caso como en otros, la corte se enfoca en analizar la “expectativa razonable de privacidad” para

determinar si existió o no consentimiento tácito en estados regidos por normativa del tipo “*two-party consent*”.

Ahora bien, es claro que existen límites al respecto del consentimiento, a continuación se expresan algunos argumentos dilucidados por la jurisprudencia estadounidense:

- Las grabaciones son inválidas si fueron hechas con un propósito tortuoso o criminal.

En el caso del oftalmólogo dilucidado en líneas anteriores, El tribunal sostuvo además que ABC no envió a los evaluadores al médico con el propósito de difamar al médico, y que, por lo tanto, ABC no participó en la grabación con un propósito criminal o tortuoso. (*Desnick v. American Broadcasting Companies*, 1995)

- El alcance del consentimiento.

La grabación no puede ser efectuada en lugares no autorizados. El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos en Richmond (4th Cir.) dictaminó en octubre de 1999 que los reporteros de ABC, nuevamente con "Primetime Live", tenían permiso legal para estar en áreas no públicas de la tienda de comestibles Food Lion porque obtuvieron empleos en dicha empresa, sin embargo, superó el alcance de ese permiso mediante el uso oculto de cámaras en el trabajo. El tribunal sostuvo que Food Lion, no había consentido su presencia con el propósito de grabar imágenes que serían televisadas, y por lo tanto, la presencia de los reporteros en las áreas no públicas constituía una intromisión ilegítima a propiedad privada. (*Food Lion, Inc. v. Capital Cities/ABC, Inc.*, 1997)

- Debe existir una expectativa razonable de privacidad.

En *Desnick* por ejemplo, el tribunal sostuvo que el médico no tenía tanta expectativa de privacidad en un área donde traía a sus pacientes. Un laboratorio de pruebas médicas en Arizona demandó a ABC por otro segmento de "Primetime Live", que se centró en las tasas de error que analizan las pruebas de Papanicolaou de mujeres para detectar cáncer. Los productores de ABC se hicieron pasar por técnicos de laboratorio y filmaron el interior del laboratorio con una cámara oculta. La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos en San Francisco (9th Cir.) Desestimó el reclamo de privacidad del laboratorio. Los periodistas encubiertos filmaron partes del laboratorio que estaban abiertas al público y fueron escoltados por los dueños del laboratorio a una sala de conferencias. El tribunal dijo que el laboratorio y sus trabajadores no tenían una expectativa razonable de privacidad, porque las áreas filmadas estaban abiertas a los periodistas y ninguna de

las discusiones grabadas era de naturaleza personal. (Desnick v. American Broadcasting Companies, 1995)

Nótese que la jurisprudencia estadounidense (en estados del tipo two-party consent) analiza en primera instancia si la información objeto de análisis tiene la calidad de “privada”, para lo cual analizan las intenciones subjetivas del emisor del mensaje; no obstante, en virtud de que el titular siempre alegará que sus conversaciones son privadas, los tribunales también consideran factores que determinan las expectativas y la intención razonables de las partes. En caso de que la información transmitida no tenga o no se circunscriba en el ámbito personal o familiar, la grabación y difusión del mensaje son lícitos, aunque se trate de estados regidos por estatutos del tipo “two-party consent”.

Verificada la doctrina, jurisprudencia comparada e instrumentos internacionales de Derechos Humanos, es preciso determinar qué posición debe adoptarse en Ecuador a partir de la legislación vigente; para ello, es preciso hacer alusión al art. 18 del Código Civil que hace referencia a “la interpretación judicial de la ley”, específicamente en sus numerales 4a, 6a, y 7a, dispone que los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados a través de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto; también puede recurrirse a casos análogos y no habiéndolos al derecho universal.

En el caso de las grabaciones subrepticias, la normativa ecuatoriana en materia civil no se pronuncia al respecto, no obstante, el COIP (2014), desarrolla plenamente sobre este asunto; así pues, en el “título IV sobre infracciones en particular”, “capítulo segundo relativo a los delitos contra los derechos de libertad”, “sección sexta referente a delitos contra el derecho a la intimidad personal y familiar”, el legislador ha dejado claro mediante los artículos 178, 470, 471, y 477, que es lícita la grabación subrepticia realizada por uno de los interlocutores, es decir, por aquella persona que interviene personalmente en la conversación o en el hecho, asimismo prescribe, que la prueba es ilícita cuando el registro, almacenamiento, divulgación, etc. es realizada por un tercero y sin autorización de los titulares. La normativa además establece los requisitos que deben observarse para verificar la autenticidad de la prueba, ello, sumado a todo el análisis jurisprudencial, doctrinal e internacional comparado permite concluir de manera contundente que, al menos en Ecuador, las grabaciones subrepticias ejecutadas por uno de los interlocutores, no vulnera el derecho a la intimidad ni el derecho al secreto de las comunicaciones, siempre y cuando, cumpla con los siguientes requisitos: que no se haya forzado, engañado o inducido con argucias al titular de la

información para que alegue hechos en su contra; que el registro y difusión del mensaje no se haya realizado con fines tortuosos o criminales; que la documentación y divulgación atiendan a una finalidad constitucionalmente legítima; que no exista prohibición expresa del titular de grabar o difundir la información, este último solamente para casos gestados en materia civil o constitucional, pues en el ámbito penal la criminalidad no es objeto de protección, asimismo, en el ámbito administrativo es claro que los actos de los servidores públicos no pueden considerarse privados o confidenciales cuando las ejercen en virtud de su cargo.

No Existe Vulneración del Derecho a la Prohibición de Autoincriminación Cuando uno de los Participantes Ejecuta una Grabación Subrepticia.

La garantía de no-autoincriminación se encuentra establecida en el art. 77.7.c de la CRE (2008), esta garantía deviene del derecho a la defensa de los ciudadanos, no puede ser coartado por ninguna persona ni por el Estado y está íntimamente ligada al derecho a guardar silencio.

Según una parte de la doctrina, la grabación subrepticia hecha por el interlocutor, en la que el imputado declara que ha cometido un delito o que lo va a cometer, es considerada ilícita en razón de que no se le ha advertido al titular sobre su derecho constitucional a guardar silencio y a no autoinculparse, cuestión que es de obligatoria observancia; asimismo se manifiesta que el emisor no sabe que está siendo grabado y por lo mismo desconoce que indirectamente está realizando una declaración que podría ser usada en su contra, lo cual no haría de conocer las circunstancias mencionadas; por tanto, se estaría desconociendo el derecho que tiene el procesado a no autoincriminarse. Al respecto, la Audiencia Provincial de Huesca, ha manifestado:

“No debemos reconocer validez a la indicada grabación pues si lo hiciéramos, en nuestra opinión, desconoceríamos el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos, y a no confesarse culpables, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, pues la conversación grabada no surge espontáneamente si no que fue provocada por el acusado y su novia con la predeterminada intención de que la misma terminará surtiendo efectos en este proceso, sin que los otros dos acusados tuvieran la más mínima idea de ello, por lo que, lógicamente, se expresaron libremente pero sin ser advertidos de sus derechos constitucionales y procesales como imputados ni del hecho mismo de que, indirectamente, estaban haciendo toda una declaración, pues sus manifestaciones quedaban documentadas para ser

aportadas a un proceso criminal en curso.” (Montero Aroca, 1999, como se citó en Rosas, 2008)

La sentencia anterior, escuda su teoría en el hecho de que la información recogida mediante grabación no da opción al acusado para ejercer su defensa; pues no sólo no conoció sus derechos a guardar silencio y a no declarar sobre si mismo, sino que, declaró sobre su culpabilidad, como si prácticamente, estuviese en presencia del juez; lo cual no haría de verse confrontado realmente a este.

En contraste a la teoría anterior, es preciso hacer notar lo siguiente: del art. 77.7.c. de la CRE (2008) que establece: “*Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal*”, se desprende que para atentar contra la garantía de no-autoincriminación debe existir el presupuesto de forzamiento, es decir, que se transgrede la norma cuando existe coacción física o moral, por la promesa ilegítima de una ventaja o por el engaño. De igual forma, en observancia del derecho a la libertad de decisión, el imputado tiene la potestad para declarar en el sentido que crea conveniente, aún cuando su declaración sea auto-incriminatoria, no obstante, el fiscal y juez en las etapas correspondientes, tienen la obligación de especificar al imputado las prevenciones establecidas en la normativa, que, para el caso del estado ecuatoriano, se hallan prescritas en el art. 508 y art. 533 del COIP (2014), normas que claramente especifican que debe ser una autoridad quien informe sobre sus derechos a la persona procesada excluyendo, al mismo tiempo, a cualquier particular y es que ello demuestra la intención del legislador de implantar esta garantía con el objeto de evitar acciones arbitrarias de los sujetos estatales para proteger a la parte más vulnerable y desterrar las concepciones autoritarias del pasado; por ello, la garantía del acusado de que se le informe sobre sus derechos no tiene efectos horizontales, es decir, que no puede exigírseles a los particulares; en el mismo sentido, se han expresado Bovino y Pinto (2006):

“Las reglas de garantía de rango constitucional, tales como el derecho de defensa, la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo, no son oponibles a los particulares, pues se trata de límites constitucionales que sólo restringen las facultades persecutorias de los órganos públicos. Como veremos, son otros derechos fundamentales los que podrían ser invocados para impugnar la validez de los medios de prueba obtenidos por los particulares con anterioridad al inicio de la persecución.” (pp. 280-281)

Nuevamente es necesario hacer hincapié, en que la legislación ecuatoriana establece expresamente que solamente están prohibidos de grabar, almacenar, reproducir, difundir, los

terceros no autorizados o que no participan personalmente en el hecho objeto de captación (art.178; art 470; art. 471). Asimismo, en derecho comparado, la Corte Superior de Justicia de Lima dentro del incidente 00182-2011-5-1826-JR-PE-02 (2012), se pronunció en consonancia con la tesis de que las grabaciones subrepticias no vulneran el derecho a la no-autoincriminación, cuando es realizada por uno de los participantes. En el caso en cuestión, la apelante impugnó la validez de una grabación que contenía una conversación mantenida entre imputado y coimputado de un delito. Los argumentos de la apelante, radicaban en que es nula la prueba por vulnerarse el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la no-autoincriminación, en virtud de que la grabación había sido hecha sin su consentimiento. Al respecto la Corte hizo las siguientes consideraciones:

“También se contemplan en la doctrina diversas excepciones a la teoría de la prueba ilícita, entre las que se encuentra la Teoría del Riesgo, que se justifica en el riesgo a la delación que voluntariamente asume una persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Al respecto, Reaño Peschiera señala que, "A mi juicio, la grabación o escucha subrepticia de una conversación privada no siempre constituye una vulneración de los derechos a la intimidad, secreto e inviolabilidad de las comunicaciones personales, ni siempre determina su invalidez probatoria. Desde la perspectiva de la intangibilidad de los derechos vinculados a la intimidad personal, las grabaciones o escuchas secretas deberán considerarse pruebas lícitas y válidas siempre que: a) al menos uno de /os interlocutores que intervienen en la conversación tenga conocimiento de la grabación; y b) el contenido utilizable de la conversación no pertenezca al ámbito privado o íntimo de los interlocutores grabados, lo cual no sucederá cuando ella esté referida a la comisión de hechos punibles cuya persecución sea de carácter público, lo cual ocurrirá generalmente. (...) no puede fundamentarse la existencia de un deber de guardar secreto a cargo del interlocutor que graba o permite la escuchas, esto es, en tales casos el peligro de posterior difusión de la conversación constituye un riesgo jurídicamente permitido que debe asumir todo interlocutor". La Teoría del Riesgo también ha sido recogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la cual se ha señalado que: "La supuesta indefensión de sus derechos (del acusado), provino más bien de su actuación ilícita que permitió ser grabado por su copartícipe (...). Por lo que es a él y no al Estado al que corresponde asumir tal indefensión, bajo el principio doctrinario del <venire contra factum proprium> (no se puede actuar contra los hechos propios). En tal orden de ideas, la incautación por parte del Estado del vídeo y su ofrecimiento como medio de prueba en la

presente causa, no resulta atentatorio a los derechos constitucionales del citado acusado. (...) deviene improcedente lo sostenido por el acusado de haberse violado sus derechos fundamentales a la intimidad o privacidad (...)"

