



FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

TESIS PARA LA OBTENCION DEL TITULO DE:

MAGISTER EN “DERECHO PROCESAL Y LITIGACION ORAL”

**TITULO: LA EXCLUSION DE MEDIOS DE PRUEBA EN AUDIENCIA DE
EVALUACION Y PREPARATORIA DE JUICIO. ESTUDIO DE CASOS DE LA
UNIDAD JUDICIAL MULTICOMPETENTE DE LOS CANTONES CUMANDA Y
PALLATANGA, PROVINCIA DE CHIMBORAZO**

AUTOR: ROBERTO CARLOS CAYAMBE BADILLO

QUITO – ECUADOR, 2017

DECLARACION JURAMENTADA

Yo, ROBERTO CARLOS CAYAMBE BADILLO, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional; y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento. A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK ECUADOR, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

Roberto Carlos Cayambe Badillo

CC. 0602930349

DEDICATORIA

A mi esposa Amparito, el único y el verdadero

A mi padre Efrén, hombre conspicuo

A mi madre Marianita, Candorosa y preocupada

A mis hijas Stefy y Vale, por mi ausencia

RESUMEN

La posibilidad de excluir de medios de prueba se contempla en la norma penal en Audiencia de Evaluación y Preparatoria de Juicio, teniendo como base el art. 74 No. 4 de la Constitución donde se establece la regla de exclusión probatoria.

El presente estudio tiene por objeto investigar si las resoluciones de exclusión de medios de prueba tiene un adecuado ejercicio de motivación basados en la Constitución, previo a su valoración, la posibilidad real o no de admitir medios de prueba ilícitos y/o ilegales; y, finalmente como resuelven los jueces garantes de los derechos de las partes frente a una eventual colisión de principios.

Todo esto en el marco, que se va posicionando en el mundo jurídico ecuatoriano, del Estado Constitucional de derechos y justicia, cuya finalidad es el cumplimiento y eficacia de los Derechos humanos. En esta perspectiva, el juez –garantista- tiene un nuevo rol en el proceso que le obliga a recurrir además de las técnicas clásicas de interpretación y aplicación del derecho, a la ponderación frente a la colisión de principios constitucionales.

ABSTRACT

The possibility of excluding evidence is contemplated in the statutes in the Evaluation Hearing and Preparation of Trial, based on art. 74 No. 4 of the Constitution where by it establishes the regulation to exclude evidence.

The present study has the purpose of analyzing if the resolutions of exclusion to the evidence has the right to be exercised within the parameters of the Constitution, according to their significance, possibility or impossibility to admitting illicit / or illegal evidence; finally the presiding judge will dictate how to resolve the rights of each party in the commingling of ethics.

All of the above can be found in the framework of the Ecuadorian legal world of the Constitutional State of rights and justice, which is the fulfillment and effectiveness of Human Rights. In this perspective, the presiding judge has a new role in the process that forces him also to attending to the classic techniques of interpretation and application of the law, to weighing against the commingling of constitutional principles.

INDICE:

INTRODUCCION

CAPITULO I: DEBIDO PROCESO

1.1 Acercamiento Conceptual al Debido Proceso

2.1 Garantías Principales

2.1.1 Defensa

2.1.2 Igualdad

2.1.3 Motivación

2.1.4 Ineficacia Probatoria

3.1 El Debido Proceso en el Ecuador

3.1.1 Constitución

3.1.2 Código Orgánico de la Función Judicial

3.1.3 Código Orgánico Integral Penal

CAPITULO II: LA PRUEBA Y SU VALORACION

2.1 Elementos conceptuales sobre la prueba

2.1.1 Libertad Probatoria

2.2. Medios de prueba

2.2.1. Testimonio.

2.2.2. Documento

2.2.3. Pericia

2.3 Valoración de Medios de Prueba.

- 2.3.1 Criterios de Valoración
- 2.4 Prueba Ilícita
- 2.5 Prueba Ilegal
- 2.6 Doctrina del fruto del árbol envenenado
- 2.7 Excepciones a la regla de exclusión
 - 2.7.1 Fuente independiente:
 - 2.7.2 Vinculo Atenuado:
 - 2.7.3 Descubrimiento Inevitable:
- 2.8 Derechos Humanos, Derecho Constitucional o Derecho Fundamental
- 2.9 Valor Probatorio de medios obtenidos con violación de derechos fundamentales

CAPITULO III ANALISIS DE CASOS

- 3.1. Las concepciones de prueba ilícita e ilegal en la Jurisprudencia
 - 3.1.1 Caso 1: Uso Doloso de Documento Falso.
 - 3.1.2 Caso 2: Accidente de Tránsito con muertos.
 - 3.1.3 Caso 3: Pronunciamiento de la Corte Provincial de Justicia Chimborazo
- 3.2. Excepciones a la regla exclusión.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

ANEXOS

INTRODUCCIÓN:

La Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente en el 2008, reconoce al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, erigiendo un cambio de paradigma. Se asume una concepción garantista de derechos como característica del Estado constitucional de derechos, que se construye sobre la base de los derechos fundamentales y a su vez se vincula la aplicación de los derechos fundamentales a todos los poderes públicos. Se crea un sistema de garantías que la Constitución establece para el amparo y respeto de los derechos constitucionales.

Se afirma que en el derecho positivo hay desigualdad e injusticia y el neo constitucionalismo lo supera, ahí radica la esencia del nuevo sistema.

Si bien el artículo 76 numeral 4 de la Constitución de la República refiere que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la Ley no tiene validez alguna y carecerán de eficacia probatoria, en este análisis pretendemos entender cuáles son las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución y cuáles son las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Ley para entender la real dimensión de la norma constitucional.-

El art. 604 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal: “La o el juzgador resolverá sobre cuestiones referentes a la existencia de requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que pudieren afectar la validez del proceso. La nulidad se debe declarar siempre que pueda influir en la decisión del proceso o provoque indefensión...”

El mismo art. 604 numeral 4 refiere: “...c) inciso 2 “...La o el juzgador rechazará o aceptará la objeción y en este último caso declararán que evidencias son ineficaces hasta ese momento

procesal; excluirá la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han obtenido o practicado con violación de los requisitos formales, las normas y garantías previstas en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, la Constitución y este Código...”

Al parecer las normas son claras, empero, el juzgador previo a resolver sobre exclusión de medios de prueba debe analizar prolijamente lo que la parte pretende evacuar, analizando en función de los derechos de las partes, los principios que rigen la prueba, más aun queremos dejar clarificado que, a nuestro criterio, no toda prueba ilegal es excluible, toda vez que en el Estado Constitucional de Derechos, frente a unos derechos son aplicables también otros derechos, como el de tutela judicial efectiva; Al respecto la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado “ ..La tutela judicial efectiva constituye un derecho mediante el cual se garantiza a toda persona el acceso oportuno y efectivo a los órganos jurisdiccionales para reclamar sus derechos y obtener de ellos, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas, respetando las condiciones y principios procesales según cada caso...” , el derecho de la sociedad a la verdad, y otros.

La resolución de exclusión de medios de prueba sin el análisis constitucional, legal, lógico y a la luz de los principios de legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y otros también puede afectar los fines del derecho penal: verdad, Justicia y Reparación.

No debemos pasar por alto que la misma constitución al referirse a los principios que rigen la Administración de Justicia, en el Art. 169 consagra: “**Art. 169.**-El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades...” Si bien es verdad pudiese darse que algún medio de prueba podría presentarse con algún vicio de carácter formal, pero precisamente por la cobija constitucional, al analizar

técnicamente lo propuesta, puede suceder que el medio de prueba bien puede aceptarse sin mayor contratiempo, por no ser violatorio de derechos fundamentales.

En cuanto a medios de pruebas ilícitos, si bien la norma del Art. 454 núm. 6 del COIP parece también claro, atendiendo a principios constitucionales el Juez bien puede aplicar criterios de excepción a la exclusión probatoria que se han aplicado con criterio técnico en otras latitudes como en Norteamérica, como en nuestra hermana república de Colombia que esta normado inclusive. Al respecto Orlando Rodríguez (2014) al comentar los criterios de exclusión que el los llama matizaciones "...Por ello, y solo por vía de excepción, se permite que un medio de conocimiento judicial obtenido o practicado ilícitamente forme parte del acervo probatorio, reconociéndole vocación probatoria para sustentar una decisión judicial..." (Pág.) 380.

Este estudio reviso teóricamente la noción de debido proceso, principios relacionados con el debido proceso tanto general como en el Ecuador, se recurrió a los principios de valoración de prueba para llegar a la exclusión de medios y excepciones.

