

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

Análisis de la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba previstos en la audiencia evaluatoria y preparatoria del juicio penal en Ecuador

David Gerardo Crespo Cárdenas

Tutor: Jorge Joaquín Touma Endara

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, David Gerardo Crespo Cárdenas, autor de la tesis intitulada “Análisis de la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba previstos en la audiencia evaluatoria y preparatoria del juicio penal en Ecuador”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra referida, yo asumiré la responsabilidad frente a terceros y la Universidad.
3. En esta fecha entrego en la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 27 de febrero de 2020.

Firma: _____

Resumen

La cláusula de exclusión probatoria es uno de los temas más complicados de la dogmática penal pues supone la consideración de varios aspectos relevantes que se relacionan estrechamente con los derechos fundamentales de los procesados, pero también con la necesidad de que se descubra la verdad en el cometimiento de una conducta penalmente relevante, y con ello se pueda administrar justicia, sancionar a los responsables y verificar, de esta forma, un valor también constitucionalmente relevante como es la justicia.

Estos dos extremos están conectados mediante una serie de garantías constitucionales o derechos procesales que el legislador ha considerado necesario implementar en beneficio del procesado, de forma tal que la conformación del proceso penal ve en las garantías del debido proceso y los derechos fundamentales de las personas procesadas un dique de contención del poder punitivo del Estado.

Es decir se puede investigar todo delito, pero no se puede violentar sus derechos fundamentales a la dignidad, a la intimidad, a la privacidad, a la correspondencia, etc., De allí que la actividad investigativa realizada por el Ministerio Público y la Policial se debe realizar dentro de estas garantías procesales que restringen los abusos del poder punitivo.

Una de esas reglas fundamentales es la admisión de medios de prueba que sean compatibles con la Constitución y la ley procesal, pues si estos son adquiridos con violación a los derechos sustanciales de los procesados o en franca contradicción a los ritos para obtenerla, se los deben excluir del proceso pues constituye una de las más importantes misiones del Estado el respeto de las garantías y deberes de los ciudadanos consignada a nivel constitucional.

Las pruebas inconstitucionales e irregulares son sometidas a un control, en la audiencia evaluatoria y preparatoria a juicio, para su admisión al proceso penal y ese control se contiene en la denominada cláusula de exclusión probatoria que impide que esta clase de pruebas sean aceptadas, conocidas y valoradas por el juzgador, tal como se verá en el desarrollo de esta investigación.

Dedicatoria

A mis padres, ángeles guardianes de mi vida

A mi esposa, amiga, madre y leal compañera

A mi hija María Clara, el motor de mi universo

Agradecimientos

Mi más sincero agradecimiento al Dr. Geovanny Criollo, quien con su vasta experiencia profesional, su acertado criterio jurídico, colaboró con la realización de la presente tesis.

Al Dr. Jorge Touma, por sus valiosos conocimientos y paciencia, por sus oportunas observaciones las cuales perfeccionaron la presentación y contenido de este trabajo, por sus valiosos consejos durante la elaboración de esta tesis.

Para todos ellos, mi más alta consideración y estima.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo Primero: Teoría de la Exclusión de la Prueba.....	15
1. Introducción.....	15
2. Principio de legalidad de la prueba.....	16
3. La prueba ilícita vs la prueba irregular.....	18
4. Modelos teóricos de exclusión de la prueba.....	22
5. Alcance de la regla de exclusión.....	29
6. Mecánica de la exclusión probatoria en el Ecuador.....	31
Capítulo Segundo: Análisis de casos paradigmáticos sobre la no aceptación de la cláusula de exclusión probatoria.....	39
1. Introducción.....	39
2. Caso I: Presunto abuso de confianza.....	40
2.1 Análisis de la negativa de exclusión probatoria.....	41
3. Caso II: Presunto delito contra la flora y fauna silvestres.....	48
3.1 Análisis de la negativa de exclusión probatoria.....	50
4. Datos proporcionados.....	53
5. Preguntas.....	54
Conclusiones.....	64
Bibliografía.....	68

Introducción

Para construir la verdad en el proceso penal se requieren medios probatorios que satisfagan tanto el respeto a los derechos fundamentales de los procesados, cuanto los mecanismos previstos en la norma procesal para su obtención. Esto garantiza por una parte, que el juzgador disponga de pruebas fiables con las que pueda reconstruir los hechos delictivos y que eventualmente pueda imponer una pena, pero además coadyuva a que el juicio penal no este plagado de injusticias derivadas de los excesos punitivos que durante la investigación e instrucción criminal puedan cometerse.

En este contexto, la cláusula de exclusión probatoria aparece como un mecanismo de sanción que limita ostensiblemente todas aquellas actuaciones probatorias en las que se ha prescindido del respeto de derechos y de la rigurosidad de los ritos, porque la finalidad del proceso es la realización de la justicia entendida como un valor superior que rebasa el contenido de la verdad procesal. Así, cualquier afán sancionatorio y la obtención ilimitada de la verdad sucumben ante una garantía procesal que, como la cláusula de exclusión probatoria, tiende a regular la conducta del órgano persecutor en la obtención de elementos de convicción, limitándolo a estos diques constitucionales, normativos, privando al medio probatorio de validez y eficacia jurídica.

Estos tópicos serán abordados en esta investigación, así, en el Capítulo Primero, se analiza el origen de la exclusión probatoria, los distintos sistemas teóricos que la explican, los casos en los que se aplica la cláusula de exclusión probatoria, los dictámenes jurisprudenciales nacionales, extranjeros; la forma como está diseñada constitucional y legalmente esta previsión en Ecuador y el momento procesal para poder reclamar.

En el Capítulo Segundo se analizarán tres casos penales paradigmáticos para establecer la conducta irregular y poco ética de la Fiscalía, en la obtención de elementos de convicción, caracterizados por ser inconstitucionales e ilegales; así como también se estudia la actuación de los juzgadores al momento de aplicar la cláusula de exclusión probatoria.

Finalmente las Conclusiones.

Capítulo Primero

Teoría de la Exclusión de la Prueba

1. Introducción

En este Capítulo se analizan los aspectos medulares de la teoría de la exclusión de la prueba, gracias a los cuales se puede comprender de mejor manera su contenido y funcionalidad en el proceso penal.

Para ello es necesario establecer cuando existe una prueba legal y cuando se puede predicar que la prueba es ilegal, lo cual solo puede realizarse mediante el análisis del principio de legalidad de la prueba, que constituye una garantía del proceso penal democrático y garantista vigente en los actuales momentos en que hace menos de un lustro de vigencia del nuevo sistema penal ecuatoriano.

Es decir, que primero ha de establecerse cuando una prueba es legal para luego, de forma residual, elaborarse el discurso de lo que comprende la prueba ilegal y la forma como está regulada en la legislación constitucional y en el nuevo sistema penal ecuatoriano.

Así mismo, es indispensable realizar un abordaje histórico para descubrir los orígenes de la exclusión probatoria, así como las manifestaciones actuales de la misma y como en ese trasuntar se ha optado por dotarle de un contenido que tiene raigambre constitucional, anclada en varios derechos fundamentales sobre los que se asienta el diseño de la cláusula de exclusión probatoria.

Se detalla además los modelos teóricos existentes que intentan explicar la exclusión de prueba hasta llegar a la configuración del Estado Constitucional que permite una garantía material de los derechos fundamentales y por ende una concepción como derechos garantía con un contenido eminentemente procesal.

Se analizarán también la forma como el legislador ecuatoriano ha diseñado esta cláusula en el ordenamiento procesal penal, el momento en que se plantea la discusión sobre los medios de prueba y la respuesta dada por la jurisprudencia ecuatoriana, lo cual nos permitirá tener una visión completa y actual del estado de la cuestión desde el punto de vista dogmático y también práctico.

2. Principio de legalidad de la prueba

La legalidad de la prueba es uno de los pilares esenciales del proceso penal pues, se denota con esta afirmación, que se han respetado las normas jurídicas para su obtención, valoración. Bajo este principio se procura que exista un debido proceso en la obtención de los medios probatorios que aquellos no violenten los derechos fundamentales y sustantivos del procesado, evitándose, de esta forma, que el proceso penal este plagado de injusticias.

En este contexto, los derechos fundamentales y las formalidades legales exigidas a los medios probatorios que se pretende practicar en el proceso penal, garantizan que la prueba sea confiable, ostente un valor y eficacia jurídica que permita demostrar el cometimiento del hecho delictivo, en consecuencia, la imposición de una pena, cuando ya han sido debidamente valorados por el juzgador competente.

Por eso se establece que, ante la violación de estas previsiones normativas, ha de imponerse una sanción, que es, en el caso ecuatoriano, la invalidez y ulterior ineficacia probatoria. Por ello, la nulidad de pleno derecho que se genera con los medio de prueba irregularmente obtenidos, responde a un criterio eminentemente procesal que requiere un pronunciamiento jurisdiccional previo en el cual se prive de la validez y de la eficacia probatoria.

En efecto, la Constitución ecuatoriana de 2008 establece que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que incluye una garantía que establece que “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.¹

Se trata, en consecuencia, de una regla propia del debido proceso, es decir de una garantía procesal que permite la realización de la justicia mediante un proceso justo, construido en base a normas jurídicas, que tienen por objeto la racionalización del poder punitivo del Estado.

Bajo este presupuesto normativo, no se trata de sancionar por sancionar, sino de imponer una pena solamente cuando se haya respetado un debido proceso.

Hablar de la legalidad de la prueba implica, en consecuencia, que para que ella sea incorporada al proceso penal y sea valorada, se deben cumplir con los requisitos

¹ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 76. numeral 4

previstos en la Constitución, en la Ley, por ende han de satisfacerse inexorablemente con ciertas formalidades establecidas por el ordenamiento jurídico, para dotar a los medios probatorios, de validez y eficacia jurídica.

Además, en el sistema procesal penal existente en Ecuador, que se caracteriza por ser eminentemente acusatorio, la prueba ha adquirido una enorme importancia, ya que es la única forma legalmente autorizada para acreditar la culpabilidad o demostrar inocencia de una persona.

La prueba dentro del proceso penal, se constituye en el único medio confiable para descubrir la verdad, además establece una garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales. Se trata, por tanto, del medio más seguro para lograr la reconstrucción de los hechos penalmente relevantes, en conformidad con el sistema jurídico vigente que tiende a imponer, de forma estricta, unos mecanismos para la obtención de las pruebas, los mismos que deben ser respetados tanto por los justiciables del conflicto penal, como por el órgano persecutor, en atención a las posibilidades de actuación de unos y otros.

Las resoluciones judiciales solo podrá reconstruir los hechos delictuales ocurridos, y las circunstancias en los que estos acontecieron, mediante pruebas objetivas, gracias a las cuales se logra un convencimiento, cuando no certeza, en la confirmación del hecho lesivo para los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal sustantivo. De manera que, ante el incumplimiento de las reglas para la obtención de la prueba penal, esta conducta genera la exclusión y rechazo del medio probatorio así como la pérdida de su eficacia jurídica en el procesamiento penal:

“(...) este marco garantista inobjetable, cobra su mayor vigencia para exigir la exclusión de evidencia y de material probatorio que se haya recaudado y recogido en la etapa investigativa con violación de las garantías constitucionales, especialmente las referidas al derecho a la libertad y a la intimidad, con ocasión a diligencias de registros y allanamientos arbitrarios, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, recuperación de información dejada al internet u otros medios tecnológicos, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, búsqueda selectiva en bases de datos,

entre otras; al igual que para capturar a un presunto implicado, acusado o condenado.²

La exclusión de la prueba por tanto permite la aplicación de un sistema de garantías propio de las personas que sufren persecución penal, pero además garantiza que el Estado alcance, como finalidad superior, el respeto y garantía de los derechos de todas las personas, inclusive de los desviados.

3. La prueba ilícita vs la prueba irregular

Siguiendo a Devis Echandía se puede establecer que la prueba ilícita es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos, no permitido por la moral o la ley.³ Más específicamente Miranda Estrampes considera que por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales.⁴ Así mismo Jauchen establece que las pruebas ilícitas son todas aquellas pruebas en cuya obtención o producción se ha vulnerado, de cualquier forma, algún derecho fundamental de las personas consagrado en la Constitución.⁵

Se trata de una prueba que violenta los derechos fundamentales sustantivos, los cuales están previstos por vía constitucional, de manera que la prueba ilícita es aquella que rompe con los derechos fundamentales del procesado, lo que impide que pueda ser utilizada en el marco de un proceso penal.

Los derechos fundamentales, como se sabe, son inherentes al ser humano, pertenecientes a cada persona por el hecho mismo de ser persona en razón a su dignidad, lo que les otorga una fuerza normativa. Estos han sido reconocidos por los instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 8 y 9) el Pacto Internacional de los Deberes y Derechos Civiles y Políticos (artículo 14) entre otros; y por las legislaciones internas tanto en norma constitucional, así como en normas infra constitucionales que regulan el proceso penal.

² Pedro Berdugo Saucedo, *Reglas de exclusión de la prueba en el proceso penal acusatorio colombiano* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005), 318.

³ Hernando Devis Echandía, *Pruebas judiciales* (Bogotá: ABC, 1984), 35.

⁴ Manuel Miranda Estrampes, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999), 59.

⁵ Eduardo Jauchen, *Tratado de la Prueba en Materia Penal* (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2006), 198.

La afirmación anterior, como es lógico suponer, remite obviamente a las previsiones constitucionales relacionadas con los derechos de protección. Así, nos encontramos frente a los derechos fundamentales de las personas (la dignidad, la intimidad, la integridad, el libre desarrollo de la personalidad, la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia, la inviolabilidad del domicilio, etc.), que pueden ser afectados en el marco de la investigación de las conductas delictivas, por efecto de la aplicación de ciertas técnicas de investigación del delito, como son, por ejemplo, la interceptación de comunicaciones o correspondencia, los allanamientos, etc.

Las pruebas obtenidas con violación a esta clase de derechos, no ameritan convalidación o subsanación de ninguna especie, porque lo que se afecta son derechos fundamentales. Se trata de esta forma de garantizar dos cuestiones que son muy importantes en el Estado constitucional: la existencia de una prueba que sea confiable; y, evitar la arbitrariedad de los funcionarios públicos que realizan la investigación criminal.

Jauchen establece, por ejemplo, que es prueba ilícita una grabación a la conversación de un diputado que se había efectuado ilegalmente sin autorización judicial,⁶ también considera ilícito un medio probatorio cuando se ingresa documentación al proceso sin constar de qué modo fue adquirida por los investigadores, al respecto Jauchen señala que: “(...) aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles; porque su naturaleza misma se opone a darles valor y mérito alguno (...)”⁷ así mismo, en la detención de un ciudadano sin que exista flagrancia o indicios de que sea responsable de delito alguno, hace nulo el procedimiento y lo actuado en su consecuencia, corresponde anular todo el proceso ya que se ha violado las disposiciones constitucionales.⁸

Ahora bien, en este punto del análisis, resulta pertinente que se establezca que el derecho a la prueba, permite una relajación moderada y racional de los derechos fundamentales, es decir, se permite una restricción a los derechos fundamentales pues estos no son absolutos. En efecto, la Corte Constitucional del Ecuador estableció que:

⁶ *Ibíd.* 628.

