

ARTÍCULO CIENTÍFICO
CIENCIAS SOCIALES

El principio nemo tenetur se ipsum, su aplicación en materia penal en el Ecuador

The nemo tenetur se ipsum principle, its application in criminal matters in Ecuador

Tixi Torres, Diego Fabricio ^I; Machado Maliza, Mesías Elías ^{II}; Cangas Oña, Lola Ximena ^{III}; Iglesias Quintana, Janneth Ximena ^{IV}

^I. ur.diegotixi@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, extensión Riobamba, Riobamba, Ecuador

^{II}. ur.mesiasmachado@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, extensión Riobamba, Riobamba, Ecuador

^{III}. ur.lolacangas@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, extensión Riobamba, Riobamba, Ecuador

^{IV}. ur.jannetiglesias@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, extensión Riobamba, Riobamba, Ecuador

Recibido: 31/10/2019

Aprobado: 15/11/2019

Como citar en normas APA el artículo:

Tixi Torres, D.F., Machado Maliza M.E., Cangas Oña, L. X e Iglesias Quintana, J. X. (2019). El Principio nemo tenetur se ipsum, su aplicación en materia penal en el Ecuador. *Uniandes Episteme*, 6 (Especial), 761-771.

RESUMEN

El principio nemo tenetur se ipsum, es un principio que ha sido desarrollado fuertemente por la doctrina penal, siendo escasa la tipificación como tal en un ordenamiento jurídico interno. Este principio está ligado al derecho a la defensa y este concomitantemente al derecho al silencio y al de no autoincriminación. Para establecer si este principio tiene aplicación en nuestro ordenamiento jurídico interno se realizó un análisis bibliográfico, tomando en cuenta que nuestro estado tiene la obligación de adecuar todo el sistema normativo interno a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos que afirmado y ratificado. Recalcando que el principio nemo tenetur se ipsum es el denominado principio de pasividad es decir dicho principio debe ser aplicado por el investigado o procesado durante toda la fase pre procesal o proceso penal, siendo así que este no podrá hacer, no colaborar, no declarar,

no probar, ni mover un dedo sin su consentimiento y la aplicación de este derecho no le conmina al juzgador a entenderlo en contrario sensu.

PALABRAS CLAVE: Pasividad; Derecho a la defensa; Derecho al Silencio; No autoincriminación; Convencionalidad de las normas.

ABSTRACT

The nemo tenetur se ipsum principle is a principle that has been developed strongly by criminal doctrine, being scarce typification as such in an internal legal order. This principle is linked to the right to defence and to this concomitantly to the right to silence and non-self-incrimination. In order to establish whether this principle applies in our domestic legal system, a bibliographic analysis was carried out, taking into account that our state has an obligation to bring the entire domestic regulatory system into line with treaties and conventions affirmed and ratified. Emphasizing that the nemo tenetur se ipsum principle is the called principle of passivity it means that principle must be applied by the investigated or prosecuted throughout the pre-trial phase or criminal proceedings, whereas it will not do, collaborate, declare, prove, even move a finger without your consent and the application of this right does not prompt the judge to understand it to the contrary sensu.

KEYWORDS: Passivity; Right to defense; Right to silence; Non-Self-Incrimination; Conventionality of rules.

INTRODUCCIÓN

Constituye sin dudas el presente trabajo de investigación un hecho significativo, tomando en cuenta que nos encontramos en un estado de derecho, en donde todos los ciudadanos de nuestro estado tenemos que respetar y que nos respeten los derechos consagrados a nivel nacional como a nivel convencional. El derecho al que se refirió el presente trabajo es el derecho a permanecer pasivo por parte de la persona que está siendo investigada o procesada en una causa criminal. Dicho derecho está ligado a la presunción de inocencia que se encuentra establecido en nuestra Constitución.

Nuestro estado ha firmado y ratificado tratados y convenios internacionales de derechos humanos, ya en el tema del presente trabajo tenemos a la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos. Y con ello se tiene que respetar el principio de convencionalidad de las normas.