Metodológicamente hablando, esta investigación se planteó con un enfoque cualitativo para lo cual se recurrió a la doctrina, la normativa legal, la jurisprudencia. La Tesis se divide en tres capítulos, en el primer capítulo revisaremos acerca del Debido proceso y analizando algunos de la principales garantías se llegara al Debido proceso en el Ecuador y las normas que hacen alusión.

En el segundo capítulo analizaremos sobre la prueba poniendo especial énfasis en los principios de la prueba y su valoración, posteriormente nos adentramos en conceptos muy importantes como el de prueba ilícita, prueba ilegal y las excepciones a la regla de exclusión probatoria para llegar a la posibilidad de dar valor probatorio a los medios obtenidos con violación de derechos fundamentales.

En el tercer capítulo revisaremos si los pronunciamientos de los Jueces de Garantías Penales de los Cantones de Cumandá y Pallatanga cumplen principios constitucionales o si aplican criterios doctrinales como reglas de excepción a la exclusión probatoria.

Con este esfuerzo también aspiramos que se cumpla un objetivo más, que se sigan abriendo las puertas del debate sobre la real dimensión de lo que es este Estado Constitucional de Derechos y Justicia y especialmente los jueces pierdan el miedo a aplicar la Constitución y sus principios en pro del desarrollo jurisprudencial y doctrinario que merece el este estado “garantista”. Que así sea.

CAPITULO I DEBIDO PROCESO

1.1 Acercamiento conceptual al Debido Proceso

El debido proceso tiene la génesis tras la segunda guerra mundial, se dice que hablar del Debido Proceso es hablar de respeto a los derechos. Así el Art. 1 de la Constitución de la República se califica al Ecuador como “...un Estado constitucional de derechos y justicia...”, donde se establece un sistema de garantías a efectos de tutelar a los ciudadanos. Concepto este que nos inspira grades ideales, recordemos que hasta hace poco (constitución 1998) éramos un Estado Social de derecho cuyo alto deber era el respeto a los derechos. Hoy por hoy el estado constitucional tiene como finalidad el cumplimiento y eficacia de los derechos Humanos.

Mucho se habla del debido proceso, especialmente en el mundo jurídico, lamentablemente ni siquiera los propios abogados tienen una noción clara de lo que es.

A decir del profesor José García Falconí (2003) “el debido proceso es la salvaguarda de los principios constitucionales y, de los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos, de tal modo que, un proceso penal debido es aquel que se realiza con apego a las condiciones de oportunidad y legalidad que garantizan una justa tramitación o procedimiento judicial” (pág. 9). Efectivamente el juez en su nuevo rol de garante debe, insoslayablemente atender el trámite sometido a su conocimiento con especial atención a los principios constitucionales y respetando los derechos de las partes.

Bécquer Carvajal Flor (2006) refiere que debido proceso “en términos concretos, podría decirse (...) es el conjunto de derechos y garantías que protegen a la persona de los posibles excesos o

riesgos de abuso o desbordamiento de la autoridad del estado” (Pág. 11). En principio sí, el debido proceso abarca derechos y garantías mínimas para que una persona tenga un halo de tranquilidad frente al accionar estatal que en ocasiones desborda sus facultades legales, a veces ni siquiera con el ánimo de sobrepasar la línea del derecho de la otra persona sino con el ánimo de buscar justicia.

Santos Basantes J (2009) a su decir en forma sencilla debido proceso “es una garantía ciudadana de carácter constitucional, que debe aplicarse en todo tipo de procesos, es un principio jurídico procesal o sustantivo, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer vales sus pretensiones frente al juez de garantías penales” (Pág. 13). Creemos que el término sencillo es “garantía ciudadana de carácter constitucional” en la cual se recoge todo el contenido de lo que debería ser el debido proceso. No creo que el objetivo sea el trato justo y equitativo pues en la tarea de buscar la verdad no se piensa en ser equitativo.

Bolívar Vergara (2015) refiere que “debido proceso es la materialización de la pretensión punitiva, constituido por actos procesales introducidos cronológicamente con secuencia y concatenación, realizado por los sujetos procesales que desarrolla la relación jurídica que mantienen , referentes a la noticia *criminis*, que tiene como fin la sentencia o auto definitivo” (Pág. 85). Los actos procesales ordenados y con secuencia deben tener un fin. Podría ser que es la materialización de la justicia a través del respeto a los derechos de los sujetos del proceso.

La esencia del debido proceso tiene una función que es cumplimiento de requisitos legales, también ordenados a fin de llegar a una conclusión sobre un hecho. No olvidemos que el debido proceso no se aplica único y exclusivamente a la rama penal, el debido proceso es aplicable en todas las ramas del derecho, particularmente en el civil, administrativo.

Teresa Armenta Deu (2012) cuando analiza el proceso penal “es, como el civil, el laboral o el contencioso administrativo, un instrumento esencial de la jurisdicción que además, en este ámbito específico, ofrece la relevante singularidad de constituir un elemento imprescindible para la efectiva realización del Derecho Penal. En otros términos, el proceso penal es el único instrumento a través del cual puede aplicarse el derecho penal.” (pag.27).

Esta autora nos refiere al proceso desde otra óptica, aquella desde la cual la regla principal para la existencia del proceso es la jurisdicción. Como todos conocemos la jurisdicción la facultad de administrar justicia que esta delegada por el estado al Juez. Es decir, solo la persona que está facultada por Ley, el juez competente ejerce jurisdicción y en consecuencia desarrolla el proceso penal. Por ello más adelante afirma: “El fin fundamental del proceso penal es la actuación del ius puniendi estatal, que obedece o proviene esencialmente de la atribución exclusiva al Estado de las facultad de imponer penas. El estado tiene facultad pero también deber de castigar. Facultad-deber que solo pueden ejercitar los jueces a través del proceso penal” (Pág. 27).

Sánchez Herrera E (2004) Cuando analiza el tema: “El contenido y diseño de un proceso penal que culmina con la declaración de libertad e inocencia de una persona, o con condena, no puede ser un escenario donde impere la improvisación y la especulación. El referente es y debe ser la constitución” (pag.109).

Si bien no se refiere a temas de contenido formal nos permite percibir con absoluta claridad sobre la importancia del debido proceso y lo que hace es confirmar que todo acto procesal tiene cimiento impuestos por el texto constitucional. Como para tener siempre presente que la razón de ser del proceso es la constitución por eso es que si se viola la constitución hay una consecuencia, la ineficacia.

A decir del profesor Sotomayor Garza Jesús (2013) “el conjunto ordenado de normas y procedimientos utilizados para estar en posibilidad de aplicar del derecho penal” (pág. 17).

Este criterio nos remonta a los claustros universitarios cuando nos imponían el concepto de derecho como el conjunto de normas. Pero el conjunto ordenado de normas y procedimientos deben estar enmarcados en la ley y la Constitución. En definitiva la propuesta es aplicando esas normas ordenadas y aplicando las garantías constitucionales para proteger tanto la víctima como al procesado

Como hemos analizado brevemente varios criterios de personajes importantes se observa alguna coincidencia cuando se menciona al Debido Proceso como un conjunto de normas y procedimiento (Sotomayor Gaza 2013) y en esa misma línea se dice que es un conjunto de derechos y garantías (Carvajal 2006) que según Vergara (2015) se materializan a través de actos procesales, pero lo más importante de todo esto es que, todo este andamiaje jurídico tiene una base que es la Constitución, pues sin esa base cualquier acción no tiene sentido.

Consideramos nosotros al Debido Proceso como un conjunto de normas y procedimientos que en el marco de la Constitución y la Ley, contienen derechos y garantías mínimas para las partes procesales y que bajo la vigilancia legal de un juez tienen por objeto la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia y como consecuencia final la reparación integral de las víctimas.

2.2 Garantías Principales del Debido Proceso

Cuando se refiere a lo que es el garantismo Luigi Ferrajoli (1989) parte de la expresión garantía y dice: “Es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” (Pág. 60). De ahí que habla de las garantías primarias y

secundarias y más adelante amplía la expresión a garantismo refiriéndose a él como las técnicas de tutela de los derechos fundamentales. En todo caso el pensamiento de Ferrajoli está plasmado en el Ecuador en la Constitución 2008.

Pensamos que garantía es el mecanismo plasmado en la constitución por medio del cual el ciudadano puede proteger y hacer efectivos sus derechos frente a la acción o inacción del Estado que lo perjudica. De ahí que al hablar de garantías procesales nos referimos al marco de protección de las personas frente al Estado.

En el Marco de las garantías protegidas por la Constitución, nosotros nos referiremos a: Defensa, Igualdad, Motivación, Ineficacia Probatoria.

2.2.1 Defensa

Uno de los principales y más importantes derechos, junto con la contradicción es analizado permanentemente por estudiosos propios y extraños.