⁷ *Ibíd.* 517.

⁸ *Ibíd.* 629.

Los derechos no son absolutos, pues para garantizar el ejercicio simultáneo y completo de todos los derechos, así como el cumplimiento de los deberes y obligaciones de los ciudadanos, es necesaria la imposición de ciertos límites y modulaciones. En palabras de la doctora Josefa Fernández Nieto, "se trata de límites impuestos por la necesidad de proteger o preservar otros bienes o derechos constitucionales", límites que deberán ser razonables y a la vez limitados, pues solamente podemos restringirlos en función del cumplimiento de otros fines constitucionales. Es decir, que estos límites a los derechos constitucionales se pueden extender únicamente a aquello que sea necesario para conseguir la finalidad que los justifica; pues bajo ningún concepto esto puede implicar la afectación o vulneración del derecho que se restringe.⁹

Lo anterior implica que el valor justicia, que es otro de los fines esenciales del Estado, puede en determinados casos permitir una relajación o flexibilización de los derechos fundamentales, pero para operativizar esa flexibilización ha de establecerse una finalidad eminentemente constitucional y, adicionalmente debe estar prevista desde el punto de vista del principio de legalidad.

Sirven como ejemplo de lo anterior las técnicas especiales de investigación (agente encubierto, interceptación de telecomunicaciones, etc.), en donde la afectación de derechos fundamentales a los investigados o procesados está expresamente prevista por la ley para ciertos casos especiales. De hecho el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), al igual que las legislaciones que han previsto en sus ordenamientos estas modalidades de investigación, establecen ciertas previsiones legales para tutelar el respeto de los derechos fundamentales de los sujetos investigados.¹⁰

Se dota, de esta forma, de un mecanismo de flexibilización de ciertas garantías fundamentales, pero también se protege la legalidad y constitucionalidad de los medios de prueba que, sin estas previsiones, podrían generar la aplicación de la cláusula de exclusión probatoria.

Para diferenciar la prueba ilícita, la doctrina establece la categoría de prueba irregular. Esta última consiste en todos aquellos medios probatorios que han sido

⁹ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en *Juicio No. 0026-11-CN*, 10 de septiembre de 2014, 17.

¹⁰ Betsabe Carrasco Orellana, Margarita López Rojas, *Agente encubierto: análisis crítico de su regulación en la legislación nacional* (Santiago: Universidad de Chile, 2013), 152.

obtenidos con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales.¹¹

Esta clase de pruebas, a diferencia de las pruebas ilícitas, si ameritan convalidación o subsanación porque lo que se afecta no son los derechos fundamentales sino aquellas formalidades previstas en la ley para obtenerlas.¹²

La diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular, se hace en base a grados: el primer grado son las pruebas ilícitas a las cuales se impone como sanción la falta de validez y eficacia probatoria, el segundo grado, no produce tal radical consecuencia, pues existe una posibilidad de recuperación del material probatorio evidenciado por la prueba irregular, mediante su conversión en algún otro tipo de prueba subsidiaria, generalmente la testifical o la confesión, a modo de subsanación, posibilidad que es impensable en el caso de la prueba ilícita.¹³

En ese sentido, es muy aclarador la concepción de la jurisprudencia española que establece sobre esta convalidación de prueba irregular lo siguiente:

Por el contrario, si las infracciones cometidas tuvieren un mero carácter procesal, la consecuencia alcanzará tan sólo al valor probatorio de los productos de la interceptación de las comunicaciones, pero manteniendo aún su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ella derivadas. No trascienden de la condición de meras infracciones procesales, con el alcance y efectos ya señalados, otras irregularidades que no afecten al derecho constitucional al secreto de las comunicaciones y que tan sólo privan de la suficiente fiabilidad probatoria a la información obtenida, por no gozar de la necesaria certeza y de las garantías propias del proceso o por sustraerse a las posibilidades de un pleno ejercicio del derecho de defensa al no ser sometida a la necesaria contradicción, más al ser tales irregularidades procesales posteriores a la adquisición del conocimiento cuya prueba funda la condena, lo conocido, en este caso gracias a la apertura del paquete, puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido. Y desde luego lo conocido puede ser

¹¹ Miranda, "El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal", 157.

¹² España Tribunal Supremo, "Sentencia", en *Juicio No. nº 1328/2009*, 30 de diciembre de 2009, 3.

¹³ *ibíd.*

objeto de posterior investigación y prueba por otros medios que legítimamente accedan al juicio oral. Por ello la no constancia por escrito de la autorización del administrador de aduanas, sería una mera irregularidad administrativa que no implica su inexistencia.¹⁴

Esta es la forma en como la aplicación jurisprudencial va dilucidando el ámbito dogmático de la distinción entre prueba ilícita y prueba irregular, lo que permite una utilidad práctica de las concepciones en aras de un proceso penal democrático. En consecuencia, la distancia entre una y otra prueba no es un asunto baladí, sino una cuestión de notable interés dogmático, pragmático.

4. Modelos teóricos de exclusión de la prueba.

Los modelos teóricos elaborados por la doctrina procesalista penal, explican cuál es el origen de la cláusula de exclusión probatoria y su contenido, así como también la estructura y los fundamentos utilizados en su construcción conceptual, que pueden ser jurisprudencial o normativa. Bajo estos modelos se permite una ubicación dogmática de la cláusula en cuestión pero además facilita la comprensión y funcionalidad de las mismas.

La doctrina ha identificado tres modelos que fundamentan la regla de exclusión probatoria, dependiendo de su vinculación más o menos cercana a las normas constitucionales que establecen la protección de los derechos fundamentales.

Los modelos teóricos son el norteamericano, el europeo – continental y el modelo latinoamericano, pero ellos deben estudiarse de forma particularizada pues los procesamientos penales son distintos. Mientras en el primero se habla de un proceso adversarial, el segundo y tercer modelo responden a la idea de un proceso acusatorio.

Modelo norteamericano

Para el autor Manuel Miranda Estrampes¹⁵ la regla de exclusión probatoria fue creada por la jurisprudencia estadounidense. La primera sentencia que refiere esta

¹⁴ España Tribunal Supremo, "Sentencia", en *Juicio No. 999/2004*, 19 de septiembre de 2004, 58.

¹⁵ Manuel Miranda Estrampes, *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada* (Madrid, España: Marcial Pons, 2019), 17-24.

cláusula está en la sentencia del caso *Weeks v. United States*, la misma que estableció la inadmisibilidad de pruebas incriminatorias incautadas en una entrada y registro domiciliario practicado por agentes policiales sin autorización judicial, por atentar la expresada conducta contra la IV Enmienda de la Bill of Rights, que proscribía las detenciones y los registros arbitrarios.¹⁶

En el caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, la Corte Suprema sostuvo por vez primera que la exclusión de fuentes de prueba debía determinar no únicamente la prohibición de utilización directa, sino que también debía alcanzar a los frutos de la fuente de prueba ilícitamente obtenida (eficacia refleja de la prueba ilícita).¹⁷

Posteriormente en el caso *Rochin v. California*, la Corte Suprema aplicó la regla de exclusión con fundamento en el derecho al debido proceso reconocido en la XIV Enmienda, destacando la gravedad de la actuación policial (en este caso no se veía afectada la IV Enmienda). Se trató de un supuesto en el que el sospechoso, que iba a ser detenido, se tragó varias cápsulas de sustancia estupefaciente a fin de que los agentes policiales no obtuvieran evidencia alguna en su contra. No obstante aquello, los agentes le golpearon, llegando incluso a saltar sobre su estómago a fin de que vomitara las cápsulas, aunque con magro resultado. A continuación, llevaron al sospechoso a un hospital, donde un médico, previamente instruido por los agentes del orden, procedió a administrarle por la fuerza un vomitivo, logrando los agentes policiales, esta vez sí, la obtención de las fuentes de prueba, que, tras el juicio oral celebrado en contra de Rochin, determinaron su condena.¹⁸

En este caso la Corte Suprema, a más de objetar duramente los métodos policiales, aplicó la *exclusionary rule* y, por ende, revocó la condena.

Y, en el caso *Mapp v. Ohio*, la Corte Suprema que hasta entonces aplicaba la regla de exclusión únicamente para con las fuentes de prueba obtenidas por parte de agentes federales con miras a su utilización en procesos penales también federales, consideró una exigencia de la XIV Enmienda (el debido proceso) y estableció la exclusión de las fuentes de prueba obtenidas con violación de las garantías reconocidas en la IV Enmienda.¹⁹

Finalmente en el caso *Miranda v. Arizona*, la Corte Suprema extendió la regla de exclusión a los supuestos de obtención de fuentes de prueba merced a la violación de los

¹⁶ Corte Suprema Federal de los EEUU, Sentencia No. 232 U.S. 383, 24 de febrero de 1914.

¹⁷ Corte Suprema Federal de los EEUU, Sentencia No. 251 U.S. 385, 26 de junio de 1920.

¹⁸ Corte Suprema Federal de los EEUU, Sentencia No. 342 U.S. 165, 02 de junio de 1952.

¹⁹ Corte Suprema Federal de los EEUU, Sentencia No. 367 U.S. 643, 19 de junio de 1961.

derechos reconocidos en la V Enmienda (en síntesis, el derecho a no declarar contra sí mismo).²⁰

Esta evolución jurisprudencial se caracteriza por la desconstitucionalización de la regla de exclusión cuyo origen se ubica en varias Enmiendas, aunque sentencias posteriores han aclarado que las reglas de exclusión probatoria se basan en un efecto disuasorio de la mala operación de los agentes de policía y no como expresión de un derecho constitucional subjetivo.²¹

Se trata entonces de reglas que permiten evitar una actuación incorrecta de la policía, categorizada como ilegítima, para la obtención de medios de prueba y por eso se trata en verdad de un remedio de carácter procesal, que al igual que la aplicación de sanciones a los policías que actuaron mal, tiende a establecer un efecto disuasorio de las conductas aberrantes de la policía en estos casos.

Desde este punto de vista el fundamento, como se advirtió, no es constitucional sino apenas preventivo de una inadecuada o excesiva conducta de los agentes policiales.

Modelo europeo – continental

En este modelo se reconoce la regla de exclusión probatoria con un componente de raigambre constitucional y, desde este punto de vista, cuando se lesionan las prohibiciones de producción de los medios probatorios, es imposible admitir y valorar dicha prueba, pues su obtención demandó la afectación de algún derecho fundamental del procesado.

Esta posición doctrinaria obliga a realizar un análisis más profundo de los derechos fundamentales del procesado, pues estos pueden verse más o menos afectados en la obtención de los elementos probatorios, de ahí que las críticas han sido muchas pues la exclusión probatoria dependerá del grado de afectación al derecho fundamental.

Bajo este modelo además se han aceptado distintas posturas: una de ellas la del Tribunal Constitucional Federal Alemán que elaboró la teoría de los tres círculos, según la cual el primer círculo comprende un núcleo esencial de protección jurídica de la

²⁰ Corte Suprema Federal de los EEUU, Sentencia No. 384 U.S. 436, 13 de junio de 1966.

²¹ Miranda, “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”, 134.

esfera privada (privacidad personal) que no puede ser intervenida por los poderes públicos en el ejercicio del ius puniendi.²²

El segundo círculo es un poco más blando para aceptar la intervención, pero debe ser sometido a una ponderación de los intereses en juego (realización de la justicia penal y derechos del procesado).²³

El tercer círculo permite la realización de las intervenciones estatales de forma ilimitada, pues no se afectan los derechos fundamentales del individuo reconocidos en la Norma Fundamental ni en los instrumentos de protección de derechos humanos que establecen ciertos estándares mínimos.²⁴

Otra postura es la Tribunal Constitucional de España, que ha matizado las reglas del Tribunal Constitucional Federal Alemán, y acepta no solo la teoría de los círculos previamente anotada, sino la posibilidad de que se utilice los efectos disuasivos del sistema americano, bajo lo que se denomina “conexión de antijuridicidad” lo que implica que la obtención de prueba está anclada a una conducta más o menos antijurídica y de ello depende su aceptación, pues no toda prueba ilícita debe ser excluida.²⁵

En Ecuador, la jurisprudencia no vinculante dictada por la Corte Nacional, referida al sistema penal anterior a la expedición del COIP, consideraba que el fundamento constitucional de la cláusula exclusión probatoria radica en las garantías constitucionales del debido proceso así como en la necesidad de prevenir las arbitrariedades de los agentes de la fuerza pública. Con ello se daba a entender que el modelo teórico adoptado consistía en un amalgamamiento del modelo europeo – continental y del anglosajón.

En efecto, la Corte Nacional reconoció que:

...el tribunal ad-quem toma como prueba para determinar la responsabilidad de la procesada, la declaración que hace su hijo en el momento del allanamiento, versión que primeramente no constituye prueba al no ser ordenada y practicada dentro de la etapa de juicio, y

²² María Álvarez Caro, *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital* (Madrid, España: Reus S. A., 2015), 28.

²³ *ibíd.*

²⁴ Miranda, “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”, 136.

²⁵ José Antonio Díaz Cabiale, Ricardo Martínez Morales, “La teoría de la Conexión de antijuridicidad”, en *Jueces para la democracia*, no. 43 (2002): 41, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/232235.pdf>

mucho menos representa un anticipo jurisdiccional de prueba. A la luz de las normas antes citadas, ésta declaración vulnera claramente las garantías constitucionales del debido proceso de manera directa, que por imperativo legal impiden que una persona pueda declarar en contra de un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Además violenta su derecho de contar con un abogado al momento de su declaración. La Constitución de la República y el Código de la Niñez y Adolescencia, dan una protección integral y especial a los niños, niñas, y adolescentes, así la Carta Magna en su artículo 44 dispone que “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales... Bajo esta concepción, el hecho de que el adolescente Kevin Orellana de trece años de edad, hijo de la procesada, sea indagado por un agente policial, en las circunstancias que se menciona en la sentencia, es decir, en el momento de un allanamiento y ante un evidente estado de nerviosismo del joven, va en desmedro de los principios constitucionales de protección integral e interés superior del niño, y de su protección integral. Por lo antes expuesto, independientemente de la veracidad y credibilidad de lo expresado por el adolescente Kevin Orellana, estas declaraciones bajo ningún concepto pueden admitirse como prueba o dársele valor probatorio alguno, pues el hacerlo representa una franca transgresión al orden normativo y constitucional. Por lo tanto, mal hacen los Jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, al fundamentar y motivar la responsabilidad de la procesada únicamente en base a una actuación ilegítima, que no debió formar parte del acervo

probatorio que obra del proceso, y que por lo tanto no puede servir como fundamento para llegar a la resolución final. En conclusión, en el presente caso se ha producido una vulneración al derecho al debido proceso, en especial relación con la prueba actuada, materializadas en los artículos 76.4 y 76.7 literal e) de la Constitución; y, en los artículos 80 y 83 del Código de Procedimiento Penal.²⁶

En la sentencia antes indicada se destaca la plena vigencia de los derechos fundamentales del procesado, los cuales son reconocidos por vía constitucional y son el fundamento para la cláusula de exclusión probatoria; pero también se destaca la errónea actuación policial al interrogar a un menor de edad para obtener información en contra de su madre, todo ello durante un allanamiento, lo que equivale a establecer que también la cláusula de exclusión probatoria se construye con un efecto disuasorio para evitar las actuaciones ilegales o arbitrarias de los agentes de policía.