A decir de la Corte Superior de Perú, no cabe la vulneración del derecho a la no-autoincriminación cuando el interlocutor ha decidido externar la información que un imputado, bajo su propio riesgo y en uso de sus libertades y de manera libre y voluntaria, le decidió confiar; no sólo porque se considera que de antemano es un riesgo asumido por quien transmite la información, sino porque aún cuando se encuentre involucrado el derecho a la intimidad, la existencia del hecho delictual hace que este derecho sucumba ante otros derechos fundamentales relacionados.

En el mismo sentido y con mayor precisión señala la Corte IDH, manifestando que cualquiera que fuere el tipo de información, esta puede ser grabada o externada por uno de los participantes sin que se considere que la acción constituya una vulneración del derecho a la intimidad, puesto que solamente puede ser así considerada cuando ha sido un tercero quien clandestinamente se inmiscuyó para captar y divulgar dicha información. A continuación, lo manifestado por la Corte en el Caso Esther y Otros vs. Brasil (2009):

“El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. **En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación.**”

[El resaltado me pertenece]

Con base en el argumento de la Corte IDH, queda claro que nadie puede intervenir de manera arbitraria o abusiva en las conversaciones de otras personas, mucho menos, puede grabarla o

difundirla, a menos, que participe activamente en ella. No obstante, es importante aclarar, que la confesión hecha por uno de los interlocutores se vuelve inválida cuando ha sido obtenida de manera forzosa o con engaños.

Sobre la cuestión de que es necesario que se informe al imputado de su derecho a permanecer en silencio; o de no auto inculparse, cabe aclarar, que dicha responsabilidad recae exclusivamente sobre las entidades estatales debido el grado de sujeción psicológica que pesa sobre el inculpado por estar confrontando al Estado; por ello el Estado se ve obligado a aplicar estas medidas con el objeto de proteger a la parte vulnerable, de librarlo de las arbitrariedades de los servidores públicos y de limitar la discrecionalidad estatal. En la misma línea se pronunció la Corte Constitucional de Italia:

“Es necesario dar protección al secreto privado, pero también a la prevención y represión del delito, objeto, así mismo, de protección constitucional. Y no puede afirmarse que una interceptación telefónica de conversaciones del reo pugne con el derecho del mismo de guardar silencio ante la acusación de delito, pues este derecho de no contestar se refiere únicamente al interrogatorio del imputado y puede recibir aplicación tan sólo cuando el imputado entra en contacto directo con la autoridad. Él tiende a reforzar la libertad moral del inculpado ante el estado de sujeción psicológica en el que puede sentir se respecto a la autoridad, a fin de precaver lo de eventuales presiones que quisieran ejercer se sobre él. En cambio, lo que un sospechoso dice en una conversación telefónica interceptada, corresponde a una situación enteramente distinta, ya que el sujeto no es confrontado directamente ante la autoridad durante ella ni ésta le pide responder, por lo que el derecho al silencio no puede operar.” (Novoa Monreal, 1981, p.135, como se citó en Rosas, 2008)

En la misma línea, la legislación ecuatoriana señala “*No requieren autorización judicial las grabaciones de audio, imágenes de video o fotografía relacionadas a un hecho constitutivo de infracción (...) registradas (...) por cualquier medio tecnológico (...) en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o video obtenidas por uno de los intervinientes*” (COIP,2014)

Siguiendo con Jauchen (2004), este autor ofrece argumentos adicionales que permiten evidenciar que no existe vulneración a la garantía de la prohibición de autoincriminación respecto de la grabación subrepticia realizada por uno de los participantes:

“El delincuente no actúa en ejercicio de la intimidad ni podría ampararse en ella. La comisión o confesión de un delito a un particular puede ser “clandestina”, entorno que siempre aprovecha el sujeto para delinquir procurando impunidad, lo cual es muy diferente

a “intimidad” b) Quien mantiene un diálogo con otra persona, por cualquier medio de comunicación que fuere, confesando sus actividades delictivas, se expone libre y voluntariamente a que su interlocutor pueda luego delatarlo, asume el riesgo, renunciando de este modo a una “razonable expectativa de privacidad” d) Lo anterior en nada cambia por el hecho de que el interlocutor, además de escuchar lo, personalmente esté grabando o filmando ocultamente el diálogo; la resignación, a la que se expone el delincuente, legitima esta subrepticia forma de adquisición probatoria. e) La garantía de la intimidad no alcanza al delincuente, quien con su hecho la desborda e invalida. f) El particular que, frente a un hecho delictivo, actúa y obtiene pruebas en forma oculta en legítima defensa, ya sea de sí mismo, de un tercero o de la comunidad, despeja cualquier eventual antijuridicidad que pudiera reprocharse a sus métodos de comprobación, pues se encuentran cubiertos todos los requisitos que exige el Código Penal. g) Si se admite que quien se expone de un modo de hacer visto o escuchado por terceros en una determinada conducta, renuncia en gran medida a su intimidad, cuánto más renuncia quien actúa delictivamente y lo transmite a un tercero. h) El principio procesal penal de la “libertad probatoria”, según el cual “todo se puede probar y por cualquier medio”, involucra la absoluta validez de estos medios de prueba, aunque hayan sido obtenidos en forma oculta. La ocultación del medio técnico utilizado es irrelevante frente al resto de los argumentos enumera dos anteriormente.”

Llegado este punto, se advierte que no existe vulneración del derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, ni a la garantía de prohibición de autoincriminación, cuando uno de los interlocutores graba o divulga la información a él conferida, no sólo por el hecho de que las personas tienen el derecho a investigar y adjuntar los medios probatorios para su defensa; sino que, ante actos delictivos no puede usarse garantías constitucionales que permitan la impunidad de tales actos. De igual forma, aunque no se trate de la confesión de un delito, sino de información que contradice argumentos malintencionados de otros para afectar intereses propios o de terceros injustamente, es preciso acentuar que el destinatario puede grabarla y externarla en un proceso judicial sin que ello implique vulneración alguna, máxime cuando no exista en el proceso otra forma de probar lo acontecido o cuando existiendo no sea suficiente para deducirse lo alegado por la parte perjudicada.

Eficacia de las grabaciones subrepticias realizada por uno de los interlocutores.

Cuestión muy diferente comporta la eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias, puesto que si bien ya quedó demostrado que la grabación y su divulgación en juicio no vulnera

derechos constitucionales, no obstante, es obligación del particular ingresarla de forma legal, es decir, que no solamente debe demostrarse el origen legítimo de la prueba sino que además es necesario evidenciar de manera contundente su autenticidad, en otras palabras, las grabaciones deben cumplir con los requisitos expresados en la normativa a fin de justificar que la prueba no ha sido alterada, manipulada o viciada. Ahora bien, como sabemos, existen tres tipos de prueba en las diversas legislaciones: la prueba documental, testimonial y pericial; por lo que cabe determinar cuál de ellas encasilla a las grabaciones, cintas cinematográficas, archivos electromagnéticos, y similares, para ello, analizaremos la normativa legal que solventa la interrogante. El art. 196 del COGEP (2015), referente a *“Producción de la prueba documental en audiencia”*, establece que las grabaciones, los elementos de pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico deberán reproducirse en su parte pertinente en la audiencia. De igual forma, el art. 204 relativo a *“Prueba documental de gran volumen o formato”*, dispone que las grabaciones de larga duración *“serán agregados de manera completa, adicionando esquemas, resúmenes, cómputos o cualquier otro medio similar que los reproduzca fielmente.”*

Como se observa, la legislación ecuatoriana clasifica a las grabaciones subrepticias como prueba documental, en consonancia con lo deducido a partir del significado etimológico de *“documento”* que prescribe lo siguiente: la voz *“documento”* proviene del latín *“documentum”* que significa *“ejemplo”, “modelo”, “lección”, “enseñanza”, “prueba”, “demostración de algo”, “indicio”*. *“Documentum”*, a su vez está formado por el verbo *“docere”* que significa *“mostrar”, “exponer”, “informar”, etc.*; y el sufijo *-mento*, de *-men, -mentum*, que es formador de sustantivos a partir de verbos y que indica *“resultado”, “medio”, “instrumento”*, entonces un documento es *“algo que sirve o es el medio o instrumento (-mento) para mostrar, informar, o hacer saber (docere) algo”* En cuanto a la materia del documento, Jairo Parra Q. dice que: *“No importa la materia de la cual esté hecho el documento, ella puede ser arcilla, papiro, pergamino, papel, piedra, cintas magnéticas, etc.; puede decirse que de cualquier material que permita representar”* (Treviño Rodríguez, 2021) En ese orden de ideas, el documento no siempre tiene que ser un escrito pues un cuadro, una escultura, una grabación son también documentos.

En virtud de lo anterior, documento o la prueba documental no solamente se refiere a escritos sino a todo tipo de elemento incluso grabaciones que evidencien un acto o un hecho; por lo que, para que una grabación sea válida y eficaz debe cumplir con los requisitos de eficacia previstos en la normativa para la prueba documental.

Las grabaciones de audio o video deben cumplir con los siguientes requisitos para ser admitidas como prueba:

- Es ineficaz toda prueba actuada sin oportunidad de contradecir, por tanto, debe ser introducida en el momento procesal oportuno. Al adjuntarse la prueba debe indicarse quién, cómo, cuándo y dónde se obtuvo la grabación identificándose al interlocutor que interviene en la misma.
- Debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, y conducencia. Al respecto Juan Antonio Rosas Castañeda (2008), ha manifestado que: *“el juzgador debe realizar una ponderación sobre la necesidad, pertinencia y aporte probatorio del material ofrecido. Al no hacerlo vulnera el derecho de las partes a la resolución motivada.”*
- A decir de Carlos Ramírez Moreno (2017), la prueba obtenida debe estar exenta de vicios como: simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno.
- Asimismo, debe adjuntarse la prueba en formato original para que pueda ser presumida de auténtica. Al respecto Todd Mullins and Andrea D. Farinacci (2005), refiriéndose a la jurisprudencia estadounidense han manifestado lo siguiente: De crucial importancia en el proceso de litigación son la cadena de custodia y la autenticidad de la grabación y los medios adecuados a los cuales transferir su contenido. De hecho, muchos tribunales requieren pruebas rigurosas para una autenticación adecuada, incluida la prueba que:
 - El dispositivo de grabación era capaz de grabar la conversación.
 - El operador era competente para operar el dispositivo.
 - La grabación fue auténtica y correcta.
 - No se realizaron cambios, adiciones, o eliminaciones en la grabación.
 - Los interlocutores fueron identificados adecuadamente y la conversación se realizó sin incentivos.