El significado del principio Nemo Tenetur Se Ipsum es cuando el investigado o procesado ejerce un “comportamiento procesal pasivo (no hacer, no colaborar, no declarar, no probar)”, dicho principio en nuestro país es vulnerado ya que los agentes fiscales muchas de las veces

obligan a los investigados o procesados a participar de las diligencias investigativas so pena de coaccionarlos mediante un juez o sancionar a los abogados que prefieren no hacerles participar a sus defendidos en dichas diligencias.

Por lo mismo este trabajo científico trato de dar una opinión técnica y científica sobre la importancia del respeto a dicho principio, esto con la finalidad que los sujetos procesales intervinientes en una causa criminal tengan los argumentos para realizar una correcta intervención procesal y se trate siempre de respetar los derechos y garantías establecidas para la persona que está siendo investigada. Y de cierta manera se busque la forma correcta de investigar para la demostración de delito + responsabilidad.

MÉTODOS

En el presente trabajo se realiza es un recorrido bibliográfico del problema planteado, por lo que se generó una estrategia de recolección de datos en base a una investigación no experimental.

Técnica Cualitativa.

Análisis bibliográfico. - los conceptos, información, textos, y teorías relacionadas al trabajo propuesto ayuda a una aproximación y comprensión del tema, apoyados también de documentos escritos, fichas bibliográficas y nemotécnicas que ayudo al desarrollo de la discusión y la obtención de resultados que evidencia que el problema es evidente y pone en el tapete la discusión de si se debe aplicar o no el principio nemo tenetur se ipsum en la legislación penal ecuatoriana.

Observación no participante. - Se observó situaciones ocurridas en el mundo en el Ecuador y de manera particular casos de la ciudad de Riobamba, a fin de relacionarlos con la fundamentación bibliográfica.

Limitaciones de la metodología.

La limitación en la metodología consiste generar estudios que permiten familiarizarse con el fenómeno desconocido, a fin de obtener la información que posibilite llevar a cabo una investigación completa y profunda.

Como limitante también se podría decir que el presente trabajo de investigación se caracteriza por describir el fenómeno estudiado en su contexto o de manera integral.

Otra limitante en la metodología de la presente investigación tiene que ver con la aplicación bibliográfica como fuente máxima del sustento de resultados.

RESULTADOS

Protección convencional, constitucional y legal.

Tixi Torres; Machado Maliza; Cangas Oña; Iglesias Quintana

Concedores del principio de convencionalidad de las normas tenemos que nuestra Constitución de la República del Ecuador estableció dentro del denominado bloque de constitucionalidad a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos en donde se manifiesta que:

“La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

Ante lo dicho se puede precisar que el primer camino a recorrer y verificar en donde está estipulado el derecho aquí tratado es a nivel convencional, por lo mismo empezaremos analizando lo estipulado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como PACTO DE SAN JOSÉ.

En esta convención se establece las garantías judiciales que se deben respetar por parte del estado cuando este quiere irrumpir en los derechos y garantías de las personas cuando estos se suponen haber cometido una infracción penal. Dentro del literal g del numeral 2 del artículo 8 se precisa que el supuesto infractor ni puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni a declararse culpable, entonces comienza a aparecer la pasividad que tiene que ostentar todo supuesto infractor en todo el momento de la investigación penal.

Hay que tomar en cuenta que una vez que los tratados y convenios internacionales de derechos humanos han sido aceptados y ratificados por el estado se tiene la obligación de aplicarlos con respecto al denominado Pacta Sunt Servanda, establecido en la convención de Viena.

Como se supo mencionar al inicio de este trabajo luego de haberse hecho un recorrido a nivel convencional, lo preciso es establecer en que artículo de la Constitución de nuestra República recepta dicha normativa internacional. Ante ello se puede precisar que

“...Mediante el control de constitucionalidad se ha de constatar la aplicación y respeto, en el caso concreto, de aquel conjunto de derechos previstos en la CR y aplicables en el sub-lite independiente de la materia, grados, personas, etc., de que se trate.”