A pesar de estar así diseñada la cláusula de exclusión probatoria no son pocos los casos en los que el juzgador competente para conocer la etapa evaluatoria y preparatoria a juicio, olvida este análisis y habilita toda la prueba aunque sea ilegal o irregular por la previsión contenida en el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece: (...) No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. (...),²⁷ entendiéndose para estos efectos, por parte de dichos jueces, que las garantías y derechos de los procesados no son más que meras formalidades.

Modelo Latinoamericano

Entre los dogmáticos latinoamericanos vale la pena citar a Maier²⁸, quien considera el tema de la exclusión probatoria como una de los temas más complejos de la dogmática procesal penal y distinguen entre la prohibición de valoración de prueba y la prueba inconstitucional o ilegal. De manera que el *quid* del asunto lo enfoca en un paso posterior a la existencia de la prueba, porque según esta posición la prueba valdría

²⁶ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, "Sentencia", en *Juicio No. 549-2011-P-LBP*, 23 de noviembre de 2012, 49.

²⁷ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 169

²⁸ Julio B. Maier, "Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal", en *Nuevo Foro Penal*, no. 60 (1999): 137,

aunque sería imposible de valorar o justipreciarla por el sujeto jurisdicente que resolverá el conflicto penal.

Luego de esta distinción establece la diferencia entre prohibición de valoración dependiente e independiente, siendo la primera aquella que impide valorar una prueba que afecta garantías o derechos fundamentales y la segunda, la prohibición de valoración de aquellas que se adquirieron de otra forma distinta a las dependientes, pero que es obtenida gracias al conocimiento aportado por la primera.

En la valoración independiente, dice el autor, que el criterio mayoritario es que se debe valorar en cada caso “el interés particular vulnerado y el interés estatal en la persecución penal, y se debe negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria allí donde los últimos prevalezcan sobre los primeros, fundamentalmente, en los casos de criminalidad grave y de difícil esclarecimiento.”²⁹, no obstante aquello, su criterio es que debe establecerse de forma tajante y absoluta la imposibilidad de que la prueba, dependiente e independiente, sea valorada por el juzgador³⁰ cuando en su obtención se han incumplido los estándares constitucionales y legales, porque ello equivale a convalidar los yerros de la policía o del Ministerio Público y a relajar las garantías del procesado dejando un juicio sin las garantías necesarias.

Para el autor Colombiano Rojas Gómez³¹, es discutible la exclusión porque no afectarían a dichos derechos sino solo los mecanismos para su obtención.

Por eso considera que la frase “debido proceso” se aplica restrictivamente a aquellos casos en que se afectan los derechos categorizados como fundamentales, pero no respecto de las formas o mecanismo de obtención de la prueba. Manifiesta también que la cláusula de exclusión probatoria no es absoluta y por esa razón aun cuando se afecten derechos fundamentales, estos no pueden impedir la realización de valores superiores como la tutela judicial del derecho subjetivo sustancial.³²

Esta última posición es apoyada por Binder, quien también considera que la cláusula de exclusión probatoria no puede ser absoluta sino que puede relajarse en función a la existencia de un valor superior que confrontando con otro, este debe ceder ante el peso más importante, la realización de la justicia, considera además que una afectación a un derecho fundamental, no tiene por qué eliminar por completo el proceso

²⁹ *Ibíd.*, 138.

³⁰ *Ibíd.*, 143.

³¹ Miguel Enrique Rojas Gómez, *Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad* (Bogotá, COL: Universidad externado de Colombia, 2011), 232.

³² *Ibíd.* 234.

penal, más aun en aquellos casos en que la cuestión de nulidad, generada en la obtención de un elemento probatorio, de apoco es olvidada o es convalidada por el propio procesado. Por eso considera que "los efectos nulificadores se pueden ir debilitando en la medida que los actos subsiguientes se vayan apoyando en otros encadenamientos de hechos carentes de invalidez".³³

Las posturas dogmáticas anteriores, como se puede apreciar son muy interesantes y trasuntan desde un absolutismo férreo hacia una flexibilización mayor o menor de las concepciones de debido proceso, derechos del procesado, tutela judicial del derecho subjetivo sustancial y realización de la justicia.

En el trayecto de este avance argumentativo y racional los autores proceden a enfocar el problema unas veces en el procesado, otras veces en los valores sustanciales y también en la víctima, a propósito de su notable re aparecimiento en el proceso, y por eso en las últimas posiciones se permite la flexibilización de garantías procesales mediante la adopción de nuevos significados a las palabras que van perdiendo sus significados originales por otros más novedosos dados desde la dogmática penal.

5. Alcance de la regla de exclusión

La regla de exclusión probatoria alcanza no sólo a las pruebas obtenidas mediante la conculcación de un derecho fundamental, sino que abarca todas aquellas pruebas que, pese a haber sido obtenidas lícitamente, derivan o tienen su origen en las anteriores.³⁴

La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de la prueba reflejo, es decir de aquella prueba secundaria obtenida como producto de una prueba inconstitucional, pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal.

Por ello es que la prohibición alcanza tanto a la prueba, en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental, como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o deriven de la anterior pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso.

³³ Alberto, Binder, *El incumplimiento de las formas procesales* (Buenos Aires, ARG: Ad Hoc, 2000), 116.

³⁴ Miranda, "El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal", 138.

Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar el aprovechamiento indirecto mediante la prueba reflejo, constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto.³⁵

No obstante lo anterior, la jurisprudencia española, adicionalmente a la relación de causalidad natural, exige una conexión jurídica o conexión de antijuridicidad la cual fue establecida por el Tribunal Constitucional español,³⁶ y supone exigir un plus a la conexión causal para la exclusión de la prueba.

En este contexto el supremo intérprete de la Constitución española ha desarrollado esa teoría en distintas sentencias siendo la más importante la 8/2000 que establece sobre la conexión de antijuridicidad lo siguiente:

La declaración de lesión del derecho constitucional sustantivo no tiene como consecuencia automática la prohibición constitucional de valoración de toda prueba conectada de forma natural con las directamente obtenidas con vulneración de derechos constitucionales. De un lado, ha de tenerse presente que efectivamente la valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales produce la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías. Este Tribunal tiene afirmado que «la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales "implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (artículo 24.2 CE)" (...) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de proceso justo debe considerarse prohibida por la Constitución» (STC 81/1998). De otro lado, no puede olvidarse que «es lícita la valoración de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con "el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo", puedan considerarse jurídicamente independientes (...). De manera que la prohibición de valoración de pruebas derivadas de las obtenidas inicialmente con vulneración de derechos fundamentales sustantivos sólo se produce si la ilegitimidad de las pruebas originales se transmite a las

³⁵ España Tribunal Supremo, "Sentencia", en *Juicio No. 448/1997*, 4 de marzo de 1997, 47.

³⁶ España Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Juicio No. 81/1998*, 24 de agosto de 1998, 24.

derivadas (...) ya que las pruebas derivadas pueden ser constitucionalmente legítimas, si ellas no se han obtenido mediante la vulneración de un derecho fundamental; consecuencia de ello es que no pueda sostenerse que su incorporación al proceso implique lesión del derecho a un proceso con todas las garantías. De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad.³⁷

Tal como se puede apreciar, la sentencia anotada, apartándose de una concepción más garantista, permite que se produzca la violación de derechos fundamentales del procesado y otorga validez a determinadas pruebas indirectas derivadas de una prueba inconstitucional o ilegítima, con lo que el esquema garantista de protección de los derechos de la parte más débil de la relación jurídico penal sufre una relajación importante.

En otras palabras, implica pasar de un sistema penal de protección de derechos y libertades a uno que se preocupa mucho más por la eficacia del sistema penal y la seguridad de la sociedad, como manifestaciones de un Derecho penal de primera ratio que podría acabar con las reglas de exclusión probatoria.³⁸

En el sistema penal ecuatoriano no existe regla jurídica alguna que regule la prueba ilícita indirecta o la prueba reflejo, razón por la cual este tipo de prueba, que como se ha visto antes, puede ser excluida pero aceptada en ciertos casos excepcionales, bajo nuestra legislación ha de ser siempre excluida, por efectos de la interpretación restrictiva y literal que se aplica en el campo penal.

6. Mecánica de la exclusión probatoria en el Ecuador

Para que la prueba sea aceptada, utilizada para demostrar el hecho delictivo, esta debe estar sometida a un arduo y exigente control jurídico que permite eventualmente calificarla como legal, ilegal, inconstitucional, prohibida, etc.

³⁷ España Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Juicio No. 8/2000*, 2 de octubre de 2000, 79.

³⁸ Juan Luis Gómez Colomer, "La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato", en *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, coordinador Juan Luis Gómez Colomer (Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 2008), 111.

En el proceso penal ecuatoriano este control jurídico lo realiza el juez de garantías penales en la audiencia evaluatoria y preparatoria a juicio, en donde la jurisdicción penal tiene competencia para analizar los resultados de la investigación penal, así como la posición de Fiscalía y de la defensa en un eventual juicio.

Para ello, es importante destacar que la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio tiene “como una función primordial la de controlar el requerimiento acusatorio del fiscal y, más precisamente, evitar que cualquiera pueda ser acusado sin fundamento suficiente.”³⁹

En esta etapa la labor del juez se centra en el control de acusación,⁴⁰ para lo cual el juzgador analiza en primer lugar las cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia, procedimiento y en consecuencia, establece la validez procesal; luego valora y evalúa los elementos de convicción en que se sustenta la acusación fiscal y, de ser el caso, excluye los elementos de convicción que son ilegales; continua con la delimitación de los temas a debatirse en el juicio oral; recibe el anuncio de las pruebas que serán desahogadas en la etapa de juicio; y, autoriza los acuerdos probatorios a los que hayan llegado los sujetos procesales.⁴¹

El control sustancial, llevado adelante por el juez, “implica comprobar si efectivamente el acusador tiene un caso sustentable en sí y con pruebas que acrediten cada uno de los extremos contenidos en la acusación”.⁴²

Es en este momento en que se produce un debate conformado por dos extremos: en el primero, la Fiscalía es quien sustenta la acusación en los elementos de convicción adquiridos en la fase de investigación e instrucción fiscal, abona argumentativamente a la legalidad y constitucionalidad de los mismos; en el segundo, la defensa, que contradice e impugna esos elementos de convicción pidiendo, cuando el caso lo amerita, la exclusión, inadmisibilidad o su rechazo.

Ahora bien, en la obtención de los elementos de convicción tanto el Ministerio Público como los sujetos procesales, deben someterse a los condicionamientos establecidos en la ley para evitar que dichos elementos sean invalidados, excluidos y privados de la eficacia probatoria.

³⁹ Perfecto Andrés Ibáñez. *La reforma del proceso penal* (Madrid: Tecnos, 1990), 15.

⁴⁰ Jorge Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal, Tomo III* (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1998), 159.

⁴¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal COIP*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 601.

⁴² Ibáñez, “La reforma del proceso penal”, 247.

Para Jauchen el proceso está conformado por un cúmulo de pruebas de toda especie y cantidad por eso corresponde al juez analizar cada prueba, en el caso en concreto:

De modo que al llegar al momento culmine de la causa, cuando el órgano juzgador debe decidir, habrá de analizar primeramente en forma separada cada prueba, pero luego prosigue necesariamente el examen integral e interrelacionado de todas ellas, mediante comparaciones, evaluaciones y razonamientos que, por medio de la seria ponderación del conjunto, pueda extraerse por vía de la lógica, los aportes periciales técnicos o científicos, la experiencia, la psicología, el sentido común y el recto entendimiento humano, una conclusión sobre la certeza o no del hecho hipótesis de la tesis acusatoria, en cuyo caso sobrevendrá la condena, o bien si, a pesar de toda la labor desplegada en el juicio, la prueba no logra persuadir satisfactoriamente el entendimiento del juez, ya sea porque acreditan la inocencia del acusado o en razón de que sólo sirven para configurar un panorama nebuloso, oscuro, confuso y equívoco, que sólo deja como saldo el estado cognitivo de duda, deberá sobrevenir inexorablemente la absolución.⁴³

En definitiva, es necesario que se identifique la prueba ilegal o inconstitucional, porque el Estado constitucional de derechos reconoce y garantiza el cabal y efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona y el respeto a la dignidad humana, siendo imposible que se puede arribar a una sentencia condenatoria mediante la inobservancia de las garantías individuales.⁴⁴

El Estado constitucional implica, en términos de Mir Puig, un principio valorativo supremo que debe orientar toda la elaboración dogmática del Derecho penal⁴⁵ y del proceso penal, pues cada modelo político es coherente con una determinada concepción del Derecho penal y con la conformidad constitucional de los mecanismos establecidos para solucionar los conflictos penales.⁴⁶

⁴³ Jauchen, "Tratado de la Prueba en Materia Penal", 247.

⁴⁴ *Ibíd.* 614.

⁴⁵ Santiago Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho* (Barcelona: Ariel, 1994), 30.

⁴⁶ Santiago Mir Puig, *Bases constitucionales del Derecho penal* (Madrid: IUSTEL, 2011), 58.

Por esa razón la Constitución de 2008 incluyó expresamente la cláusula que establece la nulidad de pleno derecho de aquella prueba obtenida por fuera del debido proceso, es así que se establece en el artículo 76 numeral 4, que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

En igual forma, el artículo 454 numeral 4 del COIP establece que toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal. Así mismo el artículo 604 numeral 4 literal c) bis establece que es derecho de las partes procesales solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba, que estén encaminadas a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba.

Estas categorías jurídicas empleadas por el legislador (“exclusión”, “rechazo” o “inadmisibilidad”), se encuentran articuladas en función de lo que debe entenderse como prueba ilícita o inconstitucional y como prueba irregular o ilegal, en razón de haberse violentado los derechos constitucionales del procesado, así como de las normas jurídicas que regulan su obtención.

Entonces, los términos “exclusión”, “rechazo” o “inadmisibilidad”, empleados por el legislador, dan a entender cómo debe ser la actividad jurisdiccional derivada de la existencia de una prueba que, como se vio antes, incumple con las disposiciones constitucionales o las previsiones legales para su obtención.

Se trata, en definitiva, de un ejercicio racional de valoración probatoria que, en este momento procesal, se relaciona estrechamente con la conformidad constitucional y legal de los medios probatorios, lo que se materializa en el análisis que debe realizar el juzgador competente para establecer si los derechos fundamentales del procesado, sus garantías constitucionales y las formalidades previstas para la ley para la obtención de medios probatorios, han sido satisfechos a cabalidad por las partes del conflicto penal y por el órgano persecutor.