Los artículos 456 y 457 del COIP (2014), señalan que para que una prueba se considere auténtica, debe haberse sometido a cadena de custodia acreditando el estado original de la grabación, sin embargo, en caso de no haberse aplicado este procedimiento, será el proponente quien tendrá la

obligación de demostrar su autenticidad. Asimismo, el art. 471, prescribe que “*se requerirá la preservación de la integridad del registro de datos*” y la entrega de la grabación en su soporte original, en cuyo caso y de ser necesario, el fiscal “*dispondrá la transcripción de la parte pertinente o su reproducción en audiencia de juicio*” Algo importante a señalar respecto de la integridad de la grabación, es que ésta conmina al interesado a entregar el registro completo de la grabación sin ediciones de ninguna naturaleza.

Ahora bien, si en un documento escrito, la autenticidad se verifica a partir de la plena identificación del firmante o signatario; es lógico deducir, que en las grabaciones de audio o video la autenticidad se presume cuando el perjudicado ha reconocido su participación en ella o en su defecto no ha impugnado su autenticidad. Según el artículo 477 del COIP (2014), para el reconocimiento de grabaciones, videos, fotografías, etc., el juzgador autorizará al fiscal exhibir el contenido en audiencia privada en la que a más de las partes procesales y testigos acudirán dos peritos; el objeto de dicha audiencia será la identificación de las voces grabadas por parte de los interlocutores, cuando esto no sea posible, el fiscal podrá convocar a testigos que afirmen conocer a los participantes del video o grabación para el reconocimiento, sin perjuicio de la identificación por medios técnicos. Según el derecho comparado así como las técnicas internacionales relativas a experticias forenses, es posible utilizar la rueda de reconocimiento de voz, la cual puede ser aplicada por el perito lingüista para identificar las voces en la grabación.

Para la doctrina y jurisprudencia comparada es necesario además un “*plus de credibilidad*” que se puede evidenciar a través de dos formas: “*a) Como objeto de prueba en cuanto pericialmente se estime que la imagen o la voz corresponden de modo efectivo a la persona, b) Como tal documento, cuando su reproducción de un hecho pasado sea averada por distintos medios probatorios, como la testifical.*”¹¹ (Damián Moreno, 1997, como se citó en Rosas, 2008)

¹¹ “En el mismo sentido: Carbone, Carlos, Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, pp. 153 y 154; Gimeno Sendra, Vicente et al., Derecho procesal penal, Madrid, Colex, 1999, p. 600; Pomarón Bagües, José Manuel, “Video como prueba”, Revista La Ley, Madrid, núm. 4, 1984, p. 756; Carbone, Carlos, Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, p.155; Montero Aroca, “Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba”, Revista del Poder Judicial, Madrid, núm. 7, 1983, p. 47; Reyna Alfaro, Luis, “La validez de las grabaciones videográficas en el derecho procesal penal español”, Revista Peruana de Jurisprudencia, Lima, año 3, núm. 6, agosto de 2001, p. 96; Rives Seva, Pablo, La prueba en el proceso penal, Navarra, Aranzadi, 1996, p. 202; Torres Morato, Miguel et al., La prueba ilícita penal, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 278.”

En definitiva, solamente cuando se ha demostrado que la prueba ha cumplido con los requisitos de validez y eficacia probatoria el juez podrá sustentar su sentencia en dicha prueba.

La inadmisibilidad de las grabaciones subrepticias conlleva a una vulneración de derechos humanos de quien las propone como medio de defensa.

El derecho a la prueba es un derecho fundamental, catalogado así por ser individual, inherente a la persona, de aplicación directa y plenamente justiciable. Es un derecho que no puede suspenderse ni aún en estados de excepción. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado lo siguiente:

“El derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra dentro de un proceso disciplinario, constituye un derecho constitucional fundamental, y dado que la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar la violación del derecho de defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el inculpado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba” (Sentencia T-393, 1994)

El derecho a probar abarca, la potestad de *“asegurar los instrumentos o las fuentes de prueba, a solicitar medios de prueba, a la admisión, a la práctica y a la valoración; asimismo, incluye el proponer al juez argumentos de prueba y a contradecir los que este aduzca como fundamento de su convicción.”* (Ruiz Jaramillo B. L., 2007)

El fin que se persigue en el ejercicio del derecho a probar, es el reconocimiento de la verdad procesal alegada por cada una de las partes; verdad que será admitida o rechazada en virtud de la interpretación que hace el juez del derecho y de la conformación de su convicción sobre los hechos a partir de las pruebas admitidas, practicadas y valoradas previa verificación del cumplimiento del debido proceso. De la decisión judicial se desprende entonces, la adjudicación de facultades, obligaciones, sanciones, compensaciones, indemnizaciones, servicios asistenciales, etc que afectan la vida misma de las personas; o como lo explica Luis Ruiz (2007):

“la dignidad humana está en íntima conexión con el establecimiento de la verdad jurídica y la verdad fáctica en los procesos judiciales. La calidad de la condición existencial de las personas depende en gran medida de la virtud de la verdad jurídica y la fáctica.” en virtud de que: “el objeto de la prueba se encuentra en todos los ámbitos de la vida de la persona: en el cuerpo, en la psiquis, en la conciencia y en las expresiones de la vida social;

de tal suerte que el ejercicio del derecho a la prueba tanto en su obtención como en su valoración incide en el ámbito de la persona en todas las esferas de su existencia”

A partir de lo anterior se deduce que la decisión del juez formada a partir del acervo probatorio, incide directamente en el proyecto de vida de las personas. Para Víctor Frankl (2001) la primera motivación del ser humano consiste en *encontrar el sentido de la vida*, hallando el valor humano y su dignidad. Ahora bien, ¿en qué consiste el aspecto proyectivo del ser humano? Según Jorge Francisco Calderón Gamboa (2005), el ser humano, al ser un ser de cualidades en desarrollo, tiene la capacidad de alcanzar su evolución o esencia en atención a cuatro dimensiones intrínsecas a su persona; física, emocional, intelectual y espiritual. En la dimensión física se encuentra lo referente a la salud, la libertad de acción, la integridad, entre otras. En la dimensión emocional se encuentra la relación de sus sentimientos, emociones, aspiraciones, inquietudes, aflicciones morales, etcétera. En la dimensión intelectual encontramos la razón, la conciencia, la sabiduría, la salud mental, la libertad de pensamiento y expresión, etc. Y por último, la dimensión que engloba de cierta forma las tres anteriores, puesto que tiene innegablemente una dimensión espiritual en la que se encuentra su relación con el cosmos, lo absoluto, el ser supremo, con el sentido de trascendencia, con el tiempo lineal, o un sentido de vida. En ese sentido a una persona privada de su proyecto de vida, además de truncarse su sentido o trascendencia (dimensión espiritual); se afectará necesariamente sus sentimientos y aspiraciones (dimensión emocional); lo que le orillará a discernir por otros caminos, a cuartar tal vez sus ideas o expresión (dimensión intelectual); afectará también su libertad de actuar necesaria para su desarrollo, además de las afectaciones derivadas de las anteriores que ocasionen en su salud (dimensión física). Por lo que el individuo será un ser proyectivo en cuanto a que se proyecta de forma íntegra con todas sus dimensiones. (pp.37-39)

Es importante recalcar que el derecho a la vida también se considera vulnerado cuando se afecta el derecho de las personas a vivir con dignidad, esto es, entre otras cosas, cuando el Estado permite la materialización de la injusticia por tergiversación de “la verdad procesal” debido a la exclusión de una prueba válida que solamente expone “el hecho fáctico”. Así pues, en palabras de la Corte IDH:

“La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales,

ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.” (Cancado, T & Burelli, A, 2005)

Por tanto, excluir una grabación subrepticia que ha cumplido con los requisitos de admisibilidad y eficacia probatoria y que no vulnera derechos constitucionales como quedó demostrado, implicaría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho al debido proceso, del derecho a la seguridad jurídica, e inclusive del derecho a la vida digna, éste último, en virtud de que todos los derechos son interdependientes, indivisibles y se interrelacionan entre sí (Sentencia N.º 146-14-SEP-CC, 2011), así pues, la vida digna se alcanza mediante la materialización de los derechos subjetivos a través de las sentencias judiciales que tienen por objeto vivificar el Derecho cuyo fin es la justicia.

La tutela judicial efectiva es el derecho que garantiza el acceso a la justicia, para ello, el juzgador debe observar el cumplimiento de los requisitos del debido proceso, dentro del cual se contempla el derecho a la defensa que incluye “*Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa*”, “*Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra*” y recibir resoluciones debidamente motivadas de los poderes públicos. (CRE, 2008) En ese sentido, inadmitir una prueba lícita ingresada de forma legal al proceso constriñe al interesado a prescindir de su propia defensa, en otras palabras, ello comportaría quitarle los medios adecuados para la preparación de su defensa y no cabría más que una motivación irrazonable y por ende una sentencia errónea. A decir de Luis Ruiz (2008) el “*debido proceso también se conculca al momento de la sentencia por ausencia o insuficiencia en la motivación de la prueba para establecer la verdad procesal.*”

Al respecto de la prueba lícita considerada erróneamente ilícita, Ricardo Vaca Andrade (2011), ha expresado en relación a las grabaciones subrepticias y su valoración en el Estado ecuatoriano:

“Uno de los temas respecto a los cuales existe una gran confusión entre abogados, fiscales, jueces y otros operadores de justicia es el relacionado con la grabación o registro de voces o imágenes y su utilización en un trámite judicial. Se cree, equivocadamente, que una grabación de voz o una filmación de imágenes o, el registro de una conversación, efectuada por una persona particular que tiene el carácter de interlocutora es inconstitucional por

violatoria de los derechos fundamentales de los demás interlocutores, e, ilegal, por haber sido efectuada sin orden previa de juez penal competente. (párr. 1)

Personas que no están debidamente informadas sobre el tema, por conveniencia personal o profesional, objetan sin más la validez de estos registros, aduciendo que no han sido obtenidos con autorización del juez penal. Más grave aún es que los juzgadores, por ignorancia, comodidad o intereses ocultos, sin mayor análisis, aceptan la objeción y declaran la invalidez probatoria de tales registros. Ese es un grave error, como vamos a ver.” (párr. 2)

Excluir una prueba sin mayor análisis, más que un grave error comporta dejar en indefensión a la parte perjudicada vulnerando sus derechos constitucionales.