Vásquez Jorge (1996) “El derecho a la defensa es un verdadero poder junto con el de la acción y la jurisdicción, para la válida realización penal, ello en razón de que estos poderes son los que dirigen la actividad de los sujetos procesales en todo el proceso, pero que tienen a su vez una existencia previa al mismo, ya que su fuente es de índole sustantiva constitucional” (Pág. 80)

A parte de ser un derecho constitucional inviolable es tan importante que se constituyen un verdadero poder a tal punto que dirige la actividad procesal, ya que sin derecho de defensa no hay trámite legal y constitucional.

Rafael Oyarte (2016) sostiene “ Se debe tener presente que el titular del derecho de defensa, no es solo quien, propiamente se defiende de una imputación o demanda, sino también de quien acciona, pues si este va ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, lo hará, precisamente para defender sus derechos e intereses” (Pág. 553). Con esto sabemos que el derecho de defensa es ejercido por las partes en contienda, cada uno en procura de defender sus propios derechos o intereses.

El derecho de defensa parte desde el momento mismo de que una persona conoce de una imputación o demanda en su contra. Tan importante este derecho que, si una persona desconoce de algún asunto legal en su contra es una violación tan grave que acarrea nulidad del trámite.

El derecho a la Defensa está determinado por el Art.- 76 Núm. 7:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:”

A continuación se lee una serie de garantías de la que goza la persona en tratándose de su derecho a defenderse, de lo cual quizá una de las más relevantes tenemos aquella que determina que el derecho de defensa se ejerce en cualquier estado del juicio, o aquella que determina contar con tiempo suficiente para ejercer el derecho.

Cuando alguien se defiende ejerce una acción para proteger su derecho que pretende ser violentado.

El derecho de defensa también está contemplado en la norma orgánica penal, partiendo de la necesidad del defensor, esto es que toda persona requiere de la asistencia de un profesional de la Defensoría Pública para asesoramiento y más cuando se trata de una persona a quien se le está imputando cargos. La defensa técnica es importante e insoslayable, recordando también que la ley permite la defensa material esto es que la persona se pueda defenderse por si sola y por eso es que el testimonio de la persona procesada es un medio de defensa.

La Corte Constitucional también hace referencia a este derecho en varias de sus sentencias, por ejemplo en la sentencia N. / 076-13-SEP-CC (caso N. 1242-10-EP) ha dicho: “Así, el derecho a la defensa esta articulado, como parte de debido proceso, a conseguir el ideal de justicia establecido como fin último del sistema procesal. Implica la proporción de todos los medios necesarios e idóneos para quienes intervienen en un proceso puedan defenderse de forma eficiente, a través de todos los mecanismos constitucionalmente aceptables”

Pensamos que el derecho de defensa es un derecho y una facultad que puede ser ejercido por la parte interesada en cualquier momento procesal a efectos de probar un hecho alegado. El derecho de defensa incluye el de contradicción porque en el afán de defender su posición o su verdad puede contradecir o replicar todos los argumentos del otro sujeto procesal, presentar alguna prueba etc.

2.2.2 Igualdad.

Julio Maier (2004) al analizar los principios (relativos al procedimiento) constitucionales del proceso penal determina primero una realidad “el estado por medio de órganos públicos preestablecidos por regla persigue penalmente. Igualar el poder de organización del Estado

resulta imposible” (Pág. 577). Empero, reconoce que en la tarea del Estado de lograr elementos de prueba, prevalecen sobre el imputado una serie de garantías individuales que lo amparan. Finalmente “el juicio o procedimiento principal es, idealmente el momento o periodo procesal en el cual el acusador y acusado se enfrentan a la manera del proceso en un equilibrio procesal” Lo que es cierto, existe alguna igualdad porque cuando el uno acusa el otro contesta. Cuando el uno presenta un medio de prueba el otro hace lo propio. En este enfrentamiento ideal de igualdad de partes se va construyendo la verdad.

Jaime Santos Basantes (2009) al respecto señala: “Para graficar que el principio de igualdad de las personas es una quimera en materia de justicia, basta mirar lo que ocurre en nuestras cárceles las mismas que están llenas de gente pobre, del delincuente tradicional, del ratero, del arranchador, del enfermo, pero ni por casualidad encontraremos a los miembros de la alta sociedad es que para ellos no hay ley ni justicia, solo privilegios, prebendas e impunidad” (Pag.250)

En los actuales momentos se observa que estos miembros “de la alta sociedad” están siendo objeto de sendos procesos penales que evidencian una vez más que efectivamente no hay igualdad en nuestro medio, cuando los procesos avanzan con increíble rapidez, y lo que es más terminan en sentencias que causan gracia, por ser sentencias insignificantes en relación al delito cometido. En cambio, un delito común se castiga con verdadero rigor lo que hace pensar que la igualdad efectivamente es una quimera.

Para hablar de la existencia o no de igualdad procesal en el Ecuador primero es menester saber si efectivamente este principio está recogido por la norma supra; En efecto, si miramos la carta constitucional existe. El art. 11 numeral 2 de la Constitución expresa: El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil,

idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

La expresión igualdad significa que ninguna de las partes debe tener ventaja sobre la otra. La igualdad de armas permite que el tercero imparcial resuelva adecuadamente. A través de la igualdad procesal se pretende garantizar de la mejor manera los derechos de las partes. Debemos reconocer que la doctrina ecuatoriana es muy crítica respecto del derecho de igualdad. Critican casi a diario la inexistencia de este principio en los trámites legales señalándole como la igualdad es una utopía.

El Código Orgánico Integral Penal sobre la igualdad: Artículo 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 5. Igualdad es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad.

La norma mencionada más bien trae un mensaje directo para el juzgador quien es la persona quien debe velar por la protección de los derechos de las dos partes, pero esta igualdad debe observarse no solo en el desarrollo de la actuación procesal que puede ser una simple audiencia sino la igualdad en todo sentido y a lo largo de todo el proceso desde que conoce el juez el caso hasta que lo resuelve finalmente y se agota toda instancia judicial.

Como se observa no solo que la norma constitucional determina la obligación de dar un trato igualitario en el proceso penal, sino también la norma legal, pero lamentablemente ya se dijo creemos que todavía falta por hacer en este tema.

La Corte Constitucional también hace referencia a este derecho en varias de sus sentencias, por ejemplo en la sentencia N.- 007-10-SIN-CC (caso N. 1242-10-EP) ha dicho: “La igualdad jurídica no se refiere únicamente al tratamiento igual ante la Ley (igualdad formal), sino al pleno goce y satisfacción de los derechos constitucional (igualdad sustancial). Por el contrario la desigualdad jurídica es fruto de múltiples discriminaciones” La ley debe ser igual para todos.

Pensamos que el derecho de igualdad de partes es aquel que tiene todos los sujetos procesales en el desarrollo de un proceso penal para poder demostrar, con medios de prueba legales y pertinentes sobre sus propias afirmaciones a fin de lograr el convencimiento del juez acerca de la verdad.

2.2.3 Motivación

Este derecho tiene una amplísima doctrina, por ejemplo:

Fernando de la Rúa (2013) dice “La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión” (Pag.146).

Como no pensar que motivar es un ejercicio intelectual del juzgador, en el que se conjugan su crítica y lógica para valorar los elementos aportados por las partes y plasmar una decisión, la más justa posible. Pero en este ejercicio también se debe tomar en cuenta el texto de la Ley para adecuar sus razones a la norma.

Una descripción simple es aquella que señala José García (2003) “Motivar es razonar sobre los fundamentos de la decisión, motivar no es detallar antecedentes procesales sino explicar a la sociedad racionalmente el porqué de nuestra decisiones” (Pág. 52)

Vemos la coincidencia de los autores cuando al analizar sobre la motivación refieren al razonamiento lógico que se debe aplicar frente a un caso.

La obligación de motivación está determinada por el Art.- 76 Núm. 7 Letra I:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Esta disposición constitucional es bastante clara, inicia refiriéndose a la obligatoriedad de que toda resolución de cualquier índole tenga una debida motivación. Para lo cual, señala que debe enunciarse normas, que bien pueden ser las normas de la misma constitución, normas de la ley o, eventualmente reglamentarias y que sean aplicables al caso. Luego dice que debe enunciarse principios, aclarando que se trata de enunciar normas “o” principios, esto es que no necesariamente la motivación requiere de las dos menciones simultáneas sino cualquiera de las

dos. Claro que podríamos decir que aquel juzgador que motive con determinación de normas y principios definitivamente hace lo correcto.

La norma constitucional parece determinar un segundo parámetro básico para una buena motivación. Para eso se aclara que Primero la enunciación de normas o principios jurídicos y segundo la pertinencia a los hechos y con ello estaríamos frente a un buen ejercicio de motivación o por lo menos cumpliendo el parámetro constitucional.

El Código Orgánico Integral Penal sobre la Motivación indica en su Artículo 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 18. La o el juzgador fundamentara sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.