Esta valoración probatoria realizada por el juzgador debe efectuarse bajo el sistema de sana crítica, en donde se utilizan los principios de la lógica formal y las reglas de la experiencia, verificando entonces que cada medio probatorio ofrecido cumpla con los requisitos previstos en la ley.

Para realizar este análisis, el juzgador puede apoyarse en las argumentaciones vertidas para el efecto tanto por el órgano persecutor como por los sujetos procesales,

pues ellos al conocer mucho más a fondo el caso, y sobre todo la forma en cómo se desarrolló las investigaciones, pueden guiar al juez en la identificación de la prueba inconstitucional o ilegal.

Cierto es que las alegaciones de los sujetos procesales, en este aspecto, son contradictorias, pues mientras la una parte tiende a construir la responsabilidad penal y la imposición de una pena, la otra trata de desvirtuar los elementos de convicción en que se funde esa responsabilidad penal. Por ello mismo, las alegaciones sobre la exclusión de la prueba deben servir solamente de guía para el juzgador quien, luego del análisis respectivo, decidirá finalmente si procede o no la exclusión.

Adicionalmente a ello, al ser el juzgador el garante de los derechos de las partes, puede oficiosamente excluir prueba inconstitucional o ilegal, pues como parte de sus facultades jurisdiccionales específicas se encuentra también la de garantizar la vigencia y el respeto a los derechos fundamentales de los procesados, por manera que el análisis de la exclusión probatoria aún debe realizarse oficiosamente.

En resumen de lo anterior, y para mejor comprensión de este proceso de control realizado por el juez de garantías penales, se propone una metodología que puede emplear el juzgador, para abordar esta primera fase de identificación de la prueba ilegal e irregular: primero, el juzgador ha de esperar la alegación sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de los medios probatorios; segundo, las argumentaciones vertidas por los sujetos procesales deben ser utilizadas exclusivamente como una guía en el análisis de conformidad constitucional y legal; tercero, el juzgador ha de verificar oficiosamente si existe algún medio probatorio que adolezca de estas irregularidades; cuarto, identificadas suficientemente las pruebas irregulares, se ha de valorar el tipo de violación que se ha provocado en su obtención, mediante la sana crítica; quinto, ha de ponderar los derechos constitucionales o normas procesales en juego, por la posibilidad de convalidación del medio probatorio; y, finalmente, en los casos en concreto declarar la exclusión probatoria.

A más de lo anterior, la exclusión probatoria también responde a cuestiones que rebasan el análisis de constitucionalidad o legalidad, pues la prueba también puede ser excluida por criterios que se relacionan con la pertinencia, conducencia y utilidad de los medios probatorios, según lo previsto en los artículos 454 y 604.4 del COIP.

La pertinencia de la prueba implica una relación estrecha entre el medio probatorio y el hecho investigado:

(...) significa valorar que el medio de prueba guarde directa relación con el objeto del proceso. La misma se hace teniendo en cuenta que éstos serán ofrecidos con mención de los hechos o circunstancias que se pretendan probar. En otras palabras, se procura evitar que el debate se desarrolle con pruebas que desvíen su objeto que es acreditar la existencia del hecho y la participación del imputado, en su caso definir la pena a imponer.”⁴⁷

La conducencia, por su parte, es entendida como la aptitud intrínseca que tiene el medio probatorio para confirmar los hechos que son objeto de la acusación penal, de manera que esta característica connota la relación probatoria entre la prueba y la propuesta fáctica a la cual se dirige.⁴⁸ Este es su valor probatorio. La propuesta fáctica así demostrada por la prueba ofrecida, debe tener alguna pertinencia jurídica. Es decir, debe ser algo que esté vinculado con un elemento del tipo penal.

El primero de ellos refiere una obligación legal de acreditar el hecho con un medio probatorio específico, así tenemos por ejemplo, el derecho de propiedad se justifica con un certificado del Registro de la Propiedad pero no con una declaración juramentada; o, la hipoteca se justifica mediante la escritura pública respectiva pero no con un contrato privado.

El segundo axioma se refiere a la prohibición establecida legalmente de probar un presupuesto fáctico con un determinado medio de prueba.

Finalmente, el tercer axioma implica que está prohibido demostrar ciertos hechos aunque estos hayan sido catalogados como parte del objeto de la prueba, tal el caso de los hechos públicos y notorios que no requieren de carga probatoria alguna (artículo 604, numeral 4, literal b, del Código Orgánico Integral Penal).

La utilidad significa que del elemento o material probatorio es necesario que el Fiscal estructure una hipótesis lógica y sostenible, realizando una adecuada calificación jurídica que incluya todos los aspectos relevantes de la responsabilidad penal. Un elemento material probatorio puede no parecer útil para demostrar un aspecto estructural del tipo básico, pero sí para acreditar una circunstancia genérica de mayor punibilidad o para desvirtuar una causal de ausencia de responsabilidad.

⁴⁷ Jorge C. Baolini, *La etapa intermedia* (Bogotá: Temis, 2009), 145.

⁴⁸ Alejandro Aponte, *El rol de jueces y magistrados en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano* (Bogotá, Colombia: USAID / Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia, 2005), 52

Las categorías jurídicas de conducencia, pertinencia y utilidad son importantes también para analizar la exclusión probatoria, ya que puede existir el caso de pruebas inconducentes, impertinentes e inútiles, que habiendo sido obtenidas respetando las normas constitucionales y los presupuestos legales previstos normativamente y, sin embargo de ello, no puedan justificar los hechos penalmente relevantes.

Para una adecuada materialización de estas categorías jurídicas, el quid del asunto radica en comprender correctamente el tipo penal acusado y los hechos deben ser probados en el juicio penal, pues los elementos de convicción obtenidos durante la investigación e instrucción fiscal, deben ser destinados a probar los elementos objetivos del tipo.

En otras palabras, debe existir una congruencia, no procesal aunque si objetiva, entre el objeto de la prueba en el proceso penal y los medios probatorios destinados para confirmar los hechos, pues de esta congruencia dependerá también que se declare la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado.⁴⁹

En consecuencia de lo anterior, la exclusión probatoria si bien es cierto se relaciona con la prueba inconstitucional y con la prueba ilegal, también puede ser considerada desde otros aspectos como son los principios de pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba, lo que implica que no solo la violación de las normas legales y constitucionales habilita la exclusión probatoria, sino que, adicionalmente a ello, hay que valorar otras cuestiones atinentes a los denominados principios de la prueba penal antes referidos.

Un aspecto adicional que debe ser analizado en la exclusión probatoria se refiere a la posibilidad de obtener los elementos de convicción. En ella, la Fiscalía juega un rol preponderante pues su conducta se rige, para estos efectos, en un principio de objetividad, bajo el cual, debe realizar investigación para construir y para eximirla, atenuarla, o extinguirla.

En un sistema penal acusatorio adversarial como el ecuatoriano, los elementos de convicción son obtenidos por parte del Ministerio Público, por la víctima y por el procesado, en la investigación previa y en la instrucción fiscal.

No obstante aquello, si bien la posición jurídica de la víctima y del procesado son totalmente contradictorias y, en consecuencia, su actuación estará dirigida a enervar la presunción de inocencia, en el primer caso, o a desvirtuar la existencia del ilícito

⁴⁹ Luis Fernando Bedoya Sierra, *La prueba en el proceso penal colombiano* (Bogotá: Galería Gráfica Compañía de Impresión S. A, 2008), 49.

penal, en el segundo caso; al Ministerio Público se le ha asignado una labor caracterizada por la imparcialidad u objetividad de su actuación,⁵⁰ pues a él le corresponde obtener elementos de convicción de cargo y de descargo tendientes a ser utilizados en la formulación o no de una acusación,⁵¹ siempre con respeto a las normas del debido proceso y al respeto de los derechos humanos.⁵²

En pocas palabras, desde una perspectiva más práctica que teórica, es la Fiscalía la que está obligada a obtener elementos de convicción que contribuyan con la realización de la justicia, que es el objetivo del proceso penal, y en este sentido, en cuanto al procesado, su actuación debe ser dirigida a obtener elementos de convicción que puedan eliminar o atenuar la responsabilidad penal.

Esta forma de actuación del ente persecutor, normativamente prevista, obviamente implicará una actuación proactiva, pues debe pensar e investigar las líneas de investigación que favorezca al imputado, pero adicionalmente debe también analizar y explotar las líneas de investigación propuestas por la defensa del procesado, de tal manera que esta conducta permita, como se dijo antes, la realización de la justicia.

Así mismo, en cuanto a la actuación jurisdiccional en la fase de exclusión probatoria, la actuación del juez de garantías penales se desarrolla exclusivamente para proteger los derechos, garantías, libertades individuales en las etapas previas al juzgamiento, es decir debe verificar que se respeten y apliquen las garantías procesales, sustanciales propias del debido proceso para los sujetos procesales y particularmente para el procesado quien es la parte más débil de la relación jurídico penal.

⁵⁰ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial No. 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009, art. 5.21.

⁵¹ *Ibíd.*, art. 590.

⁵² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 194.

Capítulo Segundo

Análisis de casos paradigmáticos sobre la no aceptación de la cláusula de exclusión probatoria

1. Introducción

La presente investigación tiene un contenido pragmático muy importante que radica en el análisis de dos casos concretos tramitados en nuestro país, en los cuales existen medios de prueba que, siendo incompatibles con las normas constitucionales y legales que prevén derechos sustanciales para los procesados, han sido admitidos como prueba, sin que los operadores de justicia hayan realizado la exclusión conforme las previsiones del ordenamiento jurídico.

Para el estudio de cada caso se realiza una reconstrucción de los hechos ocurridos en base a los autos obrantes en los distintos procesos y en las sentencias vertidas en los casos sometidos a análisis, para entender la forma en cómo se fijaron los hechos de relevancia penal y la manera en que se realizaron las distintas investigaciones para obtener los medios probatorios.

Además se consigna el análisis concreto de la forma como se ha producido la violación de las normas procesales o de los derechos fundamentales de los procesados y se consignan las razones que fundamentan la aplicación de la cláusula de exclusión probatoria, así como el resultado final dado por la resolución judicial que tiende, en todos los casos, a negarla bajo el presupuesto del artículo 169 constitucional.

Es importante destacar, además, que los casos han sido tramitados bajo el nuevo modelo penal ecuatoriano adoptado por el COIP y, por tanto, se trata de casos que resaltan la actuación arbitraria de los juzgadores penales que intervinieron en la fase evaluatoria y preparatoria a juicio, y la forma como se deja de utilizar el mecanismo constitucional de exclusión probatoria, comprometiéndose de esta forma la actuación judicial así como el principio democrático de un proceso penal propio del Estado Constitucional.

2. Caso I: Presunto abuso de confianza⁵³

Los hechos en este caso son los siguientes: la empresa denunciante es una persona jurídica dedicada a los negocios fiduciarios. Esta empresa contrató a la señora MPRU, el 2 de abril de 2007, para desempeñar las funciones de contadora y por ende debía encargarse de la contabilidad de la empresa así como de varios negocios fiduciarios. El día 31 de diciembre de 2015 MPRU deja de laborar y el 5 de febrero de 2016 se realiza un acta de finiquito con la que se pone fin a las relaciones laborales.

Luego de la renuncia de MPRU, afirma la empresa denunciante haber recibido el puesto de trabajo en aparente normalidad, pero luego de realizar una revisión de la contabilidad se pudieron evidenciar varias irregularidades en el manejo contable de los fideicomisos Quinta Las Mercedes y Pymes Procredit, pues se descubrieron cheques girados y no registrados en la contabilidad que fueron depositados en la cuentas de MPRU y de su cónyuge, generando un perjuicio de un millón ochenta y nueve mil veinte y cinco dólares.

Una vez iniciada la causa, en la instrucción fiscal se vinculó a KSTD, quien era auxiliar de contabilidad de dicha empresa y posteriormente se vinculó a el esposo de MPRU.

En la audiencia evaluatoria y preparatoria a juicio celebrada en esta causa, la defensa de la procesada KSTD solicitó la exclusión de varios medios de prueba, pero la autoridad judicial la negó estableciendo para el efecto que:

Es preciso indicar en cuanto a la exclusión de pruebas solicitado por la defensa y Fiscalía, que dicen relación con la recaudación de elementos probatorios, esto es pericias, en documentos, informes contables, que se manifestó que no existe una cadena de custodia, el artículo 457, establece que los elementos que no gozan de cadena custodia debe ser demostrados su autenticidad ante el Tribunal de Garantías Penales por quien los presente, en ese sentido quien presente como prueba deberá demostrar su autenticidad. Con respecto a exámenes documentológicos que han sido presentados extemporáneos la Constitución y el COIP establece que no

⁵³ Fiscalía de Soluciones Rápidas No 3 de Pichincha (Instrucción Fiscal No. 170101816050903) así como en el proceso radicado en la Unidad Judicial Penal Con Sede En La Parroquia Iñaquito Del Distrito Metropolitano De Quito, Provincia De Pichincha (No. 17294201603991).

se puede sacrificar la justicia por meras solemnidades, se revisó el expediente Fiscal y se establece que Fiscalía notificó a los sujetos procesales con la recaudación de ese elemento, el artículo 454 núm. 6 inciso final del COIP, establece los criterios para la valoración para excluir la prueba. No existen motivos para realizar exclusiones probatorias, se debe dar la oportunidad a los peritos que realizaron los peritajes para que puedan defender y sustentar.⁵⁴

Los procesados fueron llamados a juicio y dicha etapa hasta la presente fecha no se realiza debido a que una de las procesadas ha eludido la acción de la justicia intentando conseguir la prescripción de la conducta penalmente relevante.

2.1. Análisis de la negativa de exclusión probatoria

Para analizar la negativa del juzgador es necesario realizar algunas precisiones jurídicas que refieren a la duración de la instrucción fiscal, así como la institución de la preclusión, que son elementos necesarios para entender la exclusión probatoria de este caso.

La etapa instructiva del proceso penal, tiene por finalidad “determinar elementos de convicción, de cargo y descargo, que permita formular o no una acusación en contra de la persona procesada”.⁵⁵ Se trata de un procedimiento para averiguar los rastros que verifican la existencia del hecho punible y la ulterior acusación o la determinación de no acusación y clausura de la persecución penal cuando los méritos de la investigación determinen la inexistencia de conducta penalmente relevante o no participación del procesado.⁵⁶

Es decir, es una fase eventual y preparatoria del juicio, que cumple un órgano jurisdiccional en virtud de excitación oficial y en forma limitadamente pública y limitadamente contradictoria, para investigar la verdad acerca de los extremos de la

⁵⁴ Ecuador Unidad Judicial Penal Con Sede En La Parroquia Iñaquito Del Distrito Metropolitano De Quito, Provincia De Pichincha, “Resolución”, en *Juicio No. 17294201603991*, 28 de agosto de 2017, 14.

⁵⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal COIP*, Registro Oficial No. 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 590.