Ahora bien, respecto del derecho a la seguridad jurídica, éste se encuentra establecido en el art. 82 de la Constitución de la República y conmina al juzgador a garantizar el derecho de las partes en toda etapa del procedimiento, por lo tanto, cuando el juzgador vulnera el derecho al debido proceso por las circunstancias antes especificadas, conculca también el derecho a la seguridad jurídica, toda vez que ambos derechos se encuentran íntimamente relacionados entre sí, tal como ha manifestado la Corte Constitucional:

“El derecho a la seguridad jurídica jamás puede entenderse excluyente de la garantía del cumplimiento de las normas y los derechos de las partes en la sustanciación del procedimiento judicial o administrativo, sino concurrente y complementario con las garantías del debido proceso.” (210-16-SEP-CC, 2016)

En definitiva, tanto la admisión como exclusión de la prueba comporta una compleja tarea para el juzgador, no obstante, este tiene la obligación de realizar un profundo análisis del caso concreto y motivar debidamente cada decisión que toma, pues es necesario comprender que un proceso judicial termina por afectar el proyecto de vida de las personas; más aún, cuando se adoptan sentencias erróneas materializando la injusticia y afectando la vida digna de los ciudadanos al vulnerar sus derechos constitucionales.

Conclusiones

- Para determinar la validez de una prueba, es necesario analizar si en su obtención ésta ha vulnerado o no derechos constitucionales; en el caso de las grabaciones subrepticias, comporta examinar si se ha conculcado el derecho a la intimidad, a las comunicaciones secretas y el derecho a la prohibición de autoincriminación, no obstante, el análisis no culmina aquí, pues también debe determinarse la eficacia de la prueba que consiste en establecer su autenticidad y credibilidad, éste último, a través de la confrontación con otras pruebas del proceso o con la adveración pericial.

- Las grabaciones subrepticias, son ilícitas cuando han sido interceptadas, registradas, almacenadas y difundidas por terceros ajenos al diálogo. En Ecuador, el derecho a la intimidad personal y familiar es un bien jurídico tutelado a través de los artículos 178, 470, 471 y 477 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), a partir de esta normativa es posible deducir la intención del legislador, pues conforme se desprende de dichos artículos, únicamente merece sanción la persona que acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos, siempre y cuando, no haya participado personalmente en el diálogo o hecho y no cuente con la autorización o consentimiento de los titulares, en otras palabras, los interlocutores o participantes del hecho o conversación no necesitan autorización o el consentimiento del otro para incurrir en cualquiera de los verbos rectores ni estarán sujetos a sanción alguna. En virtud de lo anterior se concluye que el legislador ha considerado que no se atenta contra este bien jurídico cuando el destinatario decide hacer uso de la información que le ha sido confiada de manera libre y voluntaria, por lo tanto, cuando el destinatario registra o documenta la conversación o hecho de manera subrepticia no existe vulneración del derecho constitucional a la intimidad personal y familiar, del derecho al secreto de las comunicaciones ni de la garantía prohibición de autoincriminación, no obstante, el juzgador debe atender a ciertos límites y cumplimiento de ciertos requisitos especificados por la normativa ecuatoriana; la doctrina y jurisprudencia comparada; y los instrumentos internacionales de derechos humanos antes de declarar su validez y eficacia.

- Una parte minoritaria de la doctrina manifiesta que las grabaciones subrepticias vulneran el derecho a la intimidad personal o familiar y el secreto a las comunicaciones debido a que el interlocutor no sabe que está siendo grabado y no mide la información que transmite; a partir de ello se infiere, que todas las personas deben adquirir una orden judicial para poder

realizar actos investigativos como el de grabar una conversación. No obstante, la doctrina en su mayoría sostiene la licitud de las grabaciones subrepticias realizada por uno de los interlocutores, en virtud de que el contertulio es quien externa la información al otro de manera libre y voluntaria sin forzamiento o engaño de ninguna clase, en dicho momento entonces, la información se despoja de la calidad de secreta, adquiriendo el destinatario la propiedad de dicha información que puede ser registrada y difundida sin vulnerar el derecho a la intimidad personal o familiar, el secreto a las comunicaciones ni la prohibición de autoincriminación; ello no sólo se ampara en el derecho del destinatario al ejercicio de sus libertades sino también en el derecho de las personas a realizar actividades investigativas, el derecho a la libertad probatoria y consecuentemente el derecho a la defensa. Asimismo, es importante acentuar que no existe una “expectativa razonable de privacidad” cuando alguien decide confiar información a otra persona, pues ningún individuo puede asegurar que tiene la certeza de las actuaciones de otra persona, peor aún, cuando él mismo no ha sabido guardar sus propios secretos, por tanto, el titular decide asumir el riesgo con conocimiento de las posibles consecuencias. La antítesis entonces afirma que si bien se decide transmitir voluntariamente la información no se ha autorizado la grabación, al respecto, es preciso hacer notar que la información transmitida se almacena en la memoria del destinatario quien puede reconstruir el hecho o el mensaje en cualquier momento y difundirlo; lo mismo sucede con la grabación, pues ésta cumplirá la misma función de reconstrucción, pero con la única diferencia de que permitirá apreciar la realidad misma de lo acontecido.

- En lo que respecta a la garantía de no autoincriminación, una parte minoritaria de la doctrina establece que admitir la validez de una grabación subrepticia implica desconocer el derecho de las personas a no declararse culpables, pues si bien existe la posibilidad de que el procesado, en el ejercicio del derecho a la libertad, decida declararse culpable, existe también la obligación de informársele previamente sobre sus derechos a no auto incriminarse y guardar silencio y las consecuencias que devendrían de su declaración, lo cual no se produce cuando el interlocutor graba subrepticamente. Al respecto, la jurisprudencia y doctrina sostiene que la obligación de informar sobre los derechos del procesado recae en el Estado y no en los particulares, así pues, es preciso aclarar que esta obligación se gestó con el fin de fortalecer las libertades morales y evitar posibles presiones que se pudieran ejercer sobre procesado, pues se entiende que este recae en una sujeción psicológica cuando es confrontado ante la autoridad, lo cual, no sucede entre particulares. A ello se suma, “la teoría del riesgo” que radica en el riesgo

que de antemano asume el propio interlocutor al comentar sobre sus acciones delictivas a sabiendas de que el destinatario podría transmitir en cualquier momento dicha información. En adición, la existencia del hecho delictual hace que el derecho a la intimidad, si existiera, sucumba ante otros derechos fundamentales relacionados puesto que el fin de un Estado constitucional de derechos no tiene por objeto proteger el crimen.

- En el proceso de determinación de la validez de las grabaciones subrepticias realizada por uno de los interlocutores, debe verificarse si la información de la conversación o hecho recae sobre la esfera de la intimidad personal o familiar o recae fuera de este ámbito. En el primer supuesto debe observarse si existió prohibición expresa del titular de registrar la conversación o hecho, pues de ser así, la grabación resulta ilícita (cuando la información no versa sobre delitos), asimismo, el registro y difusión de este tipo de información está sujeta a las restricciones expresadas en el régimen de hábeas data, los condicionamientos del ejercicio del derecho a la información por medios masivos, y el deber jurídico de reserva; de igual forma debe verificarse si la grabación y difusión contempla una finalidad constitucionalmente legítima, esto es, que solamente se use solamente en juicio para el ejercicio del derecho a la defensa, o en otros casos cuyo fin radique en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión o se encuentre de por medio el interés público. En cualquier caso (incluso si la información no alude a temas personales o familiares) debe observarse el cumplimiento de otros requisitos como: la emisión libre y voluntaria del mensaje por parte del titular, es decir, que no se haya forzado o inducido con argucias al contertulio a fin de que este declare sobre hechos en su contra y que la grabación no se haya realizado con fines tortuosos o criminales.

- Verificada la validez de la grabación subrepticia, cabe analizar su eficacia probatoria; para ello el juzgador debe verificar que la prueba cumpla con los requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia; que se haya especificado cómo, cuándo, quién y dónde se obtuvo la grabación de la conversación o hecho; que la grabación haya sido aportada a petición de una de las partes o por un testigo; que la prueba se haya ingresado en el momento procesal oportuno; que la evidencia sea entregada en su soporte original; que se haya identificado plenamente a las personas grabadas mediante experticias o por reconocimiento de testigos que conozcan a los intervinientes mediante la rueda de voces u otra técnica fonética forense y que la grabación haya sido realizada por uno de estos o por un tercero con la autorización de cualquiera de los interlocutores, asimismo, que la grabación no haya sufrido cambios, adiciones, o eliminaciones.

En definitiva, para que la grabación subrepticia adquiera eficacia probatoria debe estar presumida o establecida su autenticidad, a esto, debe añadirse un plus de credibilidad que puede evidenciarse a través de dos formas: a) mediante la adveración pericial de que efectivamente la imagen o voz pertenece inequívocamente a una persona b) adveración por distintos medios probatorios, como por ejemplo la testimonial.

- Finalmente es claro que la inadmisión de una prueba lícita ingresada legalmente a un proceso judicial, vulnera la tutela judicial efectiva al dejar en indefensión a la parte interesada por indebida motivación, ello comporta una inobservancia del debido proceso, provocando a su vez la vulneración de la seguridad jurídica tal como ha establecido la Corte Constitucional ecuatoriana, pues ambos derechos son interdependientes e indivisibles entre sí. Es obvio entonces, que la parte afectada con la exclusión arbitraria de la prueba queda en indefensión porque le “arrestan” los medios probatorios con que pudiese demostrar sus argumentos y obtener una sentencia judicial que permita la materialización de sus derechos subjetivos en conflicto, esta circunstancia también afecta el proyecto de vida de las personas y por ende su vida digna.

Referencias Bibliográficas

“210-16-SEP-CC, Caso N.º0652-15-EP (Corte Constitucional 29 de 06 de 2016).

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Arazi., R. (2008). *Garantías constitucionales y prueba en la ciencia del derecho procesal constitucional*. México.

Asamblea Nacional. (10 de 02 de 2014). COIP. *Registro Oficial N° 180*. Quito, Ecuador.

Asamblea Nacional. (22 de 05 de 2015). Código Orgánico General de Procesos. *Suplemento del Registro Oficial No. 506*. Quito.

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República de Ecuador [CRE]. *Registro Oficial 449 de 20-oct-2008*. Quito: Editora Nacional. Obtenido de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

Audiencia Provincial de Pontevedra. (9 de 02 de 2017). Sentencia 59/2017. *Fernández Soto, Magdalena, M.P.* Vigo, España.

Bovino, A., & Pinto, F. (2006). *La prueba preconstituída por particulares*. (E. d. Puerto, Ed.) Buenos Aires.

Calderón Gamboa, J. F. (2005). El Daño al Proyecto de Vida. En *Reparación del Daño al Proyecto de Vida por Violaciones a Derechos Humanos* (págs. 37-39). México: Porrúa.

