

Gabriel Patricio Díaz-Estupiñan

<http://dx.doi.org/10.35381/racj.v7i1.2101>

Consentimiento para la extracción de un fluido corporal en un proceso penal
Consent to the withdrawal of bodily fluid in criminal proceedings

Gabriel Patricio Díaz-Estupiñan
gapadies@hotmail.com
Universidad Técnica Luis Vargas Torres de Esmeraldas, Esmeraldas, Esmeraldas
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-6300-2052>

Recibido: 15 de junio 2022
Revisado: 10 de agosto 2022
Aprobado: 15 de septiembre 2022
Publicado: 01 de octubre 2022

Gabriel Patricio Díaz-Estupiñan

RESUMEN

En la presente investigación se planteó como objetivo general analizar jurídicamente el consentimiento para la extracción de un fluido corporal en un proceso penal. Bajo una investigación de tipo documental-bibliográfico, se realizó una revisión de la legislación nacional aplicable al tema; así como libros y artículos relevantes y documentos de los organismos de la administración de justicia ecuatoriana como es la Fiscalía General del Estado en su función directora de la investigación penal preprocesal y procesal. Se analizó críticamente dichas fuentes; describiendo los hallazgos encontrados, permitiendo desarrollar el cuerpo teórico con relación al tema de estudio. Se concluye que, en el proceso penal ecuatoriano rige el principio de libertad probatoria, con base en el cual los sujetos procesales pueden solicitar al juzgador la incorporación al proceso de cualquier medio de prueba de culpabilidad o inocencia.

Descriptor: Procedimiento legal; derecho a la justicia; criminología. (Tesoro UNESCO).

ABSTRACT

In the present research, the general objective was to legally analyze the consent for the extraction of a body fluid in a criminal proceeding. Under a documentary-bibliographic type of research, a review of the national legislation applicable to the subject was carried out; as well as books and relevant articles and documents of the Ecuadorian justice administration agencies such as the Attorney General's Office in its role as director of the preprocedural and procedural criminal investigation. These sources were critically analyzed; describing the findings found, allowing to develop the theoretical body in relation to the topic of study. It is concluded that, in the Ecuadorian criminal process, the principle of evidentiary freedom governs, based on which the procedural subjects may request the judge the incorporation of any means of proof of guilt or innocence to the process

Descriptors: Legal procedure; right to justice; criminology; criminology. (UNESCO Thesaurus).

Gabriel Patricio Díaz-Estupiñan

INTRODUCCIÓN

La libertad probatoria como principio del Derecho procesal ecuatoriano está delimitado por las exigencias de oportunidad y pertinencia de la prueba; si no se cumplen esos requisitos el juzgador puede declarar inadmisibles las pruebas viciadas en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. En este sentido, en el proceso penal ecuatoriano rige el principio de libertad probatoria, de conformidad con el Código Orgánico Integral Penal. (2014) según lo siguiente:

Artículo. 454.- Principios. - El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios:

4. Libertad probatoria. - Todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas.

En este orden de ideas, ello significa que los sujetos procesales pueden valerse de los medios de prueba que estén a su alcance, o que sean solicitados al juzgador mediante la diligencia pertinente, para llevar al juzgador al convencimiento necesario para decidir sobre la existencia material del delito y la responsabilidad de la persona procesada. Sin embargo, ese principio está sujeto a determinados límites, como son la utilidad, pertinencia e idoneidad de la prueba, y a su obtención e incorporación lícita al proceso.

Así mismo, como excepción a ese principio de libertad probatoria se puede indicar de determinadas diligencias, como sucede en el caso de la extracción de un fluido corporal en una investigación, donde un requisito exigible es que la persona sobre la que se toma las muestras dé su consentimiento de manera expresa, aun cuando pudiera tratarse de una prueba necesaria para acreditar la responsabilidad o inocencia del imputado, o la existencia material de la infracción.

Por ende, el hecho es que, frente a la necesidad de obtener el material probatorio necesario para llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y su autoría, existen otros principios como la libertad personal, la dignidad humana y la salud, que exigen un ejercicio de ponderación cuando la decisión corresponde al juzgador, o el

Gabriel Patricio Díaz-Estupiñan

consentimiento de la persona interesada cuando así lo ha prescrito el legislador. Esta última es la situación actual en el Ecuador, donde se requiere el consentimiento de la persona procesada para obtener dichas muestras.

Por lo expuesto, se plantea como objetivo general analizar jurídicamente el consentimiento para la extracción de un fluido corporal en un proceso penal.