Por lo tanto, la recepción de dicha norma se encuentra establecida en el denominado debido proceso cuando estas hablan del derecho a la defensa, recordando que de igual forma la misma Constitución en su artículo 77 numeral 7 literal b y c dice de manera taxativa, que el supuesto infractor se podrá acoger al derecho al silencio y nadie le podrá forzar a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal. De cierta manera la norma suprema también protege no solo a quien se estaría considerando como supuesto infractor sino a la vez cuando se tiene algún grado de consanguinidad o afinidad. Luego de haber analizado la recepción constitucional, nos encontramos en el campo de la legalidad es decir en que norma de carácter interno se encuentra receptado el derecho al

silencio y en definitiva a la pasividad del procesado en actuaciones investigativas penales. Hay que tomar en cuenta que:

“El control de legalidad, el juez verifica que los hechos (contenido factico) se subsumen o no en una hipótesis prevista en la norma legal sustantiva (contenido iure) proceso lógico al que, en general, se congruencia entre los hechos y derecho, formulados como premisas y las conclusiones expresadas en la sentencia.”

Dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal (COIP), se puede precisar que existe de igual forma la prohibición de autoincriminación esto relacionado como un principio procesal. Y cuando se habla de una actuación investigativa el mismo cuerpo de leyes manifiesta que la persona investigada o procesada deberá rendir su versión de los hechos, siempre en base a reglas en donde se incluye el silencio y la pasividad del supuesto infractor.

El COIP, hace una diferenciación que no solo en la fase de investigación o en la etapa de instrucción fiscal el supuesto infractor tiene el derecho al silencio o demostrarse pasivo, sino también ya en la etapa de juicio específicamente en audiencia de juicio ya que impone reglas al juzgador para que pueda receptar su testimonio, con ello deja en claro que durante todo el proceso penal el procesado tiene el derecho al silencio y con ello a permanecer pasivo.

Vista Europea.

Como se conoce el principal órgano rector de Derechos Humanos en Europa es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), este órgano se pronunció en referencia al presente tema en el caso Murray, en donde el mencionado ciudadano permaneció en silencio cuando era detenido por un supuesto delito de organización armada de la República de Irlanda, conspiración para asesinato y detención ilícita de una persona.

Murray permaneció en silencio durante su interrogatorio, en el que careció de asistencia legal hasta transcurridas 48 horas. En el juicio posterior tampoco alegó nada en su defensa para explicar su presencia en el lugar de los hechos. Finalmente, el juez, valorando las pruebas presentadas por el fiscal y ante la ausencia de declaración alguna por parte del acusado, le condenó por instigar y ayudar a la detención.

El TEDH precisó que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, es inherente a la noción de proceso justo del art. 6 el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. Del mismo modo, recordó que no son derechos absolutos ya que, en determinadas ocasiones, el silencio del acusado puede tener consecuencias a la hora de evaluar las pruebas en su contra durante el juicio.

Haciendo un análisis de derecho comparado europeo se establece que la Constitución española también recepta el derecho al silencio. A su vez en el campo de derecho interno español se puede establecer que también hay recepción legal del principio de pasividad específicamente en la ley de enjuiciamiento criminal.

Que es el derecho a la defensa.

Para entender a ciencia cierta que es el derecho a la defensa partiremos definiendo que es un derecho como tal. Sin duda alguna es una palabra de difícil definición, más aún cuando han pasado años luz y sin poder dar una definición exacta de este. A pesar de ello se hará alusión a que derecho:

“Constituye la facultad, poder y potestad individual de hacer, elegir o abstenerse en cuanto a uno mismo atañe, y de exigir, permitir o prohibir a los demás; ya sea su fundamento natural, legal, convencional o unilateral.”

Así también se entiende que son

“Normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”

Es decir, un derecho es un mandado de optimización que se debe cumplir siempre en su mayor esplendor.