Estamos totalmente de acuerdo con el mandato legal en tanto, si bien el juzgador debe fundamentar adecuadamente lo que decide, debería pronunciarse por los aspectos realmente que sean importantes para su decisión, toda vez que una inadecuada argumentación y pronunciamiento de situaciones irrelevantes en el proceso pueden concluir en una resolución o sentencia demasiado extensa y de poco aporte. (Se conoce de una sentencia de no mucha trascendencia de 90 hojas que *ocasionó* que la Juez sea llamada la atención por el Tribunal Ad-quem)

La Corte Constitucional ha determinado lineamientos por medios de los cuales se puede hacer una debida motivación, en la sentencia de la Corte de Transición N.- 227-12-CC del caso 1212-11-EP ha desarrollado el denominado Test de Motivación en el cual se detallan los parámetros de

razonabilidad (aplicación de principios constitucionales), lógica (coherencia) y comprensibilidad (lenguaje sencillo).

Pensamos que motivar es justificar de forma legal, pertinente y clara sobre la decisión que se toma respecto de un asunto sometido a conocimiento del juez o autoridad, sin argumentaciones excesivas o abusivas que sean de fácil comprensión de las partes y del común de la gente.

2.1.4 Ineficacia Probatoria

En nuestro país la gran mayoría de autores coincide sus ideas cuando analiza este tema, prácticamente haciendo eco de la norma constitucional y la legal por lo que no hay mayor análisis doctrinal:

Luis Abarca (2006) sobre este tema comenta que “La observancia del debido proceso debe ser con respecto a cada actuación que comprende el procedimiento o proceso consecuentemente, si en una determinada actuación procesal no se observa la garantía del debido proceso específica que se requiere para su validez jurídica procesal o contiene la vulneración de uno o más derechos humanos de los sujetos procesales resulta evidente que carece de validez jurídica procesal por que la actuación así realizada es inconstitucional” (Pág. 39)

Entendiendo este comentario nos lleva a pensar que irremediablemente ente cabría la ineficacia de cualquier medio de prueba que vulnere derechos, más aun si se trata de una actuaciones procesales en las que se debe observar el debido proceso. El ex magistrado haciendo un análisis del debido proceso dice que la invalidez surge en el cualquier momento del proceso que se viole

una norma o garantía. Cuando esto sucede, y utilizando sus propias palabras el acto no nace en consecuencia no puede ser objeto de valoración legal.

Sobre la ineficacia probatoria esta la norma constitucional el Art.- 76 Núm. 4:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la Ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

Si bien se permite libertad de prueba, pero evidentemente esa prueba debe ser presentada cumpliendo formas y requerimientos legales y constitucionales, no se puede pretender presentar y que se admita cualquier tipo de prueba, porque en el momento que el juez encuentra alguna vulneración del derecho en actuación policial o fiscal el resultado será la ineficacia probatoria y no surtirá efectos jurídicos.

Sobre la ineficacia probatoria el Código Orgánico Integral penal en el Art.- 454 Núm. 6:

Artículo 454.- Principios.- El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios: 6. Exclusión.- 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.

Vemos que en esta parte se mantiene claro que la consecuencia de una actuación violatoria de derechos es la ineficacia probatoria, disponiendo su exclusión pero de la actuación procesal. No necesariamente una prueba obtenida con violación de derechos trae consigo una nulidad como se aplica y mal entiende.

Si bien la norma Constitucional y la Normal legal parecen claras es imperioso señalar la existencia de reglas de excepción que bien pueden aplicarse en función del caso. Toda vez que por la naturaleza del Estado constitucional de derechos donde se supone se pondera derechos, el juez debe valorar el peso de cada derecho según el caso. Reglas que se analizara más adelante.

3.1 El Debido Proceso en el Ecuador

En nuestro país ya la Corte Nacional de Justicia ha referido en varios de los fallos un criterio en relación a lo que es el debido proceso, han hecho análisis del tema desde hace algunos años.

Para ejemplo uno de los primeros análisis realizados por la Corte en relación al debido proceso lo encontramos en la sentencia 011-09-SEP-CC (causa 038-08), en lo principal: “De esta manera el debido proceso se constituye en el “axioma madre”, el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar”

Más o menos por la misma línea la sentencia N.- 001-SEP-CC (causa 1647-11), en lo principal: “El debido proceso es un derecho constitucional consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, dentro del cual se incluye un conjunto de garantías básicas tendientes a tutelar un proceso justo libre de arbitrariedades en todas las instancias judiciales”; Mas adelante determina: “... En este sentido, es obligación de todos los operadores de justicia aplicar las garantías básicas del debido proceso, y específicamente tutelar su cumplimiento en las diferentes

actuaciones judiciales, ya que su desconocimiento acarrearía la vulneración de los derechos constitucionales...”

El debido proceso es una garantía de eficiencia y se encuentra regulada en la Constitución de la República, instituido para proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades. También la esencia del debido proceso es defender y preservar el valor de la justicia, es una garantía de convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional. Partiendo de esta premisa los derechos fundamentales son principio y fin en la defensa de las personas, el derecho a la vida, integridad personal, derecho a la dignidad, libertad están cobijados por el debido proceso.

La legislación ecuatoriana refiere en varias normas al debido proceso. A saber; Constitución, Código Orgánico de la Función Judicial, Código Orgánico Integral Penal.

3.1.1 Constitución:

El Art. 11 de la constitución de la Republica dice: El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (...) El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Esto es que es obligación primigenia del Estado el respeto a los derechos de las personas, al debido proceso que de violarlo de alguna forma en su aplicación o en perjuicio de las personas, el mismo Estado contempla las formas de resarcir aquellas violaciones, una de ellas es con la

responsabilidad estatal. El Estado es responsable de la actuación errada de sus funcionarios y por tanto debe reparar.

Si consideramos que los derechos humanos son importantes y hay que respetarlos, con mayor razón los derechos fundamentales que son los garantizados por la constitución. Significa que todos los ecuatorianos y extranjeros debemos respetar por un lado, y, hacer respetar los derechos por otro lado, y como parte de una sociedad que organizadamente buscan el bien común. Esta norma es tan importante que se tenga en consideración porque quien responde finalmente es el estado por actuaciones violatorias. El estado tiene la obligación y puede ser reclamado cuando incumple su obligación de respetar, proteger y cumplir.

Estas obligaciones incumplidas en los últimos tiempos han venido empeorando la situación del Ecuador frente a un sinnúmero de demandas en Cortes Internacionales.

El Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

El mencionado artículo 76 reviste tan trascendencia pues aquí se consagra el conjunto de garantías que contribuyen a mantener la seguridad jurídica, el orden social la protección al

ciudadano que le permite asegurar de alguna manera el respeto a su persona y a sus derechos en general. El estado puede sancionar a una persona luego de un proceso pero no de cualquier proceso, es de notar que debe ser un proceso que se respete irrestrictamente garantías constitucionales que es lo que permite establecer la diferencia

El **Art. 194.-** La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.

A decir del Código Orgánico de la Función Judicial la Fiscalía está sometida a la Constitución, a los Instrumentos de Derechos Humanos y a la Ley, en esa línea, siendo parte de la Función Judicial es autónomo. Aunque no totalmente independiente cómo se debería ser pero somos testigos de los esfuerzos importantes que se hace desde la cabeza principal de tan importante organismo de justicia para lograr una verdadera separación y toma de decisiones libres de injerencia.

La Fiscalía General del Estado es el representante y defensor de la sociedad. El papel del Fiscal en tratándose del respeto al proceso es también de importancia trascendental, recordemos que es quien por mandato supremo legal dirige la investigación, con un grupo de apoyo técnico policial tiene en su hombro la delicada misión de investigar y descubrir el delito. Sus atribuciones están determinadas en el Ar. 444 del COIP. Pero el Fiscal si bien está revestido de varias facultades, no es menos cierto que también está obligado a cumplir el debido proceso, a respetar a las personas porque en el desarrollo de una investigación todas las personas sean víctimas o sospechoso tiene una serie de derechos.

El Art. 215.- La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley, las siguientes: ...4. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas.

La defensoría del pueblo es una instancia de tutela de los derechos de los ecuatorianos y extranjeros, de ahí que lo hace mediante mecanismos legales como acción de protección, acceso a la información y otros, para lo cual también debe velar por que se respete el debido proceso.

3.1.2 Código Orgánico de la Función Judicial.

El Art. 15.- **Principio de responsabilidad.-** La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley. En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

El principio de responsabilidad del Estado le obliga a reparar cuando hay algún daño. Si la administración pública es considerada un servicio público, este servicio debe ser óptimo y de calidad. Garantizando la tutela judicial efectiva que no es otra cosa que el acceso a la justicia, y a su vez la puerta de acceso a otros derechos incluido el debido proceso.