METODOLOGÍA

La investigación se desarrolla desde un enfoque cuantitativo; bajo una investigación de tipo documental-bibliográfico. Se realizó una revisión de la legislación nacional aplicable al tema, así como libros y artículos relevantes y documentos de los organismos de la administración de justicia ecuatoriana como es la Fiscalía General del Estado en su función directora de la investigación penal preprocesal y procesal. Se analizó críticamente dichas fuentes; describiendo los hallazgos encontrados, permitiendo desarrollar el cuerpo teórico en relación al tema de estudio; para luego emitir un conjunto de argumentos y conclusiones relacionados al tema del consentimiento para la extracción de un fluido corporal en un proceso penal.

RESULTADOS

Luego de la revisión documental-bibliográfica se presentan a continuación los resultados obtenidos del análisis jurídico.

Principio de libertad probatoria en el proceso penal ecuatoriano

En el proceso penal ecuatoriano la libertad probatoria es un principio que deben respetar tanto el juzgador como los sujetos procesales, y en virtud del mismo; cada parte puede presentar los medios de prueba que considere oportunos y necesarios para acreditar la veracidad de sus afirmaciones o negaciones, en el marco del proceso penal acusatorio y el principio de contradicción.

En tal sentido, el principio de libertad probatoria supone que las partes no tienen límite en el uso de los medios probatorios para demostrar sus afirmaciones que fundamentan sus pretensiones o excepciones, pudiendo hacer valer cualquier medio

Gabriel Patricio Díaz-Estupiñan

de prueba previsto en el ordenamiento jurídico e incluso las que no se encuentren reguladas por la normativa vigente, siendo el único limitante que el medio pretendido esté expresamente prohibido por la constitución o la ley, debe analizarse entonces cuál es su fin garantista, si es proporcional, racional, razonable y lógico (Segovia, 2018).

Sin embargo, ese principio está necesariamente sujeto a límites para evitar que se presenten medios de prueba no relacionados con el caso, o que sean irrelevante o improcedentes. Al respecto hay que atenerse a lo dispuesto en el artículo 454 que establece los principios por los que debe regirse el anuncio y la práctica de la prueba. En esta parte, para contrastar con el principio de libertad probatoria, es menester referirse a los principios de oportunidad, pertinencia y exclusión. Esos criterios de admisibilidad de la prueba deben aplicarse a cualquier medio que se considere necesario, máxime cuando para obtenerlo se requiera el consentimiento de la persona procesada o la víctima. Es por ello que en la extracción de un fluido corporal en una investigación se deben cumplir todos los requisitos previstos en la ley, pues de lo contrario la prueba obtenida puede ser excluida del proceso, al amparo del artículo 454 del COIP, y del artículo 76 numeral 4.

Licitud de la prueba

Con respecto a la prueba ilícita en la doctrina se pueden identificar al menos tres concepciones en orden a su definición y naturaleza Miranda (2004, p.20):

1. La primera considera que la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana.
2. La segunda posición plantea que la prueba ilícita es aquella que “se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita.
3. En la tercera se identifica la prueba ilícita con la violación de la norma o contraria a Derecho, y se define como aquella contraria a una norma del ordenamiento jurídico.

Gabriel Patricio Díaz-Estupiñan

Por lo tanto, una doble finalidad le atribuye (Vela, 2020), pues calificar como ilícita una prueba permite tanto asegurar el cumplimiento de las garantías básicas del procesado como evitar la impunidad que pueda generarse como consecuencia de la exclusión de la prueba relevante, pertinente y contundente obtenida con transgresión a los derechos fundamentales ((Vela, 2020, p. 295).

En este sentido, la ilicitud de la prueba no es solo un tema de dogmática jurídica, sino que tiene una importante influencia tanto a nivel legislativo como jurisdiccional, a la vez que se relaciona estrechamente con los derechos y garantías del procesado reconocidas tanto a nivel internacional como en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En el proceso penal ecuatoriano es responsabilidad del juez de garantías penales, en la audiencia de formulación de cargos y preparatoria a juicio, determinar la licitud de la prueba incorporada por los sujetos procesales (Crespo, 2019).

Por otro lado, la jurisprudencia ecuatoriana de los últimos años ha sido enfática en cuanto a la exclusión absoluta de la prueba obtenida de manera ilícita. Así, en el Caso 1449-2014 la Corte Nacional de Justicia determinó que:

La prueba ilícita implica la transgresión de normas ya sean de Tratados Internacionales, Constitución de la República que comportan una vulneración de tamaño mayúsculo que no es susceptible de convalidación pese a que se posible se vuelva a practicar de modo idóneo, tal es el caso de la versión o testimonio auto inculpatario obtenido sin el patrocinio de un abogado. (p. 10).