Corte Constitucional de Colombia. (21 de 01 de 1997). Sentencia T-003-97. *Jorge Arango Mejía, M.P.* Recuperado el 01 de 05 de 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-003-97.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (22 de 11 de 2001). Sentencia T-1233-01. *Jaime Araújo Rentería, M.P.* Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1233-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia SU-159/02. *Cepeda Espinoza Manuel Jose, M.P.* Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/SU159-02.htm>

Corte Constitucional de Ecuador. (27 de 01 de 2021). Sentencia No. 2064-14-EP/21. *Carmen Corral Ponce, M.P.* Quito, Ecuador.

Corte Constitucional de Perú. (17 de 10 de 2005). STC, exp. núm. 6712-2005-HC-TC. *Tribunal: Alva Orlandini, Bardelli Lartrigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo*. Lima.

Corte Interamericana de Derecho Humanos. (06 de 07 de 2009). Caso Escher y Otros vs. Brasil. *Cecilia Medina Quiroga, Presidenta; Diego García-Sayán, Vicepresidente; Sergio García Ramírez, Juez; Manuel E. Ventura Robles, Juez; Leonardo A. Franco, Juez; Margarette May Macaulay, Jueza; Rhadys Abreu Blondet, Jueza; Roberto de Figueiredo Caldas, Juez*

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Cancado, T & Burelli, A. *VOTO CONCURRENTE CONJUNTO DE LOS JUECES A. CANÇADO TRINDADE Y A. ABREU BURELLI*. Obtenido de <https://sidh.cejil.org/es/document/zf5e937wb0dlsor?page=1>
- Corte Superior de Justicia de Perú. (2012). 00182-2011-5-1826-JR-PE-02. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1a3814004c14eda4b2c7b7b983b64d75/D_Expediente_00182_2011_5_230712.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1a3814004c14eda4b2c7b7b983b64d75
- Damián Moreno, J. (1997). Reflexiones sobre la reproducción de imágenes como medio de prueba en el proceso penal. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, p. 239.
- Desnick v. American Broadcasting Companies, 44 F.3d 1345 (United States Court of Appeals, Seventh Circuit 10 de 01 de 1995).
- Devis Hechandía, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Temis.
- Díaz Tolosa, R. I. (2007). Delitos que Vulneran la Intimidad de las Personas: Análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal Chileno. *Ius et Praxis*. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000100011>
- Dietemann v. Time, Inc., 449 F.2d 245 (9th Cir. 1971) (23 de 08 de 1971).
- Estado v. Townsend., 57 P.3d 255 (2002) 147 Wash. 2d 666 (Circuito Dos de la Corte de Apelaciones de Washington 2002).
- Frankl, V. (2001). "Torture Survivors" perceptions of reparation, preliminary survey. En REDRESS, *El hombre en Busca del Sentido* (pág. 35).
- Jauchen, E. (2004). *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Lewis v. State, 139 P.3d 1078 (Circuito Tres de la Corte de Apelaciones de Washington 03 de 08 de 2006).
- Montero Aroca, J. (1999). *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Mullins, T., & Farinacci, A. (2005). A Trial Lawyer's Guide to Surreptitious Audio Evidence. *Litigation*, 31(3), pp. 27–33. Obtenido de www.jstor.org/stable/29760496.
- Novoa Monreal, E. (1981). *Derecho a la privacidad y libertad de información*. México.
- Ramírez Romero, C. (2017). *Apuntes sobre la Prueba en el COGEP*. Quito: Corte Nacional de Justicia.
- Rojas Gómez, M. E. (14 de 05 de 2011). Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad. *La intimidación como objeto de protección jurídica*. Bogotá, Colombia. doi:10.4000/books.uec.155
- Rosas Castañeda, J. A. (02 de 06 de 2008). ANÁLISIS DE LA VALIDEZ Y EFICACIA PROBATORIA DE LAS GRABACIONES OBTENIDAS A TRAVÉS DE "TRAMPAS"

- DE ESCUCHAS". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.*, 42(124). doi:ISSN 2448-4873.
- Ruiz Jaramillo, B. L. (07 de 06 de 2007). El Derecho a la Prueba como Derecho Fundamental. *Estudios de Derecho*, LXIV(143). Obtenido de <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4929/Elderechoalapruebacomoderchofundamental.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2008). Valoración de la validez y de la eficacia de la prueba. Aspectos epistemológicos y filosófico-políticos. . *Estudios de Derecho*, 66(146), 165-198. Obtenido de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/2402>
- Sentencia N.º 146-14-SEP-CC, 1773-11-EP. (Corte Constitucional de Ecuador 2011).
- Sentencia T-393, Antonio Barrera Carbonell, MP. (1994).
- Statute Law Committee. (1950). Washington State Legislature. Washington. Obtenido de <https://app.leg.wa.gov/rcw/default.aspx>
- Treviño Rodríguez, J. G. (01 de 05 de 2021). *Etimología de DOCUMENTO*. Obtenido de DOCUMENTO: <http://etimologias.dechile.net/?documento>
- Vaca Andrade, R. (16 de diciembre de 2011). *Análisis Jurídico: En Busca de una Justicia Justa*. Obtenido de Validez Jurídica de las Grabaciones de Voz o Imagen efectuadas por los Interlocutores: <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/articulos/validez-juridica-de-las-grabaciones-de-voz-o-imagen-efectuadas-por-los-interlocutores/>
- Warren, S., & Brandeis, L. (15 de 12 de 1890). The Right to privacy. *Harvard Law Review*."

ANEXOS

Cuenca, 16 de junio del 2021

**LA UNIDAD DE TITULACIÓN E INVESTIGACIÓN FORMATIVA DE LA
CARRERA DE DERECHO MATRIZ**

Certifica que:

El informe de originalidad TURNITIN correspondiente a la primera revisión de la investigación realizada por la estudiante **VINTIMILLA MORENO MARIA GABRIELA** con número de cédula **0104370390**, titulado “**ANÁLISIS DE LA VALIDEZ Y EFICACIA PROBATORIA DE LAS GRABACIONES SUBREPTICIAS**”, indica un 7% de índice de similitud, 7% de fuentes de internet, 0% de publicaciones y tesis de maestría, 0% coincidencias excluidas.

Para los fines legales pertinentes,

Atentamente,



Abg. Paola Vallejo Cárdenas, Mgs.
Unidad de Titulación e Investigación Formativa

CENTRO DE IDIOMAS

ANÁLISIS DE LA VALIDEZ Y EFICACIA PROBATORIA DE LAS GRABACIONES SUBREPTICIAS

RESUMEN

Para que la grabación subrepticia realizada por uno de los interlocutores sea admitida como prueba en un proceso judicial, debe cumplir con los requisitos de validez y eficacia probatoria. En el primer supuesto, corresponde determinar si se ha vulnerado el derecho a la intimidad personal o familiar, el derecho al secreto de las comunicaciones y la garantía de prohibición de autoincriminación durante la obtención de la prueba. En el segundo presupuesto, se debe examinar la autenticidad de la prueba verificándose el cumplimiento de los requisitos exigidos para la admisión de la prueba documental, dado que, las grabaciones magnetofónicas y videográficas se consideran documentos en los cuales se debe acreditar que la voz o imagen corresponde efectivamente a una persona determinada. Una indebida motivación del juzgador conllevaría a la indefensión de la parte perjudicada y consecuentemente la vulneración del debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva.

PALABRAS CLAVES: PRUEBA, GRABACIÓN SUBREPTICIA, VALIDEZ PROBATORIA, EFICACIA PROBATORIA, DERECHO A LA INTIMIDAD.



CENTRO DE IDIOMAS

ANALYSIS OF THE VALIDITY AND EVIDENTIARY EFFECTIVENESS OF SURREPTITIOUS RECORDINGS

ABSTRACT

For a surreptitious recording made by one of the interlocutors to be admitted as evidence in a judicial proceeding, it must meet the requirements of validity and evidentiary effectiveness. In the first case, it is necessary to determine whether the right to personal or family privacy, the right to secrecy of communications, and the guarantee of prohibition of self-incrimination during the collection of evidence have been violated. In the second assumption, the authenticity of the evidence must be examined, verifying compliance with the requirements demanded the admission of documentary evidence, given that tape and video recordings are considered documents in which it must be accredited that the voice or image corresponds effectively to a specific person. An inadequate motivation of the judge would lead to the defenselessness of the injured party and consequently the violation of due process, legal certainty, and effective judicial protection.

KEYWORDS: EVIDENCE, SURREPTITIOUS RECORDING, EVIDENTIARY VALIDITY, EVIDENTIARY EFFECTIVENESS, RIGHT TO PRIVACY



CENTRO DE IDIOMAS

Cuenca, 16 de julio de 2021

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO



Abg. Pietro Geovanny Piedra Sarmiento.
SECRETARIO CENTRO DE IDIOMAS



Cuenca, 07 de julio del 2021

Señor Doctor

Ernesto Robalino Peña

DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

Su despacho

De mis Consideraciones

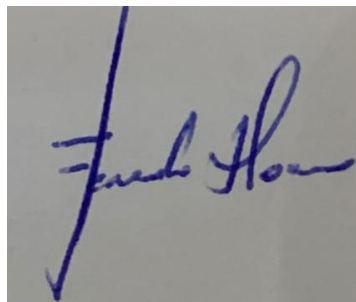
FERNANDO MORENO MOREJON docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor de la estudiante **VINTIMILLA MORENO MARIA GABRIELA**, con número de cédula **0104370390**, quien ha realizado su Trabajo de Titulación denominado **“ANÁLISIS DE LA VALIDEZ Y EFICACIA PROBATORIA DE LAS GRABACIONES SUBREPTICIAS.”**, debo informar a usted que dicho trabajo ha sido realizado bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal C del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa el estudiante deberá presentar solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de **APROBADO** al antes mencionado Trabajo de Investigación.

Por lo antes expuesto y dando cumplimiento al Reglamento debo de asignar la nota de 40/40 correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación, además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor de mentado estudiante.

Atentamente:



**DR. FERNANDO MORENO MOREJON, MGS.
DOCENTE TUTOR**



María Gabriela Vintimilla Moreno portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **0104370390**. En calidad de autora y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **“Análisis de la Validez y Eficacia Probatoria de las Grabaciones Subrepticias”** de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, **20 de julio de 2021**.

F: 

María Gabriela Vintimilla Moreno.

C.I. 0104370390

Fecha: Cuenca, 26 de octubre de 2020.

Dirigido a: Dr. Ernesto Robalino Peña, Mgs.

Decano de la Unidad Académica de Ciencias Sociales.

Solicitante: 0104370390 María Gabriela Vintimilla Moreno.

Carrera: Derecho.

Año/Ciclo: Décimo Paralelo: "B"

Asunto:

Solicito a usted y por su intermedio al Consejo Directivo la aprobación de mi Artículo Científico, previo a la obtención del Título de "Abogada de los Tribunales de Justicia de la República", con el título: "Análisis de la Validez y Eficacia Probatoria de las Grabaciones Subrepticias". A su vez al Dr. Fernando Moreno Morejón, Mgs., como docente tutor del mismo.

Por la favorable acogida, anticipo mi agradecimiento.

María Gabriela Vintimilla Moreno.