⁵⁶ Julio Maier, *Derecho Procesal Penal. Tomo 1. Fundamentos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996), 183.

imputación penal y asegurar la presencia del imputado, con el fin de dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento.⁵⁷

Bajo los presupuesto del artículo 592 del COIP, la determinación del tiempo de duración de la instrucción es realizada por el propio Fiscal quien, atendiendo a la complejidad de la investigación, puede imponerse un plazo dentro del cual debe realizar la indagación integral del ilícito denunciado y recopilar los elementos de convicción, lo que implica que la determinación del plazo es de su exclusiva responsabilidad, pues es él quien conoce lo grave o serio de la investigación así como de sus capacidades de realizarla dentro de los tiempos que el mismo se ha impuesto.

La idea que se destaca de lo anterior es que el legislador establece una limitación temporal a la actuación del Fiscal, lo que implica a la par que exista una necesidad de que la persecución penal se realice de forma limitada, restringida, esta vez ya no solo desde la perspectiva de los derechos y garantías que le asisten a los procesados o las presuntas víctimas en el proceso penal (presunción de inocencia, prohibición de autoincriminación, prohibición de revictimización, etc.), sino que existe un tiempo perentorio dentro del cual debe desarrollarse la labor investigativa del titular de la acción penal, no pudiendo extenderse fuera de los plazos legales so pena de que los resultados de la investigación no tengan valor probatorio.

Lo anterior no es otra cosa que la efectiva vigencia del principio de preclusión⁵⁸, el mismo que es considerado como un principio general del derecho, gracias al cual las etapas procesales se van cerrando sucesivamente, es decir, la posibilidad de contradicción de las partes en las fases procesales una vez evacuadas, se cierran inevitablemente y no es posible volver atrás, ya que hacerlo implicaría un desbalance procesal entre los contendientes.

Así, conforme a este principio, se asegura no solo el respeto a las etapas existentes en un proceso, ocasionando que el cierre sucesivo de estas no hagan posible volver a revisarlas nuevamente, pues se entiende que la división del proceso se realiza en una serie de momentos o períodos fundamentales, que algunos han calificado de compartimentos estancos, en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad de las partes, de manera que determinados actos deben corresponder a determinados períodos, fuera del cual no pueden ser ejercitados, y si se ejecutan no tienen valor.⁵⁹

⁵⁷ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en *Juicio No. N.º 0710-10-EP*, 19 de abril del 2012, 29.

⁵⁸ Jorge Zabala, *Tratado de derecho procesal penal Tomo VII* (Guayaquil: Edino, 2006), 255.

⁵⁹ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en *Juicio No. 1816-11-EP*, 27 de enero de 2016, 10.

La aplicación de este principio garantiza el derecho a la seguridad jurídica de las partes procesales y el acceso a una tutela judicial efectiva, puesto que con ello se tiene la certeza de que el proceso judicial avanzará de modo continuo y que no pueden revisarse o retrotraerse tramos que ya han culminado y que se han consolidado.⁶⁰

En cuanto a la validez de los elementos de convicción vistos desde el punto de vista de la temporalidad de la instrucción fiscal, el artículo 592 del COIP en su inciso final establece que “No tendrá valor alguno las diligencias practicadas después de los plazos previstos”, lo que implica una sanción impuesta desde la legislatura, para que los medios de acreditación obtenidos luego de haber precluido la fase de instrucción fiscal, no puedan ser utilizados en la actuación penal, impidiendo que el tribunal de juzgamiento tome contacto con estos elementos de convicción obtenidos por fuera del plazo legal.

El sustento de esta sanción se lo puede encontrar en un aspecto formal que se refiere al plazo de duración de la inductiva, el cual como se dejó anotado antes, es un plazo impuesto por el propio Fiscal, de forma general, por manera que él está obligado a adecuar sus actuaciones a un límite temporal en el cual se desenvuelve su actuación en el proceso acusatorio; y, un aspecto material, que se refiere al plazo razonable en el que se puede verificar la condición de inocencia del procesado, por manera que se trata en este último aspecto de un límite objetivo a la labor persecutoria.

Con los elementos antes indicados, del análisis del proceso se puede establecer que varias diligencias investigativas ordenadas por el persecutor contravienen el principio de preclusión. Para ello se debe tomar en cuenta que la audiencia de formulación de cargos se celebró el día 31 de enero del 2017, a las 14h45, por lo que según el artículo 591 del COIP se dio inicio a la instrucción fiscal.

Con fecha 28 de abril del 2017, a las 15h30, se vinculó al señor ERGB, procediéndose de conformidad con lo previsto en el artículo 593 bis por lo que la instrucción se prorrogó 30 días de plazo adicionales, hasta el día 27 de mayo de 2017, fecha en la cual feneció la fase inductiva, y, como resultado de haber precluido el plazo de la misma, debió aplicarse lo previsto en el inciso final del artículo 592.

En atención a la cronología antes expuestas, en el proceso penal aparece el impulso fiscal No. 6 de 4 de octubre de 2016, en el que se señala el día 6 de octubre de 2016 a las 11h30 para la posesión de la perito contable Yessenia Cumandá Iñiguez

⁶⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio No. 0980-12-EP*, 08 de abril del 2015, 24.

Guachizaca y determina que la pericia debe ser entregada en un plazo de 20 días desde la posesión. Posteriormente, mediante escrito de 25 de octubre de 2016 la perito solicita 20 días adicionales de prórroga.

El impulso fiscal No. 7, de 15 de noviembre de 2016, dispone que el escrito de prórroga se tomará en cuenta para los fines legales pertinentes, pero no se amplió el plazo de presentación del informe pericial pues no se aceptó la solicitud de la perito contable, lo que provocó que su nombramiento haya caducado, pues el peritaje fue presentado el 14 de noviembre de 2016, es decir fuera del plazo previsto en el impulso fiscal No. 6.

Para superar esta dificultad, la Fiscalía pidió un nuevo peritaje contable posesionado al nuevo perito el día 25 de mayo de 2017 a las 14:00, quien entregó su pericia el 29 de mayo de 2017 a las 12h02, es decir dos días después de que concluyó la instrucción fiscal.

Al hecho de la entrega extemporal del informe pericial, debe sumarse otro hecho que es aún más relevante en el proceso penal y tiene relación directa con la imposibilidad de que la defensa técnica de los procesados para conocer el contenido del peritaje, violentándose de esta forma con la previsión establecida en el artículo 282.3 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece que la Fiscalía debía garantizar la intervención de la defensa de los imputados en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública.

De igual manera se ordenó dos peritajes en los cheques, los mismos que fueron entregados extemporáneamente los días 29 y 30 de mayo de 2017, de las firmas existentes en varios cheques con los que se supone se cometió el delito de abuso de confianza. Estos peritajes presentan la particularidad de que ninguno de los tres cheques analizados en las pericias, fueron entregados con cadena de custodia tal como lo requiere el artículo 456 del COIP, que dispone la aplicación de aquella a los elementos físicos o contenido digital, materia de la prueba, la cual tiene por finalidad garantizar la autenticidad, su identidad y estado original.

En dichos informes periciales se detalla expresamente que los cheques fueron entregados al perito sin cadena de custodia por parte de CONCERTLEG ABOGADOS, quienes son los defensores técnicos del denunciante, por lo que la no existencia de

cadena de custodia de los cheques sometidos a peritaje impide afirmar con certeza que se trate de un elemento de convicción auténtico e inalterado⁶¹.

Los peritajes antes especificados, tal como se pudo observar, rompen con el principio de preclusión procesal, así como la disposición del artículo 592 del COIP, pues al haberse practicado fuera de los plazos de instrucción fiscal, no debían ser aceptados por el juzgador para su desahogo en la fase de juzgamiento.

Desde otra perspectiva, que se refiere a las formalidades para la obtención de la prueba, cuando esta se trata de comunicaciones personales, existe la necesidad imperiosa de requerir a la autoridad jurisdiccional la autorización necesaria para abrir y examinar la correspondencia de los procesados, pues se trata de una intervención que afecta el derecho a la intimidad y a la privacidad de las comunicaciones.

Sin embargo de lo anterior, en el proceso existe una certificación notarial de correo electrónico de fecha 20 de julio de 2016, en el que se aprueba una transferencia por USD 500.000,00 los mismos que fueron apropiados indebidamente por la procesada MPRU y su esposo. Sobre esta documentación es importante destacar que se trata de un correo electrónico de la acusada MPRU y por tanto es una información de circulación restringida por tratarse de comunicaciones personales cuya difusión no ha sido autorizada expresamente por su titular, por la ley o por el juzgador. Es decir, se trata de una información que se subsume en la segunda hipótesis establecida en el artículo 472 del COIP, en relación con el artículo 475.1 *ibídem*, que establece que la correspondencia física, electrónica o cualquier otro tipo o forma de comunicación, es inviolable, salvo los casos expresamente autorizados en la Constitución.

La forma de proceder adecuada para obtener y constituir este correo electrónico como un elemento de convicción válido, era actuar de conformidad con el artículo 475.2 del COIP lo que obligaba a que la Fiscalía solicite al juzgador, previa petición motivada, el retener, abrir y examinar la correspondencia, cuando haya suficiente evidencia para presumir que la misma tiene alguna información útil para la investigación, pero no se dio cumplimiento a esta disposición.

En el proceso aparece una petición de la Fiscalía formulada en este sentido, la cual fue negada por el juzgador por “no haberse fundamentado en legal y debida forma”, según consta de la providencia dictada el día 17 de noviembre de 2016.

⁶¹ Ricardo Vaca Andrade, *Manual de Derecho procesal penal, Tomo I* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001), 10.

Así también, existe un informe pericial de informática forense, de 16 de febrero de 2017, el cual se refiere a la extracción de la información del correo electrónico de la acusada MPRU, detallada en líneas precedentes, razón por la cual le son aplicables las observaciones anteriores establecidas, es decir, se trata de una prueba pericial para cuya realización se violentó lo previsto en el artículo 472.2 del COIP, es decir no se contó con la autorización del juzgador penal pues se trata de las comunicaciones personales de la procesada.

Finalmente, obra en el proceso una Acta de reunión de trabajo para presentación de observaciones del Fideicomiso Pymes Procredit, de fecha 19 de julio de 2016, la cual contiene el detalle de los descubrimientos realizados sobre la disposición arbitraria de fondos realizada por la procesa MPRU, de forma previa a la presentación de la denuncia y a la judicialización del conflicto penal, pero en dicha Acta se establece que tanto el Acta como la información constante en ella es categorizada como “reservada” o “confidencial”.

La información de dicha acta, desde el punto de vista jurídico, es restringida porque esté amparada por una cláusula contractual de confidencialidad. Este hecho es destacado en el texto de dicha Acta pues se advierte que la información, documentación que se va a utilizar para su elaboración son confidenciales y reservadas. En dicha Acta además se establece que se puede levantar la confidencialidad y la reserva de la información sólo con la autorización expresa, por escrito de la Gerencia general de la empresa denunciante, la cual no se encontró en el proceso.

En definitiva, estos elementos de convicción obtenidos por la Fiscalía rompen el debido proceso y las garantías procesales dispensadas por vía constitucional, pues en el caso de los peritajes contables no se respetó el debido proceso (preclusión de la instrucción fiscal). Así mismo, en el caso del peritaje informático y de la certificación del correo electrónico, el procedimiento para obtenerlos no respetó el derecho a la privacidad de las comunicaciones personales.

Es decir se trata de elementos de convicción que en su obtención han afectado varios derechos fundamentales que aseguran una contención del poder punitivo que impide por tanto su abuso, también son considerados como garantías para los procesados pues establecen un procedimiento justo y un debido proceso ajustado al modelo de Estado constitucional, en donde se considera, aún a los presuntos desviados, como sujetos de derechos, por tanto titulares una dignidad que les es propia e inherente.

La importancia de estas garantías en el proceso penal, expone el profesor Alberto Binder, deriva en los siguientes hechos:

1) El sistema de garantías, que sólo protege al imputado (y sólo él) de la violación de los principios pensados para salvaguardar su persona del uso abusivo de poder penal. Según este sistema, las formas procesales son mecanismos de protección. Las formas son la garantía misma que permite detectar la violación de uno de esos principios (en realidad todos derivados de la idea final de juicio previo por lo que todos pueden ser explicados como una teoría del juicio penal).⁶²

Las garantías en el ámbito del proceso penal son por tanto limitaciones al poder punitivo del Estado, razón por la cual son consideradas medios de defensa que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho.⁶³ No son meras formalidades o ritualidades torpes sin fundamento jurídico, sino de verdaderos mecanismos que contienen el poder punitivo y permiten verificar el principio de igualdad de armas y eliminar la asimetría del poder de actuación del titular de la acción penal.

Con los elementos antes expuestos se puede establecer que la invocación realizada por el juez de control de garantías sobre el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, es insuficiente para habilitar la prueba inconstitucional obtenida en el presente caso, y no es la más adecuada para negar la exclusión probatoria solicitada por la defensa.

El juzgador debía analizar no solo los aspectos constitucionales referidos a la violación al derecho a la defensa técnica por impedirse que los procesados y sus letrados conozcan los resultados de las pericias extemporáneamente practicadas; así como la violación al derecho a la intimidad y la privacidad de las comunicaciones personales de la procesada MPRU, generada por la obtención de un correo electrónico sin la autorización del juzgador penal. Sino que además debía referirse al límite objetivo de la labor persecutoria consistente en la temporalidad de la instrucción fiscal, al principio de preclusión procesal en relación con el artículo 592 del COIP que establece que no

⁶² Alberto Binder, *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal* (Buenos Aires: Ad. Hoc, 2000), 131.

⁶³ María Graciela Cortázar, "Las garantías judiciales. análisis a partir de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, n 30 (2012): 67, <http://www.redalyc.org/html/876/87625443004/>

tendrán valor alguno las diligencias practicadas después de los plazos previstos para la instrucción.

A más de ello debía analizarse si al existir varios peritajes sobre las mismas materias y sobre los mismos aspectos (dos pericias contables y cuatro pericias grafo técnicas) se pueden predicar respecto de los principios de necesidad y de utilidad, dado que solo uno de ellos, en cada materia y aspecto, es suficiente para demostrar el hecho de relevancia penal.

Lo anterior conlleva necesariamente a que el juzgador, en el presente caso, debía excluir los elementos de convicción irregulares por violación a los derechos fundamentales, impidiendo, por ende, que sean valorados dentro del proceso penal.

3. Caso II: Presunto delito contra la flora y fauna silvestres⁶⁴

La fijación de los hechos se realizó en la Audiencia de Control Constitucional y calificación de Flagrancia, celebrada el 8 de julio de 2015 en la Unidad Judicial Multicompetente Penal con sede en el cantón Salcedo, provincia de Cotopaxi, seguida en contra de GTJH por el presunto cometimiento del delito tipificado en el artículo 247 del COIP, por intentarse comercializar un loro.

Hay que advertir al lector que la fijación de los hechos se realiza de forma totalmente arbitraria e irrespetuosa del derecho del procesado, gracias a una defensa técnica nada efectiva, por lo que en primer momento aparece como cierta una conducta penal que inclusive fue aceptada por el procesado, aunque posteriormente y, contando con un nuevo defensor técnico, se determinó la no existencia ni del delito y peor aún de la responsabilidad penal del acusado.