El Art. 18.- **Sistema medio de administración de justicia.** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación,

uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso.

La justicia es el fin último del derecho se sostenía hasta hace algunos años. El ideal de justicia, que a decir de Roadrich es el tratamiento igual a los hombres y relaciones iguales y el trato distinto de los desiguales, que debería inspirar los grandes cambios sociales esta venido a menos.

En el camino para lograr la anhelada justicia la misma constitución determina una serie de principios que en su conjunto hagan efectivas las normas del debido proceso.

3.1.3 Código Orgánico Integral Penal.

Vigente desde el 10 de Agosto del 2014 trae consigo un verdadero cambio en el proceso penal, toda vez que se constituye en una norma de carácter mixta cuanto trae en un mismo texto sobre derecho sustantivo y derecho adjetivo y que nosotros somos de la idea de que se mantenga la distancia entre uno u otro, en todo caso la ley está vigente y hay que respetarla.

El Art. 5.- **Principios Procesales.**- El Derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirán por los siguientes principios.

Esta norma penal reconoce el hecho de que si bien existen principios legales para cumplir con el debido proceso, pueden existir otros que pese a que no estén en la norma deben ser acatados y cumplidos siempre y cuando consten en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

Como hemos visto a lo largo del presente capítulo, en nuestra legislación, tanto en la Constitución, como en el Código Orgánico Integral Penal y el Código Orgánico de la Función Judicial recogen los principios del debido proceso.

En relación a los principios aquí estudiados la Constitución recoge el derecho de defensa como parte del Debido Proceso, el mismo que lo desarrolla de una manera muy amplia pues se recogen un total de trece literales en los cuales ha logrado plasmar una serie de principios procesales que obviamente deben ser observados por las partes. De su lado el Código Orgánico Integral Penal recoge los principios del Debido Proceso en un total de 21 principios, dentro de los cuales no consta la Defensa como tal, sin embargo consideramos que debió incluirse, aunque el hecho de que no conste en dicha norma no significa que no es importante. En tanto que el Código Orgánico de la Función Judicial establece una serie de principios denominados rectores, que a nuestro entender son principios del debido proceso y tampoco consta la defensa como tal. Sin embargo ha logrado determinar otros principios procesales que de alguna manera están ligados al mismo. Así el principio la Inmediación o la Tutela Judicial Efectiva.

Sobre la Igualdad, la Constitución recoge de manera expresa el derecho a la igualdad, principio que es recogido por el Código Orgánico Integral Penal. Y si bien el Código Orgánico Integral Penal no lo expresa de manera independiente lo recoge dentro del principio de imparcialidad, art. 9 cuando dice “La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la Ley”

En cuanto a la Motivación mientras que la Constitución analiza de modo general la obligación de motivar, que como se manifestó anteriormente el motivar las decisiones es aplicable a toda rama del derecho, el Código Orgánico Integral Penal es más directo cuando dice que debe pronunciarse sobre “argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales” Lo

que tiene simple lógica. El juez no necesita referirse a todos elementos aportados, sino solo lo pertinente y relevante. Concordamos en este argumento pues hay profesionales del derecho que a pretexto de fundamentar mejor lo que hacer es que el juzgador pierda su valioso tiempo escuchando testigos de honorabilidad por ejemplo.

Sobre la Ineficacia Probatoria la norma constitucional y Orgánica Penal la refieren y son en similar sentido pues determinan que hay ineficacia cuando hay violación de derechos. El Código Orgánico de la Función Judicial no refiere a este tema como principio del debido proceso y nos parece bien porque la norma constitucional parece ser lo suficientemente clara y al parecer no necesita de norma secundaria para alguna tipo de aclaración.

A manera de conclusión pensamos que el debido proceso se lo debe definir como un conjunto de pasos regulados por la Ley, que tiene por objeto la tutela de los derechos de las partes tendientes a conocer la verdad, bajo vigilancia del juez. Los pasos previamente establecidos por la misma Ley deben ser acuciosamente cumplidos so pena de nulidades. Finalmente en el papel de tutela de los derechos de las partes aparece el Juez con un rol especial. Con facultades constitucionales con las cuales, se entiende, el proceso está garantizado.

CAPITULO II PRUEBA Y SU VALORACION

2.1. Elementos conceptuales sobre la prueba

Lograr un concepto de prueba al parecer no es tarea difícil, dado que la mayoría de autores de diversas ramas del derecho la han definido de alguna manera. Aquí algunos criterios:

El destacado jurista Francesco Carnelutti (1982) concibe a la prueba como la comprobación de la verdad de una proposición. (Pág. 43). Concepto que, considero no es una ayuda pues no se observa una definición clara más bien suena como una cacofonía aquello de que prueba es comprobar. Más allá de que no refiere a como se llega a la comprobación de la verdad.

El siempre recurrido autor Devis Echandía (1987) dice que prueba son todos aquellos actos o elementos de convicción propuestos por las partes en un proceso, de acuerdo con las formalidades legales, como medio de justificar la verdad de los hechos alegados. (Pág. 14). Más bien este concepto es un poco más acertado, sin embargo tengo mis reparos. Si bien la prueba consiste en actos procesales (materia civil) en el campo penal no creo que sea técnico decir que la prueba es un elemento de convicción, pues el elemento de convicción no pasa de ser una expectativa. Es más el elemento de convicción para que llegase a ser prueba debe pasar por filtros de valoración judicial.

Jorge Fábrega (2001) considera a la prueba como los diversos instrumentos o elementos utilizados dentro del proceso y dirigidos a producir el convencimiento del juez respecto a las afirmaciones de las partes. (Pág. 23). El poder del convencimiento de una persona puede ser decidor, en función de la firmeza como exprese su verdad y en función de los medios probatorios que utiliza frente al juzgador, de ahí que la norma penal es adecuada al manifestar convencimiento más allá de toda duda razonable.

El maestro Rubén Moran Sarmiento (2009) más que dar un concepto resalta su importancia. De lo cual estamos perfectamente de acuerdo sobre la trascendencia de la prueba en un proceso penal. Dice que la prueba “constituye una fase vital del proceso, a esta fase resultan convocadas con urgencia las partes, que intervienen en una contienda judicial, al demandante para que demuestre los fundamentos de sus pretensiones y al demandado para que desvirtúe o atenué la magnitud de las mismas” Pág. (201)

Esto de ciclo vital es una verdadera realidad, la fase probatoria en un proceso adquiere una importancia trascendental a tal punto de que si alguna de las partes no la atiende de una manera técnica, seria y responsable, estamos frente a un proceso que inevitablemente terminará en nada.

La responsabilidad de probar *onus probandi* lleva la parte a mantener su atención centrada en lo que propuso y los elementos que debe utilizar para lograr su teoría del caso

El *onus probandi* significa que la carga de la prueba recae en el órgano encargado de sustentar la acusación penal, en este caso la Fiscalía General del Estado: es así que, quien sostiene que una persona debe ser culpado de determinados hechos es el que tiene la obligación jurídica de acreditar con medios probatorios sus afirmaciones.

En concepto un poco más actual tenemos que Teresa Armenta (2013) dice que la prueba es aquella actividad encaminada a procurar la convicción del Juez sobre los hechos afirmados por las partes en sus escritos de calificaciones” (Pág. 27). Concepto muy interesante dado que efectivamente la prueba es un conjunto de actividades realizadas por las partes para lograr la convicción en el Juzgador.

Finalmente, en esta parte creo importante recordar que nuestra legislación penal no define o conceptualiza la prueba. En el Título IV art. 453 inicia refiriéndose a la Finalidad de la prueba, y dice de dos fines: a) convencimiento de hechos y circunstancias; y, b) responsabilidad del procesado, es decir tenemos claro lo que busca la prueba penal.

Con este antecedente pretendiendo esbozar un concepto a prueba podríamos decir que prueba no es sino un conjunto de acciones emprendidas por las partes en contienda a fin de lograr justificar en legal forma sobre sus afirmaciones iniciales, con el objeto de lograr un fallo judicial a favor de su teoría.

En parte penal, y tomando en consideración que es el Estado quien debe probar sus afirmaciones, diríamos que la prueba no es sino un conjunto de actos y diligencias judiciales que, con uso de medios permitidos por la Ley tiene como fin establecer sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado más allá de toda duda razonable.

Digo esto pues en materia penal existe un punto legal básico e insoslayable, sobre todo si hablamos de un estado neoconstitucional (estado de garantías), el sistema garantista reconoce la condición de inocente a la persona, lo que obliga a la administración de justicia cumpla su función de buscar la verdad procesal con absoluta imparcialidad. Esta obligación recae en el órgano investigador quien debe actuar también con objetividad que no solo se debe centrar en circunstancias de cargo sino también de descargo. Bien dice Carlos Pozo Montesdeoca (2005), En derecho Procesal Penal “la prueba es para determinar la verdad o falsedad de un hecho criminoso y sus circunstancias” (Pg. 337). Por eso es que la prueba penal no es la misma que la prueba civil, en lo penal la prueba debe referirse a los hechos y circunstancias.