Para llegar a tratar el derecho a la defensa debemos tener presente que se tiene como principios limitadores al *Ius Puniendi* (Derecho a castigar) la dignidad humana, proporcionalidad y legalidad. A esto se precisa que la dignidad humana es el principio esencial que se tiene que respetar y se encuentra consagrada en nuestra Constitución. También la dignidad humana se encuentra en el COIP como una finalidad y una garantía y principio rector del proceso penal.

Al tratarse aquí del derecho a la defensa se puede establecer que siendo un mandato de optimización que se encuentra establecido en nuestra Constitución y a nivel convencional, tiene que ser cumplido siempre en su máxima expresión, se puede precisar que no se puede vulnerar dicho derecho esto con el fin de llegar a imponer una sentencia de condena en contra de una persona sino al contrario se transforma en un límite de intervención estatal para con los ciudadanos en el momento de la práctica de diligencias judiciales.

Como lo hemos desglosado en las anteriores líneas el derecho a la defensa está inmerso de muchas más garantías, entre ellas las que nos importa en gran medida para este trabajo es decir el derecho al silencio y el de no autoincriminación.

Que es el derecho al silencio y el de no autoincriminación.

Como se supone que al ser un derecho del procesado tendrá y podrá acogerse a su silencio en todo momento y este derecho tiene que ser respetado en su máximo esplendor. Ahora bien, que entendemos por silencio, si tomamos lo dicho por la Real Academia de la Lengua se puede precisar que silencio es netamente un estado en el que no hay ningún ruido o no se oye ninguna voz.

Ya dentro de materia penal se establece que:

“El derecho al silencio es un derecho fundamental del imputado que se le reconoce desde el momento de su primera declaración en sede policial, hasta su interrogatorio en el acto del juicio oral. Se traduce en que el imputado, durante la fase de instrucción o el acusado, en el plenario, tienen derecho a no contestar a alguna o a todas las preguntas que se les formulen, tanto por el Ministerio Fiscal, como por los abogados y el Juez, con la consiguiente imposibilidad de que su negativa a declarar pueda ser valorada de cualquier manera en la sentencia que en su día recaiga.”

Y justamente al sujeto que va dirigido este derecho es al procesado ya que:

“Se ve sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos cuando la pena pueda ser de naturaleza diferente, al atribuírsele la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia”

Ahora bien, la prohibición de autoincriminación se desliga del derecho al silencio ya que si se acoge a este derecho nunca se va a poder auto incriminar es decir nunca el procesado va a poder emitir ningún argumento oral ni en contra ni a favor. Pero para nuestro sistema penal el hecho de acogerse a este derecho ni le beneficia ni le afecta en nada ya que fiscalía tiene que actuar de manera objetiva y encontrar todos los elementos de convicción para demostrar tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad del procesado y con ello llegar a una sentencia de condena.

Ante ello también el gran profesor Cafferata Nores ha dicho que el derecho al silencio y ligado con la presunción de inocencia permite del procesado

“Un comportamiento procesal pasivo (no hacer, no colaborar, no declarar, no probar).”

Y también agrega que “el acto predispuesto por la ley procesal penal para darle al imputado la oportunidad de ejercer su defensa material, frente al hecho que se le atribuye y que se le ha dado a conocer, junto con las pruebas existentes, en forma previa y detallada”

Ahora bien, este principio podría ser mal utilizado en su momento oportuno por la mala defensa o asesoría jurídica que reciba el procesado ya que pudiendo haber utilizado la versión o testimonio del procesado prefiere acogerse al derecho al silencio y con ello al de pasividad. Dentro del ámbito del derecho al silencio se hace alusión al principio de pasividad es decir el no hacer nada por parte de la persona que está siendo procesada. Este no hacer nada nos quiere decir que el procesado no podrá prestar su contingente en ninguna diligencia investigativa. Es decir, no solo sirve el derecho al silencio para cuando se trata de receptar una versión o un testimonio, sino es un principio mucho más amplio que abarca a todo el actuar del procesado en el proceso.