Con esta advertencia los hechos del presente caso son los siguientes: el día miércoles 8 de julio del 2015 a eso de las 13h00, la señora Fiscal de turno del cantón Salcedo, se percató personalmente de que el señor GTJH se encontraba comercializando una ave silvestre (loro); al interrogarle la Fiscal sobre dicha actividad el mencionado ciudadano salió en precipitada carrera, logrando ser capturado y puesto a órdenes de la autoridad competente para la realización de la Audiencia de calificación de Flagrancia, en la cual se procedió a formular cargos según el artículo 595 del COIP.

⁶⁴ Procedimiento directo No. 05151-2015-00186 adelantado en la en la Unidad Judicial Multicompetente Penal con sede en el cantón Salcedo, provincia de Cotopaxi.

Además, en esta Audiencia se solicitó día y hora para tenga lugar la Audiencia de Procedimiento Directo para cuyo efecto la Fiscalía formuló su acusación y solicitó medida cautelar intramural, petición esta que fue aceptada por el juzgador competente.

En el proceso se hace constar que el Defensor Público recomendó al procesado GTJH que reconozca voluntariamente el cometimiento de los hechos delictivos y por tanto que se declare culpable del delito acusado, a cambio de lo cual recibiría la pena intramural mínima de un año, o, en su defecto, de no aceptar aquello, se le impondría la pena máxima de tres años, lo cual a simple vista se trata de un ejercicio torpe e irracional de la defensa técnica.

Sobre esta circunstancia es necesario establecer que la legislación penal permite el reconocimiento voluntario de la conducta delictual siempre y cuando sea realizada de forma libre, sin coacción de ninguna naturaleza, y previo asesoramiento del defensor técnico sobre su derecho guardar silencio así como las implicaciones de reconocer la conducta delictiva, tal como lo reconocen expresamente los artículos 508.1 y 508.2 del COIP.

Bajo estos presupuestos es posible aplicar la atenuante trascendental prevista en el artículo 46 *ibídem* que permite la imposición de apenas un tercio de la pena que le corresponde al delito, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción, pero para ello se requiere que la defensa técnica realice un análisis minucioso de los elementos de convicción existentes en el proceso penal.⁶⁵

Hay que recalcar el hecho de que la mera designación de un Defensor Público no satisface el requisito de la defensa técnica eficaz que se requiere para la plena validez de un proceso penal,⁶⁶ pues como lo advierte la Corte Constitucional la violación de los derechos del procesado ocurre por un ejercicio pobre de la defensa técnica, por ello el defensor penal requiere de estándares elevados de intervención inclusive para una adecuada administración de justicia. Por lo tanto, el patrocinio debe ser competente y efectivo, así como contradictor en todo acto probatorio, para que la contienda sea leal,⁶⁷ pues debe estar en capacidad de competir con el órgano acusador.⁶⁸

⁶⁵ Corte IDH, "Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Tibi Vs. Ecuador*, 07 de septiembre de 2004, párr. 49, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

⁶⁶ Maier, "Derecho Procesal Penal. Tomo 1", 551.

⁶⁷ Ferrajoli, "Derecho y razón", 614.

⁶⁸ *Ibíd.*

En este contexto la aceptación de cargos del procesado asistido por un defensor letrado incapaz de actuar adecuadamente, no puede encubrir la violación de los derechos del procesado, de allí que se trate de un reconocimiento que es nulo, de nulidad absoluta, por violación a la defensa técnica adecuada como uno de los requisitos esencial para el allanamiento del procesado.

3.1. Análisis de la negativa de exclusión probatoria

En la audiencia de procedimiento directo la defensa técnica solicitó la exclusión probatoria de varios elementos de convicción: el Informe Pericial de Reconocimiento del Lugar de los hechos y evidencias; y, el Parte Informativo Elevado al señor Jefe Provincial de la Unidad de Protección de Medio Ambiente de la Sub Zona Cotopaxi No-5, en el que se realiza pericia del tipo de ave que supuestamente se comercializaba.

En efecto, la pericia del reconocimiento del lugar de los hechos pese a que debía realizarse el 8 de julio del 2015, a las 13h30, fue realizada el día 9 de julio de 2015, a las 16h30, es decir una vez que habían caducado sus nombramientos y sin la presencia de la defensa técnica del procesado. Para ello se estableció que la notificación de la designación de peritos se realizó fuera de las fechas que constaban como ciertas en los oficios, y que la designación se realizó en la ciudad de Latacunga, ubicada al menos a 30 kilómetros de distancia de la ciudad de Salcedo, lo que impidió que se realice la pericia en la fecha y hora establecidas.

Las incoherencias cronológicas demostradas en la documentación oficial emitida por la Fiscalía de Salcedo, la Policía Judicial de Latacunga, además de las versiones rendidas por los peritos que realizaron en el reconocimiento del lugar de los hechos demostraron que se manipuló esta prueba pericial para sustentar la acusación fiscal y beneficiar su teoría del caso en la etapa del juicio, incurriéndose de esta forma en el tipo penal de fraude procesal previsto en el artículo 272 del COIP.

Además de lo anterior, a pesar de que la Fiscalía requirió un peritaje para determinar que el ave que supuestamente se vendía pertenecía a una especie protegida, no se elaboró dicha pericia sino solamente un Parte Informativo en el que se da cuenta de la inexistencia de la cadena de custodia del ave, así como que el informe fue realizado por quien no conocía sobre la materia que iba a realizar la experticia y, que en la elaboración del parte informativo participaron al menos 4 personas entre las cuales circulaba tanto el contenido del informe como las fotos del ave.

El argumento en el que sostuvo la exclusión probatoria es que en el caso del Informe pericial del reconocimiento del lugar de los hechos, este había sido realizado con violación de las normas legales al no haber sido notificado a la defensa del procesado; y, en el caso del parte informativo, por violentar el artículo 460.5 del COIP que dispone que la fijación y recolección de las evidencias, huellas, vestigios encontrados en el lugar requiere de una cadena de custodia, a más de no ser una pericia, pues no se habían designado ni posesionado los peritos, violando el artículo 511 del COIP que regula la designación de los peritos, así como el artículo 456 bis que regula la cadena de custodia.

La fundamentación empleada por la defensa técnica se refería a cuestiones que afectaban la legalidad de la obtención de los medios de prueba, sin embargo de ello el juzgador declaró que no cabía exclusión probatoria:

11.4.- De lo expuesto se determina que los elementos tendientes a determinar la materialidad y responsabilidad de la persona procesada presentan inconsistencias como las siguientes: a) Se ordena en providencia de Fiscalía de fecha 8 de julio del 2015.- A las 13h30.- se practique el reconocimiento del lugar de los hechos, quien será nombrado y posesionado antes de la diligencia dispuesta, sin embargo el Informe del reconocimiento del lugar de los hechos se lo realiza con fecha 9 de julio de 2015, a las 16h30, hechos que no son concordantes con la misma disposición fiscal. b) Dentro de los informes presentados por Fiscalía consta un Parte Informativo, más no un informe solicitado por Fiscalía. c) dentro del procedimiento realizado no se cuenta con una cadena de custodia al respecto el manual de cadena de custodia cuando aborda la Protección del Lugar de los hechos o Escena en su literal b) se indica que “El Fiscal o la Policía Judicial deberá tomar posesión de la escena tan pronto como sea posible, realizando una descripción escrita y detallada del lugar (acta), dejando una constancia de la persona que entregó la escena...”, cosa que no ha ocurrido, pues de los testimonios de los señores policías Wilo Changoluisa y Bolívar Tumbaco se indica que le

entregaron un ave los policías Serna Mario y Edison Chicaiza, por ende el acta al que el manual hace referencia, no se lo hizo.⁶⁹

La anterior declaración del juez se denota que efectivamente debía excluirse la prueba pericial por violación de las normas legales referidas a la designación de peritos y a la cadena de custodia, no obstante aquello el juzgador decidió aceptar la prueba, hacer que esta sea producida, contradicha, valorada como insuficiente para establecer el cometimiento del delito y la responsabilidad del procesado.

A más de ello la resolución judicial permite concluir efectivamente que la prueba pericial del reconocimiento del lugar de los hechos se realizó en otra fecha distinta a la establecida por la Fiscalía, sin embargo de aquello y, en un claro afán de perjudicar al procesado, se emitió un informe pericial con una fecha de realización distinta, lo que podría configurar un delito de fraude procesal.

Lo más importante de esta sentencia es que confirma el hecho de que, al menos en este caso, al igual que en los otros analizados, los jueces de control de garantías penales a pesar de existir circunstancias que permite excluir, rechazar o inadmitir los medios probatorios no realizan este control que es fundamental que sea llevado a efecto en el proceso penal, pues no debe permitirse que el juzgador sea contaminado con una prueba ilegal o legítima.

Lo anterior reduce drásticamente el verdadero contenido y finalidad de la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio, eliminando precisamente la “evaluación” de la correspondencia directa y material entre la adquisición de un elemento probatorio y el respeto de los derechos fundamentales o los requisitos previstos en la ley para su producción, lo cual afecta de forma directamente proporcional tanto a la función de control del juez de garantías penales, como a la conducta adoptada por la Fiscalía en la obtención de medios probatorios.

⁶⁹ Ecuador Unidad Judicial Multicompetente Penal Con Sede En El Cantón Salcedo, “Sentencia”, en *Juicio No. 05151-2015-00186*, 06 de agosto del 2015, 6.

4. Datos proporcionados

Para complementar el estudio de la regla de exclusión probatoria se obtuvieron datos estadísticos basados en la información aportada por uno de los cinco jueces de los juzgados penales existentes en el cantón Azogues, correspondientes al 01 de enero hasta el 31 de diciembre de 2018.

De los datos aportados por uno de los Jueces de Garantías Penales, de 100 casos sometidos a fase evaluatoria y preparatoria a juicio, se procedió a requerir exclusión probatoria en 5 de ellos, mientras que en los 95 casos no se solicitó la aplicación de esta posibilidad.

Lo anterior se explica porque los letrados de la defensa consideran que la investigación realizada por la Fiscalía está realizada de forma que no se contraviene con las garantías constitucionales ni los ritos procesales para obtener los medios probatorios.

De los cinco casos en que se excluyó la prueba, solo dos casos se basaron en razones de orden constitucional referida a derechos fundamentales (intimidad y violación del derecho a la defensa técnica) y tres casos se excluyeron por violación a la cadena de custodia.

Los criterios de impertinencia, inconducencia y utilidad de la prueba no se emplearon en la exclusión debido a que no se argumentó respecto de ellos y tampoco podía proceder la exclusión cuando las razones que la habilitaban se relacionaban estrechamente con la previsión del artículo 76.4 de la Constitución.

Para abundar en el estudio de la exclusión probatoria, se realizó además una encuesta, en el mes de enero de 2019, dirigida a cinco jueces de garantías penales del cantón Azogues, quienes son los encargados de realizar la Audiencia evaluatoria y preparatoria a juicio en los casos penales sometidos a su jurisdicción y competencia.

La finalidad de la estadística empleada es medir las concepciones y valoraciones en torno a la cláusula de exclusión probatoria por parte de estos operadores de justicia del sistema penal ecuatoriano.

Las preguntas formuladas en la encuesta, fueron previamente validadas por dos expertos en el área penal, permitiendo de esta manera obtener una valiosa información sobre la exclusión de los medios de prueba y la aplicación práctica que a dicha institución jurídica dan los operadores de justicia encargados de velar por el respeto de los derechos de los sujetos procesales.

5. Preguntas

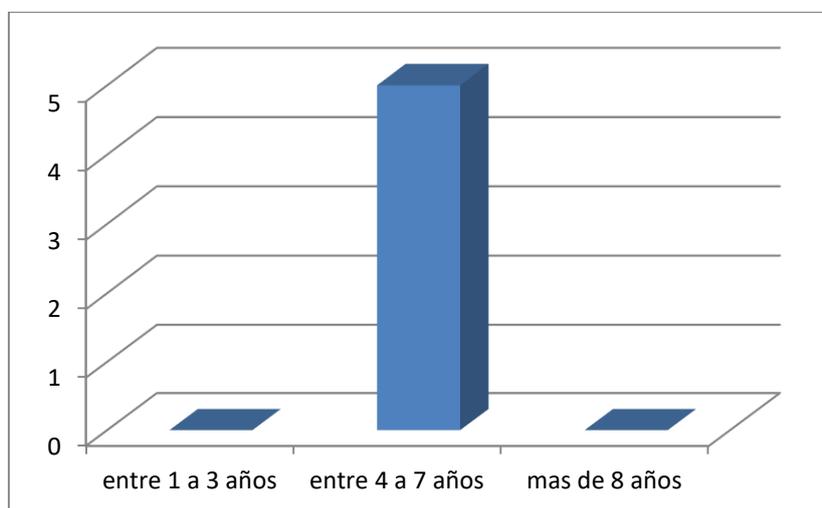
¿Cuánto tiempo usted se desempeña como juez de garantías penales?

Con la finalidad de conocer si los juzgadores disponen de una experiencia importante en la tramitación de los casos encomendados, se consultó sobre su tiempo de servicios en la Función Judicial en el área específica del Derecho penal y Procesal Penal para establecer el grado de conocimiento y operatividad del que disponen.

Todos los jueces entrevistados mencionaron que su tiempo de desempeño profesional como jueces de garantías penales supera los cinco años, es decir el 100% de la muestra son jueces con al menos cinco años de experiencia, lo cual permite colegir que son profesionales del derecho, que han dedicado un tiempo de servicio importante para la solución de los conflictos penales y, que, además, poseen amplios conocimientos en las áreas antes referidas y en la aplicación práctica del Derecho penal y procesal penal implementado en el nuevo sistema penal vigente con la expedición del COIP

Gráfico 1

Tiempo de labores de los jueces encuestados



Fuente: Encuestas realizadas enero 2019.

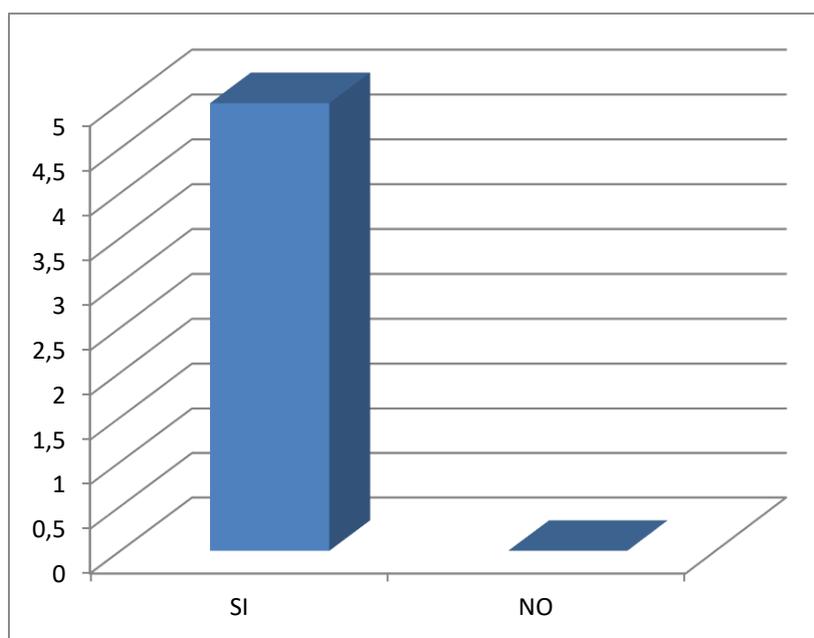
Elaboración propia.