2.1.1 Libertad Probatoria

Uno de los principios más importantes que rigen la prueba penal está plasmado en el Código Orgánico Integral Penal como parte de los principios que los jueces han de observar al momento de analizar un medio probatorio. El principio de libertad probatoria que no es otra cosa que, aquel que tiene la parte para sustentar de manera correcta y legal su propia teoría del caso frente a la magistratura según su propia estrategia.

Eduardo Jauchen (1996) sostiene que: “en razón del principio de libertad probatoria, no existen en el proceso penal las limitaciones propias del proceso civil en cuanto a los medios. Ello es así en cuanto a la necesidad de alcanzar la verdad histórica para lo cual es menester eludir cualquier obstáculo que pudiera imposibilitar conocerla, de manera que todo se puede probar y por cualquier medio” (Pág. 21) El principio de libertad probatoria no es absoluto a decir del mismo autor, entiéndase que no necesariamente se puede presentar cualquier prueba, debe tener ciertas características, de pertinencia, conducencia y más. Por eso es que se habla de limitaciones como las que establecen las constituciones con la finalidad de proteger derechos como la intimidad, salud, propiedad, etc.

Por este mismo camino encontramos el criterio de Víctor de Santo (1994) cuando se refiere en forma sucinta a los principios y sobre la libertad de prueba: “Las partes y el juez deben gozar de libertad para obtener todas las pruebas que sean pertinentes, con la única limitación de que aquellas que por razones de moralidad se refieran a hechos que la ley prohíbe o que resulten manifiestamente inútiles, impertinentes, inidóneas (...) la violación de este principio podría obstar a que la prueba cumpla su fin de convencer al órgano jurisdiccional de forma ajustada a la realidad acerca de la existencia o inexistencia de los hechos” (Pág. 24)

Nosotros coincidimos plenamente con estos criterios jurídicos en tanto la libertad de prueba permite actuar sin obstáculo alguno en pro de lograr convencer, bajo la limitante de que la prueba debe ser pertinente al caso.

El Código Orgánico Integral Penal introdujo este principio en forma clara de tal forma que el juzgador no puede soslayarlo. Art. 454.- “Principios.- El anuncio y practica se regirá por los siguientes principios: ...4. Libertad Probatoria.- Todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador y demás normas jurídicas”. Es de notar que la norma legal impone un parámetro o condición que ya hemos referido, la prueba debe ser pertinentes, es decir que haya una real relación entre lo que se pretende probar con los hechos propuestos.

A nuestro criterio el principio de libertad probatoria permite ejecutar cualquier medio probatorio que tenga directa relación con los hechos sometidos a juzgamiento, se desarrolla en función de la teoría del caso propuesta por uno de los sujetos procesales cuyo fin es llegar a la convicción del juzgador sobre su teoría fáctica.

2.2 Medios de Prueba

Arts., 498 del Código Orgánico Integral penal: Los medios de prueba son:

El documento

El Testimonio

La pericia

2.2.1 El testimonio

Recordando al imperio Romano, en la Ley de las doce tablas (que los romanos hacían aprender de memoria a los niños) tenemos la numero III que habla de la ejecución en caso de confesión o condenación. Lo que ha permitido que desde los más antiguos tiempos sostengan que la prueba testimonial en materia penal es la más importante. La declaración del procesado y los testigos era la base sobre la cual se resolvía cualquier controversia.

De hecho nuestra legislación en Códigos anteriores contemplaba la figura de la confesión como medio de prueba. Tan infamante y violatoria norma estaba vigente hasta hace poco. Así el Art. 64 del Código de Procedimiento Penal Policial decía: "...la prueba oral consiste en la confesión del reo..."

Si recordamos que el modelo actual de oralidad, en el proceso penal la prueba testimonial es de mucho interés para las partes, toda vez que la palabra como característica de comunicación de las personas, las partes tienen la facilidad de preguntar detalles, repreguntar, objetar y más. Es decir que la observación del examen directo al testigo por parte de los sujetos procesales le da una idea más clara de los hechos que juzga, así también es el momento en el cual se descubre falsedades.

Por eso es que el artículo 501 de la norma sustantiva Penal dice que es un medio para conocer la declaración del procesado, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen de las circunstancias de la infracción. De ahí que es importante este medio de prueba. Los criterios que presentamos son de aquellos que resaltan la trascendencia del testimonio en un juicio.

Nicolás Framarino (1894) al referirse a la prueba testimonial afirma: "La presunción de la veracidad Humana, base de la fe que las declaraciones personales inspiran, hace recogerla y admitirla como prueba personal, no de otro modo que la presunción de la verdad de las cosas, base de la fe que inspiran, hace que se las acoja y admita como prueba real" (Pág. 319)

Invocamos este criterio pues el autor argentino analiza un tema importante, la fe en las personas. Definitivamente todos confiamos en la buena fe de que la persona narre los hechos de una manera clara y sin parcialidades a efectos de que el juzgador resuelva de la manera más justa posible.

Francesco Carnelutti (1997) “Para el proceso penal, mas operativo de la prueba histórica es el testimonio; y del testimonio todos saben que es la narración de un hecho, y hasta con mayor precisión, de una experiencia del narrador. Pero circula todavía en los ambientes prácticos, y no solamente en estos, la opinión de que el testigo narra hechos y no pronuncia juicios. Sin embargo, cuando se reflexiona un poco, uno se da cuenta de que la narración es y no puede ser otra cosa que un tejido de juicios” (Pág. 377). Criterio similar al anterior en el sentido de que la declaración es personal de hechos.

El testimonio de una persona también va acompañado de su propio juicio en razón de lo que haya visto u oído, de ahí que pienso que es una descripción muy apegada a la realidad pues, cada persona tiene su forma propia de ver un determinado hecho.

Finalmente hay que decir que hoy en día doctrinariamente la prueba testimonial es la de menos fiabilidad.

2.2.2 Documento

Jorge Cardoso Isaza (1985) define al documento como “cualquier cosa que siendo susceptible de ser percibida por la vista o el oído, o por ambos, sirve por sí misma para ilustrar o comprobar, por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto

humano” (Pago. 359) De ahí que el documento debe reunir ciertos requisitos que pueden ser de tipo solemnes o ciertas formalidades, para que sea admitido como medio probatorio.

El profesor Colombiano Jaime Para Quijano (2009) en relación al documento dice que es “toda cosa capaz de representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento” (Pág. 505). Si bien la manifestación del pensamiento se puede plasmar en el documento, no encontramos la razón de que el documento sea una cosa. Sabemos que una cosa no necesariamente es algo en concreto, pues una cosa puede ser también algo abstracto, algo mental, por lo que consideramos es una definición poco clara para nosotros.

Estos dos autores coinciden en que el documento tiene la capacidad de representar un hecho o manifestar un pensamiento. Pero se aclara que no todo documento de un hecho o que manifieste un pensamiento puede ser valorado legalmente. Para eso hay que analizar su contenido.

De ahí que a Enrique Falcón (2003) sostiene que “la eficacia del documento tiene distintos ángulos de comprensión según el tipo de documento de que se trate y del proceso en el que se aplique. De todos modos toda valoración debe asentarse sobre las reglas de la sana crítica” (Pág. 904) Lo que se corrobora que el documento para ser valorado debe adecuarse al caso concreto a fin de conocer que requisitos debería contener. Más adelante señala ejemplos de requisitos como el cuerpo del documento, que tengan un contenido convincente, se no tenga alteración y otros. Finalmente, resulta muy acertado decir que la valoración tiene un cimiento muy importante como es la sana crítica.

2.2.3.1 La pericia

Se refiere a los actos realizados por profesionales en una rama determinada a efectos de coadyuvar en la investigación Penal. Bolívar Vergara (2015) “son los actos procesales (diligencias) referentes al cuerpo del delito, que son hechos vinculados a la infracción: persona o cosa objeto, introducidos por medio de informe pericial, que el fiscal o el sistema integral de investigación y medicina legal recogen de la escena del crimen” (Pag.562).

Más bien el término diligencias es el más acertado dado que este acto profesional previamente debe cumplir con ciertas formalidades. En presencia del Fiscal, algunas pericias deben cumplirse con dos expertos, etc. Previo a la pericia, obviamente el objeto a ser analizado debe ser sometido a cadena de custodia.