A manera de ejemplo se puede precisar que si a Juan se le llama a dar versión él puede y tiene el derecho a acogerse al silencio, y si a Juan se le solicita que participe en una

reconstrucción de los hechos él también puede ejercer su derecho al silencio y concomitantemente la pasividad en dicha diligencia investigativa. Y por poner un ejemplo más dramático si a Juan se le pide que participe en una identificación personal de igual manera este podrá no participar, es decir no podrá mover un dedo peor un pie en esta diligencia investigativa ya que está protegido por ese derecho convencional, constitucional y legal que hemos tratado en estas páginas.

Si bien es cierto en nuestro país se puede hablar de una aplicación a medias de este principio, pero hay que tomar en cuenta que hasta por el hecho de estar presente el procesado en una actuación o técnica de investigación está generando una acción y por lo mismo es en donde se ve limitado este principio para saber exactamente desde cuándo y cómo se puede aplicar este peor aun cuando hablamos de algún tipo de gesto.

La valoración por parte del juzgador al acogerse al derecho al silencio.

Luego de haber revisado la protección que tiene este derecho a todos los niveles, se puede precisar que sin duda alguna es una máxima que tiene que ser respetada al momento de evacuar diligencias investigativas o receptar el testimonio en audiencia de juicio. Ahora bien, una cosa es que este derecho sea respetado, pero otro es la valoración que hace el juzgador por este silencio o por la no actuación del procesado ya cuando emite su sentencia.

Es aquí donde la doctrina se ha pronunciado de diferente manera estableciendo por ejemplo a NIEVA FENOLL que:

“Considera que valorar el silencio del imputado como un elemento en el que poder basar su culpabilidad supondría convertirle en un simple objeto del proceso penal”

Así también ASECIO MELLADO sostiene que:

“Si el derecho fundamental concede la posibilidad de callarse sólo podrá ser ejercitado haciendo uso del silencio, con lo que extraer cualquier dato de culpabilidad sería tanto como anular la eficacia de un derecho que sólo así puede ser ejercitado”

Cuestión contraria tiene marcada el TEDH en su sentencia antes citada del caso Murray, y con ello se han pronunciado en varios fallos jurisprudenciales en la república española

Pero en lo que tiene que ver con nuestro estado ecuatoriano el silencio no es valorado por los jueces, se ha mantenido el criterio que es un derecho y por tal no puede ocasionar una valoración positiva al momento de decidir en una causa penal, ya que sin duda alguna se estaría vulnerando dicho derecho.

El presente trabajo nos llevó a establecer que el principio nemo tenetur se ipsum (Principio de pasividad) está ligado a la presunción de inocencia, y con ello hace que dicho principio sea aplicable en nuestro país, ya que existe reconocimiento nacional y convencional.

El principio nemo tenetur se ipsum al estar ligado a la presunción de inocencia le permite al investigado o procesado permanecer pasivo durante toda actuación investigativa o durante todo el proceso penal, es decir no podrá declarar, ayudar, aportar, actuar, colaborar, probar sin su consentimiento.

Que el principio nemo tenetur se ipsum es poco aplicado en nuestra legislación penal, esto en base al desconocimiento de dicho principio por parte de los sujetos procesales esto es fiscalía, víctima, procesado y defensa. Y a más de ello cuando se lo ha querido aplicar ha existido por parte de fiscalía una coacción al procesado manifestándole que será ordenado a participar mediante una orden emitida por un juez o una jueza de garantías penales y también a los abogados defensores con amenazas de denuncias al Consejo de la Judicatura.

DISCUSIÓN

Dentro de la normativa convencional, constitucional y legal se puede precisar que el principio nemo tenetur se ipsum tiene reconocimiento, pero no ha sido positivizado como tal, sino hace una relación íntima con la presunción de inocencia y esto en base a lo dicho por la doctrina penal, causando la discusión de su aplicación o no de dicho principio. Por lo mismo se llega como primer recorrido a nivel convencional en donde se encuentra que el mencionado principio debe ser aplicado pese a no estar positivizado en una normativa interna, porque al ser parte de tratados y convenios internacionales de derechos humanos debe ser aplicado de manera directa.