La ilicitud de la prueba se ancla en la trasgresión de normas relativas a los derechos fundamentales de la persona procesada, particularmente de las normas convencionales y decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), los principios y normas constitucionales y legales vigentes y la jurisprudencia interamericana, respecto de la cual existe una obligación específica de aplicación en virtud del control de convencionalidad. Precisamente la CIDH en el Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México enfatizó que la regla de exclusión de la prueba ilícita “ostenta un carácter absoluto e inderogable”. (CIDH, 2010, p. 68).

Gabriel Patricio Díaz-Estupiñan

Por lo tanto, efectivamente, tanto en la doctrina como en la legislación y en esta jurisprudencia citada, no existe modo alguno de convalidar la prueba obtenida de manera ilícita, por lo que los resultados de las actuaciones de investigación ordinarias como aquellos obtenidos mediante la aplicación de técnicas especiales de investigación que infrinjan las normas vigentes y especialmente las relativas a los derechos y garantías de las personas procesadas, acrecerán de todo valor probatorio y no podrán ser tomadas en cuenta en el proceso, del que serán excluidas en caso de ya hubieran sido admitidas en la fase preliminar.

Como ha expresado la Corte Nacional de Justicia, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tanto la prueba ilícita como la ilegal han de ser excluidos del acervo probatorio (CNJ, 2014, p. 24). En consecuencia, si los indicios y medios de prueba obtenidos mediante las técnicas y procedimiento de investigación violan las normas vigentes deben ser excluidos del proceso y no se les puede atribuir ningún valor probatorio.

Requisitos para extraer un fluido corporal del procesado

De lo explicado hasta el presente se colige que una prueba obtenida con violación de normas o principios vigentes carecerá de valor probatorio, por más que pueda resultar oportuna, útil o conducente para la averiguación de los hechos que se juzgan. En el caso de la extracción de un fluido corporal en una investigación, además de los requisitos indicados se debe contar con el consentimiento de la persona procesada, tal como lo dispone el artículo 459 numeral 1 del COIP como principio general de las actuaciones de investigación.

Como criterio de aplicación de ese artículo la Fiscalía General del Estado. (2007) en el protocolo correspondiente ha dispuesto que:

La toma de muestras de indubitadas en personas vivas debe hacerse con autorización judicial y luego de llenar el formulario de consentimiento informado de la persona. Se realiza un registro fotográfico y dactilar de los comparecientes. Esta información debe ser adjuntada al expediente de cada caso. Se debe verificar que la información suministrada sea la correcta p. 13.).

Gabriel Patricio Díaz-Estupiñan

El consentimiento informado, que se expresa en el formato diseñado para ello, se debe dejar constancia de que la persona procesada ha declarado lo siguiente:

1. Haber sido informado de manera objetiva, clara y sencilla de todos los aspectos relacionados con la prueba de ADN y el propósito de la misma.
2. He leído y comprendido la información recibida y se me ha dado la oportunidad de formular todas las preguntas que he creído oportunas.
3. Entiendo que se me tomará la huella dactilar de mi pulgar de la mano derecha y/o del pie derecho (RN); se extraerá una muestra biológica; y se me tomará una fotografía, que certifican la comparecencia a este proceso.
4. Entiendo que el Laboratorio de Genética Forense almacenará los registros genéticos y el ADN obtenido por un tiempo prudencial.
5. Bajo ningún concepto se me ha ofrecido, ni pretendo recibir ningún beneficio de tipo económico para la realización de estos análisis.
6. Entiendo también que, una vez realizado el estudio, la información genética obtenida será empleada para realizar estudios de genética poblacional con fines forenses.

Una vez informada de todo aquello, la persona procesada puede dar o no su consentimiento para la extracción de fluido. Si niega el consentimiento sencillamente deberán buscarse la existencia del delito y la responsabilidad del procesado por otros medios, pues el consentimiento negado constituye una barrera infranqueable para los investigadores de la Fiscalía y del Sistema especializado integral de investigación.

Derecho del procesado para dar su consentimiento para la extracción de un fluido corporal en una investigación

La persona procesada tiene en el Ecuador un amplio conjunto de garantías y derechos que lo protegen frente al poder punitivo del Estado; de esa manera, para garantizar derechos básicos como la dignidad y la salud se exige que la extracción de muestras o fluidos corporales cuente con su consentimiento expreso e informado, lo que constituye evidentemente un derecho que no admite ponderación laguna pues es de exclusiva competencia de la persona decidir si admite la extracción mencionada.