Al referirse a los peritos Claus Roxin hace una clara referencia a como coadyuva el perito en proceso. Así: “mediante sus conocimientos profesionales ayuda al tribunal en la estimación de una cuestión probatoria. Esto puede suceder de tres maneras diferentes: 1) Informa al tribunal los principios generales fundados en la experiencia. Los resultados de su ciencia. 2) comprueba hechos que únicamente pueden ser observados o pueden ser comprendidos exhaustivamente en virtud de conocimientos profesionales especiales. 3) Extrae conclusiones de hechos que únicamente pueden ser averiguados en virtud de sus conocimientos profesionales conforme a las reglas científicas” (pág. 238) He aquí la importancia trascendental no solo del actuar pericial sino de la diligencia misma. Si bien el perito es un asistente del Tribunal tiene un papel mucho más importante para la conclusión final, pues por ser el experto el juez o tribunal lo van a escuchar y de ahí que tienen facultad de pedir aclarar cualquier situación analizada.

2.3 Valoración de Medios de Prueba.

En el sistema procesal en general, la prueba se constituye en un elemento esencial puesto que tiene como finalidad de apoyar las afirmaciones aportadas por cada uno de las partes y

convencerle al Juez de que lo afirmado es lo correcto. Es decir darle convicción más allá de toda duda razonable.

Francesco Carnelutti (1971) “Sabemos que el trabajo del Juez consiste en conocer como han andado las cosas y como deben andar; reconstrucción y valoración del hecho. Los instrumentos para la reconstrucción son las pruebas; y los instrumentos para la valoración son las normas” (pág. 142). Bien sabido es que para hablar de juicio también se habla de la existencia de pruebas y normas, insumos de los cuales el juez toma en consideración para llevar a cabo su resolución judicial. En cuanto a las pruebas las que se actúan las partes, entiéndase pruebas legales y en respeto al mandato constitucional, pruebas que finalmente serán valoradas haciendo uso de las normas vigente.

Pero luego de sustanciado el proceso, se produce la reconstrucción, y se produce la valoración, entonces corresponde sentenciar, motivadamente por ello es que afirma Quiroz (2012) “al tiempo de dictar sentencia condenatoria el juez o Tribunal debe no solo mencionar la prueba presentada por las partes sino asignarles un valor, especificando cada una de las prueba producidas en el proceso haciendo evaluación integral de todas ellas, a fin de que tenga plena convicción de la responsabilidad penal del acusado” (Pág. 183). Pero como se llega a la plena convicción a través del análisis legal y según lo que dispone la norma, aplicando criterios de legalidad de la prueba aportada por ejemplo. El valor al que se refiere el autor no es otra cosa que la aplicación de las normas, por ello es que valorar es evaluar la prueba para tener convicción. Evaluación que se la hace en función de los parámetros estimados en el Art. 457 del COIP.

De otro lado Alex Carocca Pérez (2005) es claro en afirmar que “en el ámbito del proceso, se requiere la prueba por que quien debe pronunciar la decisión sobre absolución o condena frente a una acusación es un tercero que no ha presenciado los hechos y que por lo tanto debe ser convencido de la efectividad de la acusación que efectúa el acusador y eventualmente el acusado” (Pag.181). Al referirse a que el tercero debe ser convencido es por tanto a que debe

serlo mediante medios de prueba legales. Sin la oportunidad de que el juez se contamine del proceso, pues verdad es que el juez no ha presenciado los hechos pero frente al accionar probatorio tendrá la claridad diáfana para pronunciar su decisión. Ahora bien, que tan cierto es aquello de “eventualmente el acusado” claro que, cuando el acusado sostiene un verdad y desea probarlo mediante un medio permitido por la Ley lo puede hacer. En nuestro país si bien el estado de inocencia lo mantiene de principio a fin, no quiere decir que no pueda aportar con medios de prueba lícitos o legales para lograr convencer al juzgador de que efectivamente no tiene participación alguna en el hecho acusado.

Claus Roxin (2003) “Probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho” (Pág. 185). Insistimos que la convicción al juez es imperiosa y que debe hacerse con la presentación de medios legales que previamente son calificados. Hay un criterio que es muy importante en su análisis “mientras en el proceso civil dominado por el principio dispositivo solo necesitan ser probados hechos discutidos, en el proceso penal rige el principio de que todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial deben ser probados” (Pág. 185). Entendemos este criterio como la real diferencia entre el proceso civil y el proceso penal. De ahí que cada proceso, si bien es similar a otro, cada uno tiene sus propias peculiaridades. Recordemos que la tarea de convencimiento al juez se puede esgrimir argumentos y argumentos, pero la clave está en que esos argumentos sean clarificados por la parte que los proponen.

Pero surge la interrogante, si probar es convencer al juez sobre un hecho, ¿cuál es el camino debido para tal comprobación? y respondemos, con el principio de libertad de prueba. Ya un jurista respetado es muy amplio al referirse a la existencia de un principios de “libertad de prueba” Michelle Taruffo (2002) “En función del cual todo elemento de conocimiento útil para la determinación del hecho puede ser usado sobre la base de los criterios cognoscitivos propios de la racionalidad general” (Pag.359). Obviamente sobre la base de la libertad de prueba no se puede utilizar cualquier elementos sino solamente el elemento relevante. Se centra en el análisis qué elemento de prueba son relevantes para ser utilizados en el proceso “en todos los

ordenamientos este problema se resuelve mediante la aplicación combinada de dos criterios: uno, típicamente lógico es el de la relevancia de la prueba: el otro típicamente jurídico, es el de su admisibilidad. Entre estos dos criterios hay un orden lógico según el cual la prioridad corresponde al de la relevancia: así, si una prueba es irrelevante no tiene sentido preguntarse si es o no jurídicamente admisible” (Pág. 364). Desde luego que para saber qué medio de prueba es relevante se analiza dos criterios. 1. Prueba relevante que versa sobre un hecho jurídico. 2. Prueba relevante que versa sobre un hecho secundario. Cuyo análisis final concluye en que si un medio de prueba es irrelevante es inútil. Solo lo que es relevante puede ser definido como prueba en un proceso recordando que esta valoración es preliminar antes del proceso.

Consideramos finalmente que este criterio explica con absoluta nitidez los principios aplicables a la valoración de la prueba del Art. 454 del Código Orgánico Integral Penal, entre ellos el de la pertinencia que, asimilo yo es el criterio típicamente lógico, y está claro que, la prueba impertinente es jurídicamente inadmisibile.

2.3.1 Criterios de Valoración.

Son aquellos que el juez concede a determinados medios de prueba presentados por la parte interesada:

Los criterios recogidos por el Código Orgánico Integral Penal son:

- a. autenticidad
- b. legalidad
- c. cadena de custodia.

Sobre la autenticidad creemos necesario partir de lo que es auténtico, es decir aquello que es lo que se dice ser. Andrés Baytelman y Mauricio Duce (2007) sostiene en esta parte, lo que denominan lógica de la desconfianza: “nadie tiene por qué cree que esto es lo que la parte que lo presenta dice que es, simplemente porque lo diga, nadie tiene por que creer es este cuchillo encontrado en el sitio del suceso, simplemente porque el Fiscal lo diga (...) de manera que si el fiscal pretende que este cuchillo ensangrentado que trae a juicio es el arma hallada en el sitios del suceso tiene que presentar información sobre eso más allá de su propia palabra” (Pág. 237) en suma es necesario la existencia de alguien que determine que el objeto es auténtico.

Sobre la legalidad, se traduce en el principio universal de que no hay pena sin ley. Rafael Oyarte (2016) comenta este principio en el momento actual y sostiene que del principio de legalidad o reserva de ley se derivan dos vertientes: la legalidad en la tipificación de infracciones y la legalidad en el establecimiento de sanciones. (Pág. 31)

Nosotros consideramos no necesaria esta derivación, porque la norma para nuestro entender es clara, no se observa una real separación de criterios porque por la naturaleza de las infracciones están normalmente determinadas con la respectiva sanción.

El Código Orgánico Integral Penal introdujo este principio. Art. 5.- “Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la república, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:1. Legalidad.- no hay infracción penal, pena ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”. Podemos afirmar entonces que en función del principio de legalidad, todo los elementos obtenidos deben respetar las normas tanto de la constitución como de las normas procesales en cuanto a su obtención y producción en juicio.

Finalmente la cadena de custodia, es importante por cuanto llevada en legal forma implica mantener la fidelidad de todos elementos o indicios del delito.

Tommy Sánchez (2014) define a la cadena de custodia como el procedimiento controlado que se aplica a los indicios materiales relacionados con el delito, desde su localización hasta su valoración por los encargados de administrar justicia y que tienen como fin no viciar el manejo de que ellos se haga y así evitar alteraciones, sustituciones, contaminaciones o destrucciones. (Fs. 167)

Estamos de acuerdo con que se trata de un procedimiento que tiene un inicio y un fin, el inicio es la ubicación del elemento o indicio y el fin sería la presentación en audiencia de juicio con la justificación de que el elemento no sufrió alteración laguna en ese camino.