EL SECRETARIO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

INFORMA:

Que, **VINTIMILLA MORENO MARIA GABRIELA C.C 0104370390** de la carrera de **DERECHO** modalidad Presencial, presenta su diseño de Trabajo de Investigación con el Título: **“ANÁLISIS DE LA VALIDEZ Y EFICACIA PROBATORIA DE LAS GRABACIONES SUBREPTICIAS”** Tutor: **Mgs. Fernando Moreno Morejón**, el mismo que fue aprobado en Sesión de Consejo Directivo de fecha **30 de octubre de 2020**, previo a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la Republica.

Es todo cuanto puedo informar en honor a la verdad remitiéndome, de ser necesario, a los archivos que reposan a mi cargo.

Cuenca, 19 de julio de 2021.

AB. XAVIER IÑIGUEZ VIVAR

Elaborado por:	Ing. Maricela Ruiz L.
Revisado por:	Ab. Xavier Iñiguez Vivar
Autorizado por:	Ab. Xavier Iñiguez Vivar



QÓÉYCEKÒÙÁG ÕWÒZÁ
XQXÉÜ
Ò[& { ^} ç / & \: cãã [Á
ãã äã{ ^} ç Á [iÁ
Ò{ ^! * ^} &ããUãã äããÁ
^} Á& ãã [iÁ [iÁ
ÒUXÕÉJ
Õ ^} &ããZÕ& ãã [i
GEGFÉÉ ÉGÉFI KFFÉÉ KEE



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LA VALIDEZ Y EFICACIA PROBATORIA DE LAS
GRABACIONES SUBREPTICIAS.**

**TRABAJO DE TITULACIÓN O PROYECTO DE INTEGRACIÓN
CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA.**

AUTORA: MARÍA GABRIELA VINTIMILLA MORENO.

DIRECTOR: FERNANDO PATRICIO MORENO MOREJÓN, MGS.

CUENCA-ECUADOR.

2020

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*

1.1. Tema

Grabaciones como Evidencia en Procedimientos Judiciales.

1.2. Título del proyecto de investigación.

Análisis de la Validez y Eficacia Probatoria de las Grabaciones Subrepticias.

1.3. Marco Contextual de la Investigación

Las grabaciones como evidencia en un proceso judicial ha tomado diversos matices en todo el mundo. En EE.UU. por ejemplo, el Derecho se deriva de cuatro fuentes: la Constitución, las leyes o estatutos, los reglamentos, y el Common Law; es así que en Estados Unidos de América los estatutos federales y los estatutos en 38 estados y el Distrito de Columbia establecen que es lícito grabar una conversación siempre que una de las partes consienta. Estas leyes generalmente se describen como estatutos de "*one-party consent*" ("consentimiento de una de las partes"). Los 12 estados restantes tienen estatutos que requieren el consentimiento de todas las partes para la realización de una grabación ("*two party consent laws*"). Estas leyes generalmente se conocen como estatutos de "consentimiento de dos partes" y están vigentes en California, Connecticut, Florida, Illinois, Maryland, Massachusetts, Michigan, Montana, Nevada, New Hampshire, Pensilvania y Washington.

Asimismo según la Common Law de EE.UU. – dependiendo del tipo de estatuto del Estado – las grabaciones hechas en secreto por uno de los colocutores es lícita; así lo ha establecido en reiteradas ocasiones la jurisprudencia estadounidense cuyo fundamento radica en que la información dirigida al oyente no es secreta para éste y es por eso mismo que la persona ha optado por comunicar directamente un tema cualquiera a esa persona, no obstante es necesario aclarar que también existe jurisprudencia en contrario en aquellos Estados con estatutos del tipo "*two-party consent*" que exigen el consentimiento de ambas partes para la realización de una grabación.

Por otra parte en el continente europeo, específicamente en España, desde 1984 hasta la actualidad, la jurisprudencia se ha pronunciado en un solo sentido

respecto de la validez de las grabaciones subrepticias dentro de un proceso judicial. En lo principal ha mantenido la licitud de las grabaciones de conversaciones en la que se interviene directamente siempre y cuando no verse sobre la vida personal o familiar de la otra persona que está siendo grabada, incluso sin la autorización de ésta.

Centrándonos en América Latina concretamente en Ecuador, no existe jurisprudencia o pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto de la validez y eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias, lo que ha generado una grave problemática puesto que existen 2 posiciones contrapuestas: una parte considera que tales elementos de prueba son inválidos dado que se vulnera el derecho a la intimidad personal de quien desconoce que está siendo grabado, mientras que otros estudiosos del Derecho considera que es evidente que no existe "secreto" para aquél a quien se dirige la comunicación, ni implica contravención del derecho a la intimidad o privacidad. Esta circunstancia hace imprescindible que se realice un análisis jurídico sobre la validez y eficacia de grabaciones subrepticias a fin de determinar si deben ser admitidas como prueba dentro de un proceso judicial toda vez que la inadmisibilidad por parte de un juzgador de una prueba válida y eficaz implicaría una grave vulneración a los derechos constitucionales al debido proceso y la tutela judicial efectiva.

1.4. Formulación del Problema

¿Las grabaciones subrepticias cumplen con los presupuestos de validez y eficacia probatoria para ser admitidas como prueba dentro de un proceso judicial?

1.5. Objeto de Estudio.

La validez y eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias como mecanismo para determinar su admisión como prueba de cargo o descargo dentro de un proceso judicial, en ejercicio del derecho a la defensa conforme los preceptos del Código Orgánico General de Procesos y la Constitución de la República del Ecuador.

1.6. Campo de Acción.

1.6.1. Constitución de la República del Ecuador.

1.6.2. Código Orgánico General de Procesos.

1.6.3. Código Civil.

1.6.4. Código Orgánico Integral Penal.

1.6.5. Instrumentos Internacionales.

1.6.6. Derecho Comparado.

1.6.7. Jurisprudencia Comparada.

1.7. Línea de Investigación

Derecho procesal.

1.8. Objetivo General

Analizar la validez y eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias.

1.9. Objetivos Específicos

- Explicar la valoración de la validez y la eficacia de la Prueba a través de derecho comparado, jurisprudencia comparada, doctrina e instrumentos internacionales.
- Analizar si las grabaciones subrepticias vulneran derechos humanos y determinar los requisitos que debe cumplir una grabación subrepticia para ser admitida como prueba dentro de un proceso judicial, a través del derecho comparado, jurisprudencia comparada, doctrina e instrumentos internacionales.
- Deducir si la inadmisibilidad de las grabaciones subrepticias como prueba de cargo o descargo, conllevaría o no a una vulneración de derechos humanos de quien las propone como medio de defensa.

1.10. Tipo de investigación.

En el presente proyecto de investigación se usará el **enfoque cualitativo** puesto que se obtendrá información a través análisis del derecho, doctrina y jurisprudencia comparada así como de instrumentos internacionales y todo aquel material fehaciente que contenga información tendiente a describir el fenómeno en análisis, esto es, de todo documento destinado a puntualizar la problemática

relativa a la validez y eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias. Los tipos de investigación que utilizaré se detallan a continuación:

Exploratoria: se aplicará este tipo de investigación con el propósito de averiguar las características del objeto desde una visión de generalidad, o sea, explicando la valoración de la validez y la eficacia de la prueba.

Descriptiva: me enfocaré en dar a conocer las características del fenómeno en evaluación, detallando la realidad investigativa y su evolución, sin explicar causas, es decir, me centraré en describir los argumentos – tesis y antítesis – doctrinarios, jurisprudenciales y legales relativos a la validez y eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias.

Correlacional: mediré la relación que existe entre dos o más variables. En este caso en particular se medirá cómo influye la validez y eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias sobre su admisibilidad o inadmisibilidad dentro de un proceso judicial y esto a su vez como influye sobre el derecho a la defensa y tutela judicial efectiva de las partes.

Explicativa: finalmente 'explicaré' la influencia de unas variables sobre otras en términos de causalidad, es decir, se responderá al por qué de la necesidad de determinar la validez y eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias

1.11. Marco Teórico y Conceptual.

El derecho a la prueba.

El derecho a la prueba es un derecho constitucional que se desprende del derecho a la defensa de las personas y que consiste en “*presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.*” (Const., 2008, Art.7) En otras palabras, el derecho a la prueba implica la incorporación de toda evidencia que permita demostrar efectiva y fehacientemente una verdad procesal alegada, siempre y cuando se cumpla con los criterios constitucionales y legales vigente, circunstancia que a su vez encierra la obligación de un análisis lógico-jurídico por parte del administrador de justicia

para decretar la admisibilidad o exclusión motivada de las pruebas presentadas por parte de las partes procesales. Al respecto Luis Ruiz (2008) manifiesta que:

Al momento de la valoración, las partes o los intervinientes, en virtud del derecho a la prueba, tienen la posición iusfundamental de exigir que la prueba relacionada con su interés material tenga validez y que después el juez establezca su capacidad demostrativa. No obstante, a la parte que se ve afectada en su interés material o en general en sus derechos fundamentales con alguna prueba, en virtud del debido proceso constitucional, le asiste el derecho de invocar los mecanismos procesales de exclusión de la prueba que no cumpla con los presupuestos de validez.(p. 169)

Para la Corte Constitucional de Colombia (1999), el derecho a la prueba, “incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique y evalúe, sino la de que tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte” (párr. 3) A decir de este argumento, una vez admitida o excluida determinada prueba de manera motivada por el juzgador; e incluso habiéndose ya practicado y evaluado en audiencia de juicio, el derecho a la prueba también implica la prerrogativa de las partes a la obtención de una decisión judicial sustentada en un acervo probatorio válido y eficaz considerándose el grado de incidencia de cada prueba en virtud de su importancia sin valorar las pruebas de manera aislada sino en su conjunto.

Validez y Eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias.

*Validez y eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias en EE.UU:
Common Law.*

Según la Common Law de EE.UU. –precedentes judiciales – las grabaciones hechas en secreto por uno de los colocutores es lícita, cuando el estatuto que rige el Estado es del tipo “*one-party consent*”. (Mullins & Farinacci, 2005, p. 27) A continuación se detalla jurisprudencia al respecto:

En noviembre de 1994, un oftalmólogo que aceptó ser entrevistado por "Primetime Live" demandó a ABC bajo “*the federal wiretapping statute*” por

videograbación entre el médico y las personas posando como pacientes que estaban equipados con cámaras ocultas. El Tribunal de Apelaciones de EE. UU. en Chicago (7th Cir.) rechazó el reclamo de escuchas telefónicas del médico porque el estatuto federal disponía que se requería solamente el consentimiento de una parte, y los pacientes encubiertos habían dado su consentimiento para la grabación. (Desnick v. American Broadcasting Companies, 1995)

De igual forma la jurisprudencia de EE.UU. ha establecido los límites en cuanto a la validez de las grabaciones, prescribiendo las siguientes:

- Las grabaciones son inválidas si fueron hechas con un propósito tortuoso o criminal.

En el caso del oftalmólogo dilucidado en líneas anteriores, El tribunal sostuvo además que ABC no envió a los evaluadores al médico con el propósito de difamar al médico, y que, por lo tanto, ABC no participó en la grabación con un propósito criminal o tortuoso. (Desnick v. American Broadcasting Companies, 1995)

- El alcance del consentimiento. La grabación no puede ser efectuada en lugares no autorizados.