Gabriel Patricio Díaz-Estupiñan

En otro orden de ideas, en su investigación titulada Reforma al artículo 463 del Código Orgánico Integral Penal a fin de establecer la autorización judicial para la extracción de fluidos corporales al procesado en los delitos sexuales y contra la vida, Vivanco Falcón (2017) propone que se incluya un numeral al artículo 463 del COIP con el siguiente texto: No se requerirá autorización judicial alguna o consentimiento expreso cuando la Fiscalía este realizando investigaciones en delitos sexuales y contra la vida. (p. 87). Cabe señalar al respecto que, en España, la reforma llevada a cabo en el año 2015 introdujo la posibilidad de la obtención coactiva de la muestra, previa la oportuna autorización judicial. (Acón, 2020, p. 185), tal como sugiere la propuesta indicada. Ante ello, tanto la Fiscalía en el ejercicio de la acción penal pública como el abogado patrocinador deben buscar otros medios de prueba para acreditar la existencia del delito y la culpabilidad o inocencia del procesado, ya que en muy pocos casos la presencia de fluidos en el cuerpo de la víctima que puedan conectarla con el imputado es la única prueba posible.

CONCLUSIONES

En el proceso penal ecuatoriano rige el principio de libertad probatoria, con base en el cual los sujetos procesales pueden solicitar al juzgador la incorporación al proceso de cualquier medio de prueba que sirva para acreditar la existencia de la infracción y la culpabilidad o inocencia del procesado. Sin embargo, ese principio está limitado por exigencias propias del anuncio y práctica de la prueba, en particular por los principios de oportunidad, pertinencia y exclusión.

En el caso de la extracción de un fluido corporal del procesado en una investigación penal, además de los límites indicados a la libertad probatoria, se requiere el consentimiento expreso e informado del imputado, con lo que se garantizan sus derechos a la salud y a la dignidad humana, además de la licitud en la obtención de la prueba y una limitación razonable al poder punitivo del Estado.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

Gabriel Patricio Díaz-Estupiñan

AGRADECIMIENTO

Universidad Técnica Luis Vargas Torres de Esmeraldas; por motivar el desarrollo de la Investigación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Acón, I. (2020). La obtención coactiva de la muestra genética para la investigación criminal en España. [Coercive collection of genetic samples for criminal investigation in Spain]. *Revista Via Iuris*(29), 185-204. DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n29a5>
- Asamblea Nacional (2014). Código Orgánico Integral Penal. [Comprehensive Criminal Code]. Registro Oficial N° 180. Recuperado de <https://url2.cl/53c6h>
- Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, (2008). Constitución de la República del Ecuador. [Constitution of the Republic of Ecuador]. Montecristi. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Recuperado de <https://n9.cl/sia>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. [Cabrera García and Montiel Flores v. México Case]. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Recuperado de: <https://n9.cl/242wk>
- Corte Nacional de Justicia. (2014). Caso No. 1449-2014 VR. [Case No. 1449-2014 VR]. Recurso de Casación. La Fiscalía Contra el Señor Riskus Grazvydas. Recuperado de: <https://n9.cl/mk6ww>
- Crespo Cardenas, D. (2019). Análisis de la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba previstos en la audiencia evaluatoria y preparatoria del juicio penal en Ecuador. [Analysis of the exclusion, rejection or inadmissibility of the evidence provided in the evaluatory and preparatory hearing of the criminal trial in Ecuador]. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de: <https://n9.cl/z0abq>
- Fiscalía General del Estado. (2007). Manual de Procedimientos para el Laboratorio de ADN Humano. [Manual of Procedures for the Human DNA Laboratory]. Recuperado de: <https://n9.cl/mrhpk>
- Miranda, M. (2004). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona. España (2da ed.). J.M. Bosch Editor.

Gabriel Patricio Díaz-Estupiñan

- Segovia, N. (2018). Límites de la libertad probatoria en el sistema mixto concentrado de audiencias previsto en el COGEP. [Limits to the freedom of evidence in the concentrated mixed system of hearings under COGEP]. Tesis de Maestría. Universidad Internacional SEK. Recuperado de: <https://n9.cl/j32cs>
- Vela, N. (2020). La prueba ilícita en el proceso penal ecuatoriano: bases doctrinales y jurídicas. [The illicit evidence in the ecuadorian criminal process: Doctrinal and legal bases]. *Journal of Business and entrepreneurial*, 4(2), 295-307. <https://doi.org/10.37956/jbes.v4i2.107>
- Vivanco Müller, I., y Falcón Sandoval, D. (2017). Reforma al artículo 463 del Código Orgánico Integral Penal a fin de establecer la autorización judicial para la extracción de fluidos corporales al procesado en los delitos sexuales y contra la vida. [Amendment to Article 463 of the Organic Integral Penal Code to establish judicial authorization for the extraction of bodily fluids from the defendant in sexual crimes and crimes against life]. Tesis de Grado. Universidad Nacional de Loja. Recuperado de: <https://n9.cl/e4seh>