Si bien el principio de pasividad marca que el investigado o procesado no puede declarar, ayudar, aportar, actuar, colaborar, probar sin su consentimiento, tenemos que la doctrina penal y TEDH se ha manifestado de forma contraria. El primero de estos manifiesta que el hecho de que el procesado no declare ayude, aporte, actúe en una investigación o proceso penal el juzgador no podrá utilizar eso, en contra de este cuando resuelva la causa criminal, ya que se estaría anulando un derecho fundamental. Mientras tanto que el TEDH ha manifestado que ese silencio o no actuar tendrá que valorarse en cada caso en concreto y no siempre va a favorecer o perjudicar al sujeto procesado.

Este principio no es aplicado en su mayor esplendor en nuestro derecho por parte de los órganos jurisdiccionales por su desconocimiento, y cuando se lo ha querido aplicar se han visto puntos de vista diversos entre el encargado de la investigación penal (Fiscalía), y los administradores de justicia (Juezas y Jueces). Hay que tener en cuenta que la dignidad humana es un principio limitador al *ius Puniendi* y con ello limita la intervención estatal para con sus ciudadanos haciendo que el principio de pasividad sea observado y aplicado en cada caso en concreto.

CONCLUSIONES

Con todo lo establecido se llega a concluir que el PRINCIPIO NEMO TENETUR SE IPSUM (Pasividad), está ligado al derecho al silencio, y este se encuentra protegido a nivel convencional, constitucional y legal.

El principio de pasividad es perfectamente aplicable en nuestra normativa procesal penal ecuatoriana, ya que existe la positivación del mencionado derecho en los tres niveles. Dicho principio siempre va a hacer aplicado por parte del investigado o procesado mas no por los demás sujetos procesales. Con ello no podrá hacer, no colaborar, no declarar, no probar y no solo está vigente al momento de la versión o testimonio, sino puede ser aplicado en todas las técnicas y actuaciones de investigación en una causa criminal.

REFERENCIAS

- Asencio, M. y. (1998). Introducción al derecho procesal. Tirant lo blanch.
- Cabanellas, G. y. (2010). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires - Argentina.
- Catena, V. M., Domínguez, V. C., & Sendra, V. G. (1995). Introducción al derecho procesal. Tirant lo blanch.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008, Última modificación: 21-dic.-2015. Estado: Vigente. Quito: Ediciones Legales.
- Constitución de la Republica de España. (1931). Estado: Vigente.
- Código Orgánico Integral Penal. (2015). Código Orgánico Integral Penal, Art, 142. Quito, Ecuador: Ediciones legales. Recuperado el 24 de mayo de 2018.
- Convencion Americana De Derechos Humanos. (1969). Estado: Vigente.
- Convencion De Viena. (1980). Estado: Vigente.
- Declaracion Universal de Derechos Humanos. (1948). Estado: Vigente.
- Diaz, E. y. (2013). Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid – España.
- Gallego, J. M. A. (2017). El derecho al silencio del imputado. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales.
- Ley de enjuiciamiento criminal. (1882). Estado: Vigente.
- López, V. y. (2002). El derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad. Alicante – España.
- Nieva, F. y. (2010). La valoración de la prueba. Madrid - España.
- Robert, A. y. (1993). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid - España.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1996). Sentencia del 8 de febrero TEDH.
- Universidad Nacional de Córdoba. y. (2004). Manual de Derecho Procesal Penal. Córdoba – Argentina.

Verguer Grau, J. y. (1994). La defensa del imputado y el principio acusatorio. Barcelona - España.

Villagomez, R. y. (2015). Control de Convencionalidad en el Estado Constitucional de derechos y Justicia. Quito – Ecuador.