El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos en Richmond (4th Cir.) dictaminó en octubre de 1999 que los reporteros de ABC, nuevamente con "Primetime Live", tenían permiso legal para estar en áreas no públicas de la tienda de comestibles Food Lion porque obtuvieron empleos en dicha empresa, sin embargo superó el alcance de ese permiso mediante el uso de oculto cámaras en el trabajo. Food Lion no había consentido su presencia con el propósito de grabar imágenes que serían televisadas, sostuvo el tribunal, y por lo tanto, la presencia de los reporteros en las áreas no públicas constituía una intromisión ilegítima a propiedad privada. (Food Lion, Inc. v. Capital Cities/ABC, Inc., 1997)

Expectativas de privacidad.

La otra cuestión que los tribunales abordan al evaluar estos casos es si los demandantes tenían o no una expectativa razonable de privacidad en el área donde tuvo lugar la filmación. (como se cita en McCormick Legal Corporation., 2012a, p. 4)

- El consentimiento es válido, aún cuando quien consiente se equivoca acerca de los términos.

En el caso *Baugh Vs. CBS*, una mujer demandó a CBS por violación de la propiedad privada e intromisión, cuando un equipo de camarógrafos acompañó a un equipo de intervención en crisis a su casa en respuesta a una llamada de violencia doméstica. La mujer admitió que había dado su consentimiento para la grabación de video, pero declaró que la llevaron a creer que el equipo de cámaras estaba afiliado a la oficina del fiscal de distrito. El tribunal sostuvo que los estatutos estatales que rigen la violación a la propiedad privada y la intrusión no requerían que el consentimiento del individuo fuera "consciente o significativo", incluso si el consentimiento fue "inducido de manera fraudulenta", y que el equipo de cámaras había actuado dentro del alcance del consentimiento de la mujer. (*Baugh v. Cuprum S.A. De C.V*, 2013)

La tesis de la licitud de las grabaciones subrepticias cuando existe el consentimiento de al menos una de las partes es confrontada por los estatutos del tipo "*two-party consent*", en donde la Common Law, manifiesta que debe existir el consentimiento de todas las partes para que la grabación subreptica sea lícita. (Todd & Farinacci, 2020a, p. 27)

En el caso "*State v. Townsend*", el detective Keller, bajo el disfraz de Amber, "creó" una cuenta de ICQ (1 de junio de 1999) que es un programa de debate en Internet que permite a los usuarios comunicarse chatear libremente. Townsend, usando el nombre de usuario "Big Red", pero identificándose como Donald Townsend, comenzó a comunicarse con Amber (niña de 13 años ficticia) por correo electrónico. Estas comunicaciones de Townsend se almacenaron automáticamente en la computadora de Keller (detective que se hacía pasar por Amber). Esto permitió a Keller leer los mensajes e imprimirlos para su uso posterior como evidencia. Las comunicaciones de ICQ entre Townsend y Amber contenían discusiones gráficas sobre temas sexuales, incluidas las relaciones sexuales. Poco después de que comenzaran las comunicaciones de ICQ, Townsend hizo los arreglos a través de ICQ para reunirse con Amber en una habitación de motel de Spokane el 4 de junio de 1999. Townsend fue al motel a la hora señalada y llamó a la puerta de la habitación en la que creía que se

encontraba Amber. Después de pedir ver a Amber, fue arrestado por el detective Keller. Townsend luego admitió que dejó su departamento con la intención de tener relaciones sexuales con Amber, quien creía que tenía trece años. Townsend fue acusado y sentenciado por el Tribunal Superior del Condado de Spokane de intento de violación en segundo grado de un niño. Antes del juicio, Townsend intentó desestimar el cargo, argumentando, entre otras cosas, que la grabación e impresión de Keller de su correo electrónico privado y las comunicaciones de ICQ violaron la ley de privacidad de Washington, capítulo 9.73 RCW, por lo que cualquier evidencia de las comunicaciones es inadmisibile. (Estado v. Townsend, 2002, párr. 1- 53)

Townsend apeló a la División Tres de la Corte de Apelaciones de EE.UU. (2002), la misma que refirió lo siguiente:

Primero debemos determinar si las comunicaciones entre Townsend y el niña ficticia, Amber, caen dentro del acto como comunicaciones privadas grabadas por un dispositivo. Si respondemos afirmativamente a esas preguntas, entonces debemos determinar si el Tribunal de Apelaciones estuvo en lo correcto al concluir que Townsend consintió en la grabación de sus comunicaciones privadas.¹

A. ¿Fueron las comunicaciones privadas?

Sostenemos, como lo hizo el Tribunal de Apelaciones, que las comunicaciones de Townsend a la niña ficticia, Amber, eran privadas. Llegamos a esa conclusión porque es evidente a partir de los hechos indiscutibles que la intención subjetiva de Townsend era que sus mensajes a Amber fueran solo para sus ojos. Esa intención se manifiesta en el mensaje de Townsend a Amber de no "contarle

¹ We must first determine if the communications between Townsend and the fictitious child, Amber, fall under the act as private communications recorded by a device. If we answer those questions in the affirmative, we must then determine if the Court of Appeals was correct in concluding that Townsend consented to the recording of his private communications.

a nadie sobre nosotros". CP en 66. Además, el tema de las comunicaciones de Townsend a Amber sugiere fuertemente que tenía la intención de que las comunicaciones fueran privadas. Si bien la posibilidad de interceptar estos mensajes era posible, no podemos decir que la intención subjetiva de Townsend de que sus comunicaciones fueran privadas no era razonable bajo las circunstancias.²

C. ¿Townsend consintió en la grabación de sus comunicaciones privadas?

Habiendo determinado que el correo electrónico privado y las comunicaciones de ICQ entre Townsend y Amber caen dentro del ámbito de la disposición antes mencionada en la ley de privacidad de Washington porque fueron grabadas por un dispositivo, debemos ahora confrontar la cuestión de si Townsend consintió en la grabación de su Comunicaciones privadas. Si lo hizo, la grabación no fue ilegal. Eso es así porque, como hemos señalado anteriormente, no es ilegal grabar una comunicación en un dispositivo donde se ha obtenido el "consentimiento de todos los participantes en la comunicación". RCW 9.73.030 (1) (a). Se considera que una parte ha dado su consentimiento para que se grabe una comunicación cuando otra parte ha anunciado de manera efectiva que la conversación se grabará. RCW 9.73.030 (3). Además, se considerará que una parte comunicante ha dado su

² A. Were the communications private?

We hold, as did the Court of Appeals, that Townsend's communications to the fictitious child, Amber, were private. We reach that conclusion because it is readily apparent from the undisputed facts that Townsend's subjective intention was that his messages to Amber were for her eyes only. That intent is made manifest by Townsend's message to Amber to not "tell anyone about us." CP at 66. In addition, the subject matter of Townsend's communications to Amber strongly suggests that he intended the communications to be private. While interception of these messages was a possibility, we cannot say that Townsend's subjective intention that his communications were private was unreasonable under the circumstances.

consentimiento para que se grabe su comunicación cuando la parte sepa que los mensajes serán grabados. (Estado c. Townsend, párr. 1-53)³

Aunque Townsend no anunció explícitamente que dio su consentimiento para la grabación de su correo electrónico y mensajes ICQ a Amber, consideramos que su consentimiento puede estar implícito. En lo que respecta a los mensajes de correo electrónico de Townsend, para que el correo electrónico sea útil, debe ser registrado por la computadora receptora. Estamos totalmente de acuerdo con la observación del Tribunal de Apelaciones de que

“Una persona envía un mensaje de correo electrónico con la expectativa de que sea leído y tal vez impreso por otra persona. Para estar disponible para leer o imprimir, el mensaje primero debe registrarse en la memoria de otra computadora. Al igual que una persona que deja un mensaje en un contestador automático, una persona que envía un mensaje de correo electrónico anticipa que se grabará. Por lo tanto, esa persona consiente implícitamente que se grabe el mensaje en la computadora del destinatario.”

Interesa determinar a partir del caso anterior: cuándo es indispensable el consentimiento de ambas partes para que la grabación sea válida, teniendo en cuenta que el Estatuto es del tipo “one-party consent”.

³ C. Did Townsend consent to the recording of his private communications?

Having determined that the private e-mail and ICQ communications between Townsend and Amber fall under the purview of the aforementioned provision in Washington's privacy act because they were recorded by a device, we must next confront the question of whether Townsend consented to the recording of his private communications. If he did the recording was not unlawful. That is so because, as we have noted above, it is not unlawful to record a communication on a device where the "consent of all the participants in the communication" has been obtained. RCW 9.73.030(1) (a). A party is deemed to have consented to a communication being recorded when another party has announced in an effective manner that the conversation would be recorded. RCW 9.73.030(3). In addition, a communicating party will be deemed to have consented to having his or her communication recorded when the party knows that the messages will be recorded. (Estado v. Townsend, párr. 1-53)

En el caso “State v. Townsed”, la Corte de Apelaciones se centra en verificar si el fondo de la conversación se halla inmerso en el ámbito de la intimidad⁴ y para ello se enfocan en el **tema** de la conversación. Al verificar, que las conversaciones tratan sobre temas relacionados al ámbito sexual, ésta concluye que ineludiblemente se trata de un tema que recae en el ámbito de la privacidad y la intimidad, lo que nos permite deducir que si el contenido de la conversación no hubiese recaído en dicho ámbito, la grabación no sería ilegal pese a tener el consentimiento de sólo una de todas las partes y no habría habido la necesidad de analizar si existió o no el consentimiento de ambas partes para la grabación. Por el contrario, al recaer en dicho ámbito, la Corte se vio obligada a examinar si existió el **consentimiento** de todas partes para la grabación de la conversación.

Del análisis de los precedentes jurisprudenciales de EE.UU. en dos Estados con diferentes estatutos, uno del tipo “one-party consent” y otro del tipo “two-party consent”, es posible colegir que en el primer caso solamente es necesario el consentimiento de una de las partes de la conversación para considerar válida la misma, sin la necesidad de entrar en un análisis detallado sobre si el tipo de información que se transmite se encuentra o no inmerso en el ámbito de la privacidad o intimidad. Por el contrario, en los estados con estatutos del tipo two-party consent como el Estado de Washington, es necesario el consentimiento de ambas partes, **pero ello, siempre y cuando** la conversación sea de carácter privado o se envuelva dentro del ámbito íntimo de las personas, por lo que es posible deducir que al no tener dicho carácter, la grabación sería legal aun cuando no exista el consentimiento de todas las partes, lo cual deviene del propio enunciado de la “Washington State Legislature” prescrito en su Título 9, Capítulo 9.73, Sección 9.73.030 que manifiesta:

**Interceptar, grabar o divulgar comunicaciones privadas -
Se requiere consentimiento - Excepciones.**

(1) Salvo que se indique lo contrario en este capítulo, será ilegal que cualquier individuo, sociedad, corporación, asociación o el estado

⁴ “El derecho de una persona a ser libre de intrusión o publicidad en asuntos de naturaleza personal.” Merriam Webster. (Dakota del Norte). Right of privacy. En el diccionario jurídico Merriam-Webster.com. Recuperado el 6 de agosto de 2020 de <https://www.merriam-webster.com/legal/right%20of%20privacy>

de Washington, sus agencias y subdivisiones políticas intercepten o registren:

(a) Comunicación privada transmitida por teléfono, telégrafo, radio u otro dispositivo entre dos o más personas entre puntos dentro o fuera del estado por cualquier dispositivo electrónico o de otro modo diseñado para grabar y / o transmitir dicha comunicación, independientemente de cómo se alimenta dicho dispositivo o accionado, sin obtener primero el consentimiento de todos los participantes en la comunicación;

(b) Conversación privada, por cualquier dispositivo electrónico o diseñado de otro modo para grabar o transmitir dicha conversación, independientemente de cómo se active o actúe el dispositivo sin obtener primero el consentimiento de todas las personas involucradas en la conversación.