¿Ha recibido capacitación para la aplicación del COIP?

También en este cuestionamiento el ciento por ciento de los jueces consultados establecieron haber recibido capacitación en el COIP de forma previa y posterior a su posesión como jueces de garantías penales, lo que garantizaría, al menos teóricamente, un mejor conocimiento de la norma penal y por ende una adecuada aplicación de la misma a los casos prácticos.

Como se sabe la capacitación es un requerimiento esencial para la adecuada labor de la administración de justicia más aun cuando el Derecho penal en Ecuador ha sufrido una seria transformación.

Gráfico 2
Capacitación en el COIP



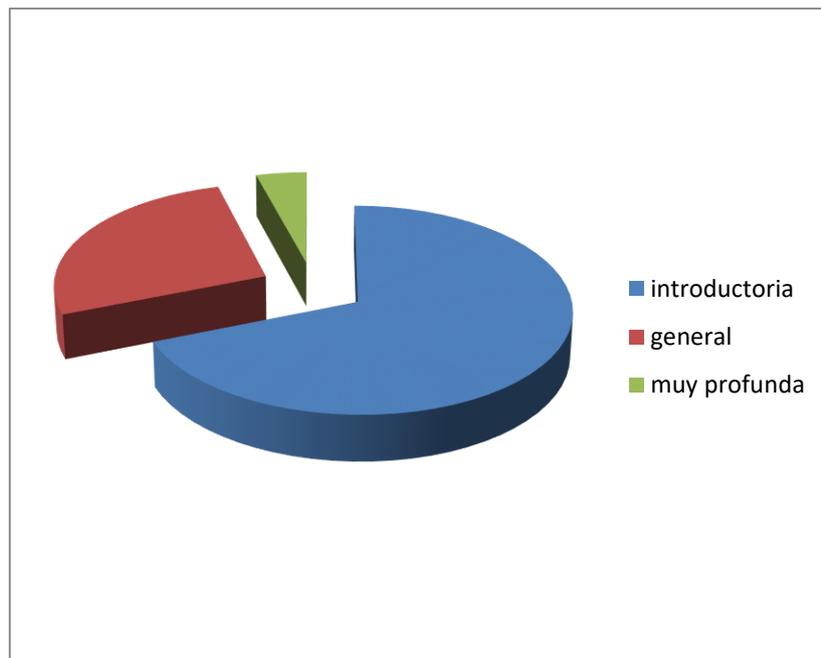
Fuente: Encuestas realizadas enero 2019.

Elaboración propia.

¿Qué capacitación ha recibido sobre la etapa evaluatoria y preparatoria a juicio del proceso penal?

En este cuestionamiento se puede observar que el tipo de capacitación recibida por los jueces de garantías penales es mayoritariamente una información introductoria y general, pero muy escasa desde el punto de vista de la información profunda sobre los temas tan importantes de la etapa evaluatoria y preparatoria a juicio, por lo que resulta muy importante que los juzgadores reciban una capacitación de forma muy especializada en los temas que se desarrollan en la etapa evaluatoria y preparatoria a juicio.

Gráfico 3
Capacitación a juzgadores



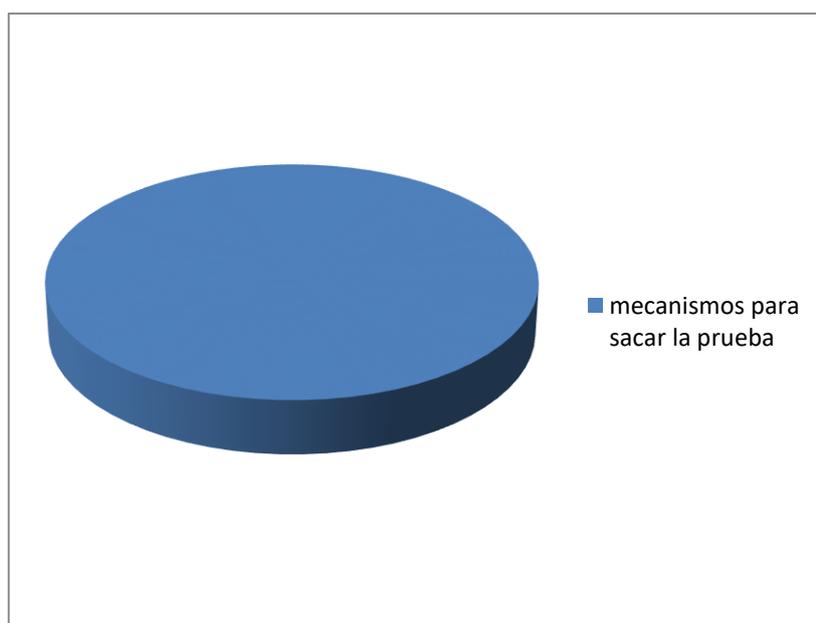
Fuente: Encuestas realizadas enero 2019.

Elaboración propia.

¿Qué entiende usted por exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba?

Sobre este cuestionamiento los juzgadores consultados en su totalidad han declarado en líneas generales que se trata de mecanismos que permiten sacar un medio de prueba carente de validez del proceso penal, de esta forma se obtiene un procesamiento que se encuentre apto para la siguiente fase procesal que es el juzgamiento y se impide que se admita prueba que se haya conseguido de forma que no sea compatible con la Constitución o la ley.

Gráfico 4
Conceptualización de la exclusión probatoria



Fuente: Encuestas realizadas enero 2019.

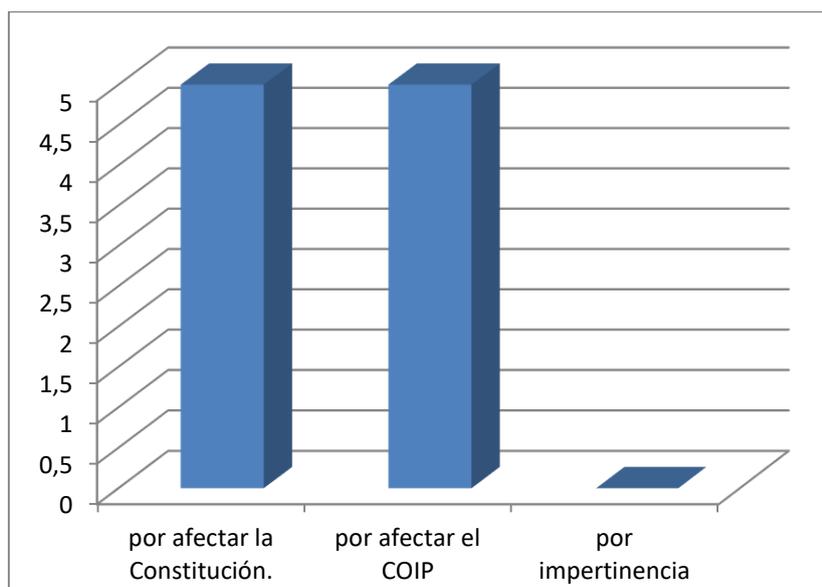
Elaboración propia.

¿En qué casos opera la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba?

En este cuestionamiento el ciento por ciento de la muestra estima que se aplica este mecanismo por contravenir el texto constitucional o el COIP. Aunque, como se vio antes, la prueba ilegal se fundamenta en cuestiones de carácter constitucional, o sea por violación a los derechos fundamentales del procesado, el aspecto de la legalidad es también asumido por el ciento por ciento de la muestra haciendo similares las razones de la exclusión.

El aspecto de la impertinencia de la prueba es poco o nada valorado por la muestra y no se la encuadra en cuestiones de la legalidad y constitucionalidad.

Gráfico 5
Caso de exclusión probatoria



Fuente: Encuestas realizadas enero 2019.

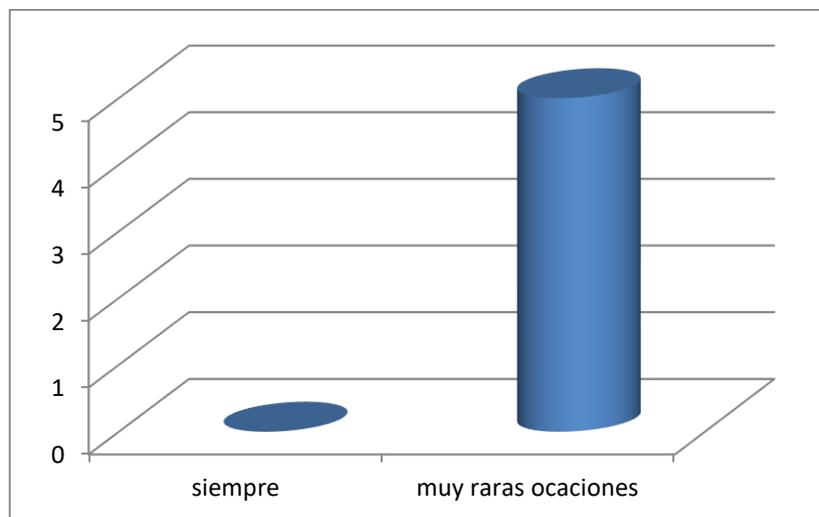
Elaboración propia.

¿Durante el desarrollo de la audiencia evaluatoria y preparatoria a juicio del proceso penal le han solicitado la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba?

Este aspecto consultado es importante que sea analizado, pues la exclusión probatoria es una posibilidad prevista en la ley que debe ser realizada por las partes procesales a fin de garantizar que en el proceso penal que están participando, no se admitan pruebas que se hayan obtenido con violación a las normas constitucionales o legales.

El ciento por ciento de la muestra refirió que las partes procesales recurren a la cláusula de exclusión probatoria sólo de forma excepcional, lo que determina que en la obtención de medios de prueba se ha respetado el proceso previsto en la ley y no se ha realizado violación de derechos constitucionales.

Gráfico 6
Uso de la exclusión probatoria



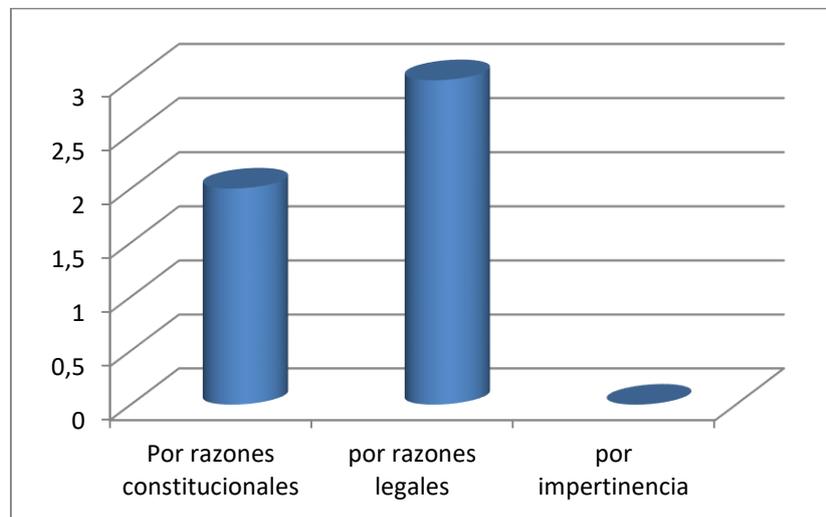
Fuente: Encuestas realizadas enero 2019.

Elaboración propia.

¿Qué argumentos han utilizado las partes procesales para solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba?

En la muestra analizada la exclusión probatoria en su mayor parte se fundamenta en cuestiones de orden procesal o ritual previstas en el COIP y solo en menor medida en cuestiones de orden constitucional. Ello reitera el hecho de que los medios de prueba en casos concretos, no violentan las normas constitucionales sino las formalidades para su obtención.

Gráfico 7
Argumentos en el uso de la exclusión probatoria



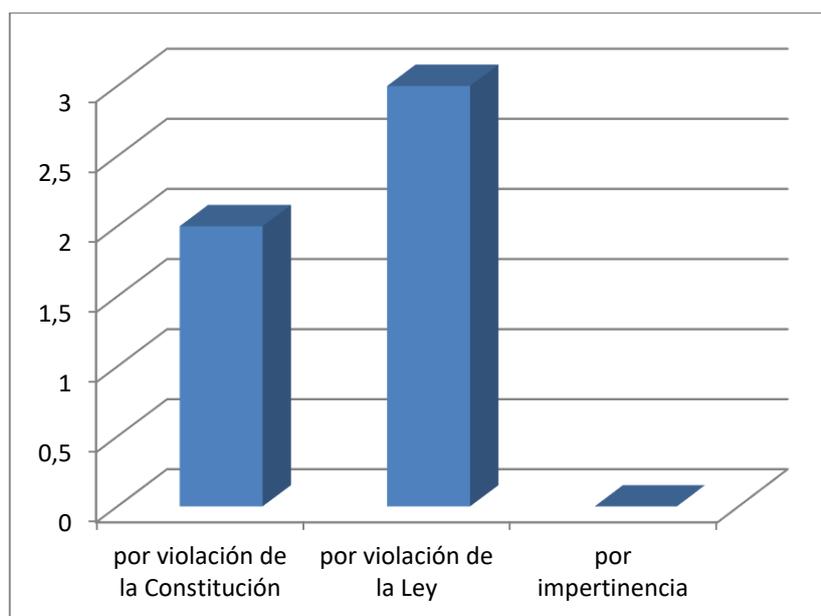
Fuente: Encuestas realizadas enero 2019.

Elaboración propia.

¿En qué casos Usted ha aceptado la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba?

Los casos en los cuales se ha aplicado la exclusión de la prueba son de carácter constitucional y de carácter legal. El ciento por ciento de la muestra encuestada se sustenta en la aceptación de razones de carácter constitucional y legal siendo en mayor medida los casos de orden legal y un poco menos de los índole constitucional. Esto se explica por la fundamentación a la que recurre la parte procesal quien considera que la afectación no pasa por la violación de los derechos constitucionales del procesado sino apenas por cuestiones de su formalidad.