Los literales a y b del artículo precedente, hacen alusión a las “**comunicaciones privadas**”, especificando, en primera instancia, el tipo de información al que se refiere la norma, que es justamente lo que analiza la Corte antes de verificar si existió o no el consentimiento de las partes; por lo que si no se trata de una comunicación privada no sería necesario analizar el segundo supuesto, siendo indispensable únicamente el consentimiento de una de las partes; circunstancia que se ha replicado en otros países de Europa como España, como se analizará en el siguiente acápite.

Validez y eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias en España: Jurisprudencia.

En España, desde 1984 hasta la actualidad, la jurisprudencia se ha pronunciado respecto de la validez de las grabaciones subrepticias dentro de un proceso judicial, en reiteradas ocasiones. Uno de los casos que nos permite colegir que no existe vulneración del derecho a la intimidad al ejecutar una grabación subrepticia acaeció en el año 2017 en donde un abogado interpuso una demanda en contra de

su clienta alegando el no pago de sus honorarios en el valor de 6120 euros, valor que a decir del letrado se había acordado por su patrocinio en una causa. Por su parte, la clienta manifestaba que el valor acordado fue de 210 euros. No se firmó ningún contrato entre las partes, sin embargo existía una grabación realizada en secreto por la clienta en la que se acordaban los honorarios por 210 euros solamente, grabación que fue impugnada por el abogado. (Sentencia CIVIL N° 59/2017, Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6, Rec 449/2016 de 09 de Febrero de 2017, 2017) Sobre la validez procesal de dicha grabación, el Tribunal Ap- Pontevedra (2017) manifestó lo siguiente.

Reclamación de honorarios por los servicios profesionales prestados. Estimación parcial de la demanda.

Es prueba válida la grabación por el cliente de la conversación mantenida durante una reunión en el despacho profesional del actor, en la cual éste fijó sus honorarios profesionales. No supone una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad ni al secreto de las comunicaciones. Existe una consolidada doctrina jurisprudencial que mantiene la licitud de las grabaciones de conversaciones en la que se interviene directamente siempre y cuando no verse sobre la vida personal o familiar de la otra persona que está siendo grabada, incluso sin la autorización de ésta. El letrado, libre y espontáneamente, comunicó a su cliente las gestiones realizadas en el cumplimiento del servicio encomendado y los honorarios devengados. La oferta del letrado define de forma inequívoca su pretensión económica y crea una razonable confianza en la contraparte de que la cantidad de la que habla va a ser el importe de la remuneración de sus servicios profesionales. La cantidad ofrecida por la demandada mediante burofax lo fue en el curso de un proceso de negociación y no traspasó los límites de una mera oferta no vinculante.

La AP Pontevedra confirma la sentencia de instancia que estimó parcialmente de demanda de reclamación de honorarios de letrado

por los servicios profesionales prestados.” (Audiencia Provincial de Pontevedra, Sala de Apelaciones de lo Civil, 2017)

Desde 1984 hasta la actualidad, España ha mantenido una misma línea jurisprudencial según la cual las grabaciones subrepticias son válidas y eficaces mientras la información no tenga un carácter privado, es decir, con tal que no se involucren temas relativos a la vida personal o familiar del individuo, esto es, siempre y cuando, no se vulnere el derecho a la intimidad del colutor. En efecto, pretender extender el alcance del derecho a la intimidad, solamente conlleva a la vulneración de otros derechos fundamentales del ser humano, tales como el del derecho a la prueba, toda vez que la información está destinada al interlocutor y este no tiene la obligación legal ni constitucional de guardarla en secreto, siempre que se cumplan los presupuestos ya establecidos.

Validez y eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias en Ecuador: doctrina.

En Ecuador no existe jurisprudencia respecto de la validez de las grabaciones subrepticias, sin embargo existen 2 posiciones, una parte considera que tales elementos de prueba son inválidos aduciendo que se vulnera el derecho a la intimidad personal de quien desconoce que está siendo grabado. Al respecto Ricardo Vaca Andrade⁵ (2011a) ha expresado:

Uno de los temas respecto a los cuales existe una gran confusión entre abogados, fiscales, jueces y otros operadores de justicia es el relacionado con la grabación o registro de voces o imágenes y su utilización en un trámite judicial. Se cree, equivocadamente, que una grabación de voz o una filmación de imágenes o, el registro de una

⁵ “Doctor en Jurisprudencia, abogado y docente universitario. fue abogado de la Contraloría, prosecretario de la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, director general y subsecretario del Ministerio de Trabajo, asesor jurídico y subsecretario en varias oportunidades en el Ministerio de Gobierno y entre 1983 y 1984 fue ministro de Gobierno encargado. Además, fue presidente del Consejo Nacional de Tránsito, del Consejo Nacional de Rehabilitación Social y de la Junta Provincial de Defensa Civil. Después de ser abogado de Petroamazonas y Petroproducción, entró a Filanbanco, a donde renunció para ser vocal del CNJ.”

conversación, efectuada por una persona particular que tiene el carácter de interlocutora es inconstitucional por violatoria de los derechos fundamentales de los demás interlocutores, e, ilegal, por haber sido efectuada sin orden previa de juez penal competente. (párr. 1)

Personas que no están debidamente informadas sobre el tema, por conveniencia personal o profesional, objetan sin más la validez de estos registros, aduciendo que no han sido obtenidos con autorización del juez penal. Más grave aún es que los juzgadores, por ignorancia, comodidad o intereses ocultos, sin mayor análisis, aceptan la objeción y declaran la invalidez probatoria de tales registros. Ese es un grave error, como vamos a ver.” (párr. 2)

Respecto de la validez y eficacia probatoria el Dr. Ricardo Vaca Andrade (2011b), manifiesta que,

Cuando uno de los interlocutores es el que graba su propia conversación con otra persona; o cuando un sujeto se graba él mismo, o dispone que por su encargo otro sujeto registre, grabe o filme una conversación o entrevista, NO necesita ni de la autorización del otro interlocutor (aunque en ocasiones parezca un gesto de nobleza que si le advierta), y menos aún se requiere autorización previa de Juez penal. (párr. 26)

Para una posición mayoritaria que compartimos, es evidente que no existe "secreto" para aquél a quien se dirige la comunicación, ni implica contravención del derecho a la intimidad o privacidad, toda vez que la Constitución de la República del Ecuador no prohíbe que él capte o divulgue el contenido de una conversación destinada a él, salvo que se traten de hechos relativos a la vida personal o familiar de quien está siendo grabado. La Constitución no dispone que el interlocutor deba guardar en secreto lo que se le ha comunicado, pretender aquellos es extender indebidamente el ámbito de protección del derecho a la intimidad que la Norma Suprema no contempla.

1.12.-Hipotesis.

Las grabaciones subrepticias tienen validez y eficacia probatoria, bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos, por ende su inadmisibilidad por parte de un juzgador materializa una vulneración de derechos fundamentales.

1.13.-Metodos a utilizar con la investigación.

Los métodos que utilizaré para el desarrollo del presente proyecto son: el analítico-sintético y el inductivo-deductivo: mediante el primer método se llevará a cabo una investigación documental mediante la revisión, en forma separada, de todo el acervo correspondiente a derecho, jurisprudencia y doctrina comparada, así como instrumentos internacionales relativos a la validez y eficacia probatoria de las conversaciones grabadas en secreto por uno de los colocutores. Luego del análisis será necesario sintetizar esta información a fin de estructurar las ideas. A través del método inductivo se obtendrán conclusiones generales con base a la información obtenida a través del método analítico-sintético. Finalmente, mediante el método deductivo, los principios y conocimientos generales obtenidos se aplicarán a casos concretos para inferir conclusiones particulares acerca de la validez y eficacia probatoria de las grabaciones subrepticias.

1.14.-Cronograma de tareas.

ACTIVIDADES	MES 1				MES 2				MES 3				MES 4				MES 5				MES 6			
1. Revisión y selección de la información bibliográfica de las teorías y conceptos.																								
2. Elaboración de la fundamentación teórica.																								

- Hernández, G. (2 de 08 de 1999). *Corte Constitucional de la República de Colombia*.
Obtenido de Sentencia T-555/99:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-555-99.htm>
- McCormick Legal Corporation. (2012). *A state-by-state guide to taping phone calls and in-person conversations*. Reporters Committee, Arlington. Obtenido de
<https://www.rcfp.org/wp-content/uploads/imported/RECORDING.pdf>
- Mullins, T., & Farinacci, A. (2005). A Trial Lawyer's Guide to Subreptitious Audio Evidence. *Litigation*, 31(3), 27-33. Recuperado el 28 de 06 de 2020, de
www.jstor.org/stable/29760496
- Ruiz, B. (2007). EL DERECHO A LA PRUEBA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL. (F. d. Antioquia, Ed.) *Estudios de Derech*, LXIV. Obtenido de
<http://biblioteca.cejamerica.org/handle/2015/4929?show=full>
- Ruiz, B. (2008). VALORACIÓN DE LA VALIDEZ Y DE LA EFICACIA DE LA PRUEBA. Aspectos epistemológicos y filosófico-políticos. *Estudios de Derecho*, LXV, 197.
- Sentencia CIVIL Nº 59/2017, Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6, Rec 449/2016 de 09 de Febrero de 2017, 59/2017 (AP - Pontevedra 9 de febrero de 2017). Obtenido de: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-59-2017-ap-pontevedra-sec-6-rec-449-2016-09-02-2017-47764365>
- Vaca, R. (diciembre de 2011). *VALIDEZ JURÍDICA DE LAS GRABACIONES DE VOZ O IMAGEN EFECTUADAS POR LOS INTERLOCUTORES*. Obtenido de
<http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/articulos/validez-juridica-de-las-grabaciones-de-voz-o-imagen-efectuadas-por-los-interlocutores/>

Cuenca, 2 de octubre de 2020.

María Gabriela Vintimilla Moreno
Investigadora

Dr. Fernando Moreno Morejón, Mgs.
Tutor.

Abg. Paola Vallejo Cárdenas, Mgs.
Responsable la Unidad de Titulación
e Investigación Formativa.
Carrera de Derecho.

Fecha: _____

Aprobado en sesión del H. Consejo Directivo de fecha: _____

Unidad Académica de Ciencias Sociales