Gráfico 8
Casos para aceptar la exclusión probatoria



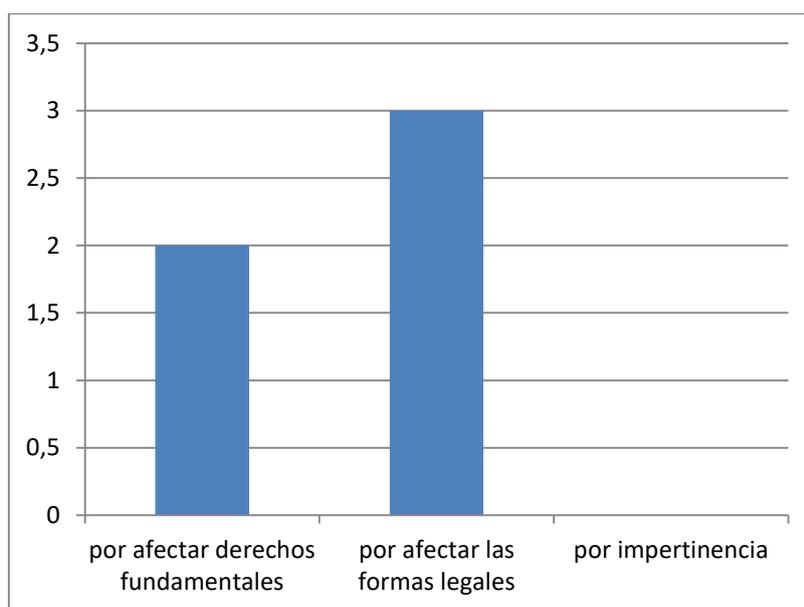
Fuente: Encuestas realizadas enero 2019.

Elaboración propia.

¿Qué argumentos ha utilizado para excluir, rechazar o inadmitir los medios de prueba?

En este caso el ciento por ciento de los juzgadores encuestados son consecuentes y congruentes con la argumentación establecida por las partes procesales, y, valorando las razones para la aplicación de la cláusula de exclusión probatoria, aplican, de ser pertinente, los argumentos utilizados por los sujetos procesales, por ello la argumentación consecuente y ulterior a la petición de la exclusión coincide con el dictamen que declara la exclusión.

Gráfico 9
Congruencia entre argumentos de las partes y la resolución judicial
para aceptar la exclusión probatoria



Fuente: Encuestas realizadas enero 2019.

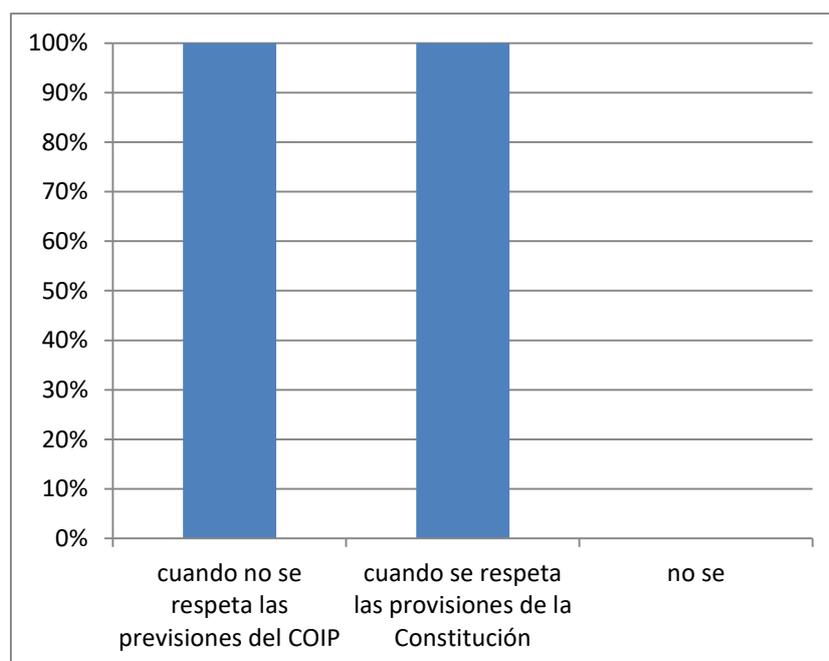
Elaboración propia.

¿En qué casos usted ha considerado la existencia de medios de prueba irregular?

En el ciento por ciento de la muestra analizada se utiliza tanto las razones de carácter constitucional como las razones de legalidad previstas en el COIP para excluir la aceptación de una prueba que contraria con las previsiones normativas antes expuestas.

Se trata de una manifestación de la valoración hecha por el juzgador sobre los problemas de los medios de prueba que contravienen la normativa jurídica y en consecuencia al quedar demostrada la afectación a las normas constitucionales o legales, el juzgador decide excluir la prueba para que el proceso no admita pruebas ilegítimas.

Gráfico 10
Aceptación de prueba irregular



Fuente: Encuestas realizadas enero 2019.

Elaboración propia.

Conclusiones

1. La prueba, en materia penal, para que sea válida y produzca efectos jurídicos, debe ser obtenida en conformidad con las regulaciones establecidas en el sistema jurídico, tanto por vía constitucional como legal, que establece ciertos estándares mínimos que permiten caracterizarla como confiable, válida y eficaz. Solo mediante estos medios de prueba constitucionalmente y legalmente habilitados es que puede construirse la responsabilidad penal y aplicar una pena al procesado.
2. Los distintos sistemas teóricos que abordan la cláusula de exclusión probatoria parte de un sustrato que tiene ver, directa o indirectamente, con el respeto a los derechos fundamentales como límites de la actuación en la investigación criminal. En virtud de ello, la regla de exclusión configura una verdadera garantía procesal que racionaliza tanto la persecución penal como los excesos punitivos, en aras de una efectiva vigencia de los ámbitos de libertad previstos constitucionalmente.
3. Los derechos fundamentales del procesado que pueden ser afectados en el desarrollo de una investigación criminal son de diversos tipos (intimidad, prohibición de autoincriminación, privacidad de las comunicaciones, integridad, etc.), por ello se requiere que cualquier forma de relajamiento o flexibilización de aquellos sea consignada de forma tal que se respete un principio de legalidad según el cual la intervención penal lesiva a dichos derechos está autorizada en aquellos casos en que se requiera satisfacer un fin mayor.
4. La exclusión probatoria permite regular y sancionar la conducta inapropiada de la Fiscalía en la obtención de elementos de convicción para sustentar y construir un caso penal, pues se trata no solamente del titular de la acción penal, en los términos del artículo 195 de la Constitución, sino que su actuar implica la materialización del poder punitivo del Estado. De manera que cuando sus atribuciones en la investigación del delito son excedidas, existe un desbordamiento del poder que compromete los derechos y garantías

fundamentales y contradice la misión fundamental del Estado que es el respeto de los derechos constitucionalmente previstos.

5. El sistema penal ecuatoriano no establece en qué casos la prueba es inconstitucional ni en cuales es ilegal, por lo que el contenido de estas categorías jurídicas es difuso, impreciso y vago, lo que permite un amplio margen de interpretación al juzgador quien, en últimas cuentas, es el encargado de dar contenido a dichos conceptos. Ahora bien, la dogmática penal coadyuva mucho en este sentido y explica abundantemente cuando la prueba se predica como inconstitucional e ilegal, sin embargo de ello, en los casos analizados, el juzgador prescinde de la dogmática penal y, aún más, de la misma norma constitucional del artículo 76.4 convirtiendo la regla de exclusión en un mero enunciado inaplicable.
6. Tampoco se regula en forma alguna validez y eficacia de la prueba reflejo, o sea, aquella derivada de una prueba originalmente inconstitucional, por manera que, al menos para los efectos teóricos, debería aplicarse la nulidad de pleno derecho prevista en la norma constitucional, siempre que a dichas pruebas se transmita la ilegitimidad de las pruebas originarias. Ello permite establecer que la no transmisión de la ilegitimidad en aquellos casos que se refieran a pruebas independientes, no genera una prueba constitucionalmente proscrita.
7. La exclusión probatoria se relaciona, además, con los conceptos de conducencia, pertinencia y utilidad del medio probatorio, de forma tal que para analizar si cabe o no la exclusión bajo los argumentos referidos, ha de tomarse en cuenta el objeto del proceso penal, pues en función a este objeto es que se determinan las cargas probatorias y la pertinencia, conducencia o utilidad del medio propuesto. O sea que debe existir una congruencia entre el objeto del proceso y la prueba a ser aportada y de esta relación estrecha se colige o no la aplicación de los criterios antes expuestos.
8. Para aplicar la regla de exclusión se requiere una valoración o apreciación probatoria que debe ser realizada por el juzgador mediante la utilización de la sana crítica, o sea mediante la aplicación de los principios de la lógica formal y

de las reglas de la experiencia. Se trata de una labor muy compleja que requiere una preparación profunda y adecuada y que, además, debe ser motivada por imperativo constitucional.

9. Los juzgadores penales en los casos analizados confunden los conceptos de formalidades y garantías procesales. Para ellos las garantías procesales penales (prohibición de autoincriminación, privacidad, intimidad) constituyen apenas un tipo de formalidades que pueden ser superadas fácilmente bajo el artículo 169 de la Constitución. No son conscientes que las garantías procesales se han establecido para eliminar los abusos de la persecución penal lo que los cataloga además como diques de contención del poder penal.
10. La investigación de los hechos delictivos en los casos analizados no se realizó según el principio de objetividad previsto en el artículo 5.21 del COIP, sino más bien con un derrotero acusador llevado hasta las últimas consecuencias por la Fiscalía. Por ello, la tarea de conseguir elementos de convicción, con apoyo de la Fiscalía, para eliminar o disminuir la responsabilidad del procesado es nula en todos los casos, y la formulación de líneas de investigación o explotación de las propuestas es algo que tampoco existe en ninguno de los procesos analizados. De ello se establece la importancia de una adecuada defensa técnica para superar estas situaciones problemáticas del proceso penal.
11. La norma del artículo 169 de la Constitución fue mal utilizada por los juzgadores penales en los casos analizados, pues gracias a esta inadecuada aplicación se convalida no solo un prueba que adolece de legalidad y de regularidad, sino que además se socapa la actuación del órgano persecutor que no entiende las restricciones a las que está sometido durante la investigación criminal.
12. En el caso No. 1 antes analizado, referido a la Instrucción Fiscal No. 170101816050903 por delito de abuso de confianza, es importante destacar que a juicio del investigador la pericia contable y las dos pericias grafo técnicas ordenadas tres días antes de la finalización del plazo de instrucción, no debieron ser habilitadas por el Juez de Garantías Penales bajo los siguientes argumentos:

a) Debido a que esta actuación impidió que la defensa técnica del procesado conozca el contenido de la pericia a fin de contradecirla mediante la realización de observaciones o petición de aclaraciones o ampliaciones, en violación a la norma expresa del artículo 282.3 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece que la Fiscalía debe garantizar la intervención de la defensa de los imputados en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, lo cual no sucedió en la especie; b) Porque existe duplicidad de los peritajes contables y grafo técnicos, lo que implica que tampoco sean útiles en la hipótesis acusatoria de la Fiscalía; c) El artículo 592 del COIP, expresamente menciona que los elementos de convicción practicados fuera de los plazos de instrucción fiscal no tiene valor probatorio alguno. La interpretación adecuada de las normas jurídicas invocadas, se basan en la idea de una persecución penal limitada en el tiempo, dentro de un plazo razonable, que impide los abusos del órgano persecutor. Relajar estos plazos, tal como hizo la Fiscalía implica un uso abusivo del ius puniendi.

Bibliografía

- Álvarez Caro, María. *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*. Madrid, España: Reus S. A., 2015.
- Aponte, Alejandro. *El rol de jueces y magistrados en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Bogotá, Colombia: USAID / Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia, 2005.
- Baclini, Jorge. *La etapa intermedia*. Bogotá: Temis, 2009.
- Bedoya Sierra, Luis Fernando. *La prueba en el proceso penal colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2008.
- Berdugo Saucedo, Pedro. *Reglas de exclusión de la prueba. En el proceso penal acusatorio colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas, 2005.
- Binder, Alberto. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad. Hoc, 2000.
- Clariá Olmedo, Jorge. *Derecho Procesal Penal, Tomo III*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1998.
- Cortázar, María Graciela. “Las garantías judiciales. Análisis a partir de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, n 30 (2012):55-74. <http://www.redalyc.org/html/876/87625443004/>.
- De Asís Roig, Rafael. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Dykinson, 2000.
- Devis Echandía, Hernando. *Pruebas judiciales*. Bogotá: ABC, 1984.

- Díaz Cabiale, José Antonio. "La teoría de la Conexión de antijuricidad". En *Jueces para la democracia*, no. 43 (2002): 37-59. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/232235.pdf>.
- Fernández Entralgo, Jesús. "Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: La prueba ilegítimamente obtenida". *Cuadernos de Derecho Judicial*, n IX (1996):67-105. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=557696>.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- Fidalgo Gallardo, Carlos. *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- Gómez Colomer, Juan Luis. "La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato". En *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, coordinador Juan Luis Gómez Colomer, 98-134. Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 2008.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Tecnos, 1990.
- Jauchen, Eduardo. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2006.
- López Calvo, Pedro. *Investigación Criminal y Criminalística*. Bogotá: Temis, 2008.
- Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal. Tomo 1. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996.
- Midón, Marcelo. *Pruebas ilícitas*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

Miranda Estrampes, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999.

Miranda Estrampes, Manuel. *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*. Madrid, España: Marcial Pons, 2019.

Mir Puig, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

———. *Bases constitucionales del Derecho penal*. Madrid: IUSTEL, 2011.

Sentís Melendo, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ejea, 1978.

Vaca Andrade, Ricardo. *Manual de Derecho procesal penal, Tomo I*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001.

Zabala, Jorge. *Tratado de derecho procesal penal Tomo VII*. Guayaquil: Edino, 2006.

Leyes

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449. 20 de octubre de 2008.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal COIP*. Registro Oficial No. 180, Suplemento. 10 de febrero de 2014.

Sentencias extranjeras

Corte IDH. “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. 07 de septiembre de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

España Tribunal Supremo, “Sentencia”, en *Juicio No. n° 1328/2009*, 30 de diciembre de 2009, 3.

España Tribunal Supremo. “Sentencia”. En *Juicio No. 999/2004*. 19 de septiembre de 2004.

———. “Sentencia”. En *Juicio No. 448/1997*. 4 de marzo de 1997.

España Tribunal Constitucional. “Sentencia”. En *Juicio No. 81/1998*. 24 de agosto de 1998.

———. “Sentencia”. En *Juicio No. 8/2000*. 2 de octubre de 2000.

Sentencias nacionales

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Juicio No. 0421-14-JH*. 20 de junio del 2018.

———. “Sentencia”. En *Juicio No. 1816-11-EP*. 27 de enero de 2016.

———. “Sentencia”. En *Juicio No. 0980-12-EP*. 08 de abril del 2015.

Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, “Sentencia”, en *Juicio No. 549-2011-P-LBP*, 23 de noviembre de 2012, 49.

Ecuador Unidad Judicial Multicompetente Penal Con Sede En El Cantón Salcedo. “Sentencia”. En *Juicio No. 05151-2015-00186*. 06 de agosto del 2015.

Ecuador Unidad Judicial Penal Con Sede En La Parroquia Iñaquito Del Distrito Metropolitano De Quito, Provincia De Pichincha. “Resolución”. En *Juicio No. 17294201603991*. 28 de agosto de 2017.