Tan importante es mantener la cadena de custodia que, cuando se descubre algún tipo de error, puede causar un fuerte revés en la justificación probatoria.

Nosotros consideramos que la cadena de custodia en el conjunto de pasos seguidos por cualquier persona obligada a preservar un elemento o indicio de un delito (entre los que mencionamos a los profesionales de la salud -463 inciso final COIP-), que por mandato legal están obligados a recolectar, preservar y entregar dicho elementos o indicio al órgano legal de investigación.

Hemos de recordar que el tema de cadena de custodia dada su importancia procesal está determinada en forma clara en la norma orgánica penal, así el Art. 456 del COIP refiere que se aplicara la cadena de custodia a los elementos físicos o contenido digital materia de prueba, para garantizar su autenticidad, acreditando su identidad y estado original; las condiciones, las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos

elementos y se incluirán los cambios hechos en ellos por cada custodio. Es claro que la misma ley ya nos trae una especie de pasos a los que nos hemos referido y que se debe seguir en tratándose de cadena de custodia, más adelante da pauta del inicio de la cadena de custodia cuando dice que es el lugar donde se la obtiene, encuentra o recauda y finaliza por orden de autoridad competente.

2.4 Prueba Ilícita.

El Estado, por medio de sus agentes estatales (fiscales, policías) en su afán de perseguir y lograr sanción al delito puede caer en “tentaciones”, irse más allá de lo permitido, pero debe tener siempre presente que sus acciones van a ser revisadas, que deben ceñirse al procedimiento previamente establecido. Esas “tentaciones” pueden aparecer en una serie de formas que, inclusive de manera involuntaria pueden generar prueba ilícita. Para ejemplificar podríamos decir, cuando el agente de policía se encuentra en una investigación penal e ingresa sin orden de juez competente a un domicilio de un tercero y encuentra evidencia digital que incrimina a alguien. Otro ejemplo, cuando una persona es detenida y la policía lo interroga sin presencia de su abogado defensor logrando obtener información relevante sobre el delito o su propia participación.

Cuando hablamos de prueba ilícita nos referimos a aquella que no tiene eficacia probatoria en juicio debido a que la misma ha sido obtenida con vulneración de derechos constitucionales. Por esto es que el Juez Holmes en el caso USA. Vs. Omstead (1928) fue claro en decir que el gobierno no se debe poner al mismo nivel de los delincuentes. El caso se refiere a la interceptación de conversaciones privadas de forma ilegal que luego fueron introducidas como evidencia en un juicio. Omstead fue sentenciado por un delito que tiene que ver con la venta de alcohol. Fue sentenciado pues en primera instancia se decidió que no había violación alguna de la enmienda cuarta y quinta de la Constitución Americana, cumplió su pena. Años después se revocó la sentencia.

La doctrina tradicional (Zavala Baquerizo 2002, Alfonso Zambrano 2009) ha manifestado con respecto a este tipo de pruebas que, siendo que la prueba al nacer ya posee vicios, no es utilizable en un proceso y menos aún si este se trata de un proceso penal donde incluso se ven involucrados los intereses de la sociedad misma, no obstante ciertos doctrinarios modernos Rodríguez Orlando 2014, Tommy Sanchez 2014) , refiriéndose a la prueba ilícita son de la idea de que se puede aplicar criterios de excepción, que no constituye violación al debido proceso considerando que el fin último del derecho y de los operadores judiciales es la realización de la justicia, y esta prueba es de tal significancia, que no hay otro medio para llegar a este fin.

También es verdad que desde hace tiempo se hablaba de esto cuando, por ejemplo, Gilbert Armijo (1997) “Después de la segunda guerra mundial, y como consecuencia de la crisis del positivismo, en Europa florecen con nuevos aires los tribunales constitucionales, dándole un nuevo enfoque al problema. La ilicitud probatoria no va ser analizada desde el punto de vista procesal, sino que las garantías constitucionales se convierten en el principal instrumento de protección del ciudadano frente al estado”

Se conoce que las constituciones modernas acogen el pensamiento de la inadmisibilidad de la prueba si su medio de obtención ha sido ilícito, así por ejemplo tenemos la constitución brasileña que en el título II de los Derechos y Garantías Fundamentales en el artículo 5 enumerado LVI dispone: “son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”; y, En el caso ecuatoriano, la Constitución de la República del 2008, en el capítulo octavo referente a los derechos de protección, artículo 76 numeral cuatro expresa: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la Ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria” Siguiendo esta regla al pie de la letra no se podría utilizar en ningún caso una prueba en la que no se han respetado los derechos y garantías constitucionales y mucho menos que el juzgador considere una de estas pruebas para formarse un criterio y dictar una resolución.

De este mandato constitucional se deriva la regla de exclusión probatoria, en derecho anglosajón *exclusionary rule* dispuesto también por el artículo 454.6 del Código Orgánico Integral Penal donde dispone: “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”

Es, en Norteamérica en 1914 que se aplica por primera vez la “*exclusionary rule*” en el caso Weeks vs. USA. Donde se realizó un registro ilegal en el domicilio de Fermon Weeks en el cual se encontró pruebas de que realizaba apuestas ilegales, cuando los policías fueron informados de dónde encontrar las llaves del lugar, lo hicieron sin orden alguna, ingresaron y obteniendo la evidencia, resolviendo en su contra, dicho fallo fue a la Suprema Corte y se llegó a la conclusión de que las pruebas obtenidas de esta manera no podían ser presentadas ante el tribunal, de manera que el fallo fue revocado, y se introdujo por primera vez el principio de exclusión.

Revisaremos aquellos criterios tradicionales que son, inclusive, tajantes e intransigentes al considerar que la prueba ilícita debe ser excluida sin reparo alguno.

En interesante análisis Jorge Zavala Baquerizo (2002) al referirse a prueba ilícita: “El problema de la prueba ilícita plantea doctrinariamente dos posibles soluciones, a saber: o se la excluye sin excepción alguna, o se la acepta con ciertas limitaciones. En la primera solución se hace un respetuoso acatamiento a la voluntad constitucional por la cual los derechos garantizados por el Estado no pueden ser vulnerados, sin admitir excepción alguna. Esta solución es consecuente con el estado de derecho que caracteriza a nuestro país. En la segunda solución se limitan ciertos derechos en aras de que la sociedad obtenga la sanción para los actos intolerables para el estado, como son los antisociales que se encuentran previamente tipificados en la Ley Penal. Es la puerta abierta a la tiranía, y por ende, para la arbitrariedad, sentando la peligrosa tesis del respeto condicionado a las garantías constitucionales bajo el hipócrita membrete de la seguridad social. Esta es una solución imposible de aceptar (...) y se la rechaza de plano. (Pág. 85).

Como se observa el criterio del letrado, a lo largo de su estudio jurídico, es que la regla de exclusión debe ser aceptada y aplicada sin excepciones. Criterio este que no es compartido con el nuestro. Si bien es respetable, es un criterio formado con base a otra realidad jurídica, pues es un criterio emitido en el marco de un estado Social de Derecho cuya característica es el cumplimiento de la Ley. Más, en los actuales momentos vivimos otra realidad.

Y, siguiendo la misma línea de autores con criterio cerrado y que no admiten excepciones a la regla de exclusión, pero ya dentro del estado constitucional de derechos y justicia, Alfonso Zambrano Pasquel (2013) “no se puede actuar a base de la denominada prueba ilícita como la que se pretende en ocasiones utilizar para que se inicie un proceso penal, porque debe prevalecer el principio de exclusión absoluta” (Pag.75). Por ello es que en los foros donde se lo ve siempre habla del principio de exclusión absoluta de la prueba ilícita.

Sin embargo podríamos plantear hipotéticamente la posibilidad de que la prueba obtenida ilícitamente sea aceptada, claro está en determinados casos y con ciertas limitaciones.

Ya lo decía Jaime Parra Quijano (2009) que el juez debe realizar una ponderación entre intereses de proteger los derechos Fundamentales y los de la sociedad para que se persiga un crimen. (Pág. 803). Se trata de un verdadero análisis técnico jurídico que obligatoriamente debe hacer el Juez que es un garantista de derechos, de los derechos de las dos partes.

Pero hay otros criterios verdaderamente interesantes sobre la prueba ilícita pero rebatibles, por ejemplo Orlando Rodríguez Choconta (2014) “se tiene que prueba ilícita es un antivalor que se produce cuando el Estado, a través de un agente policial o judicial, vulnera o viola uno o varios derechos o garantías constitucionales constitutivos del debido proceso” (Pág. 23) Si analizamos el criterio desde el punto de vista del antivalor sabemos que es una conducta no aceptada por la

sociedad, es una persona que no tiene valores. De ahí que no considero tan acertada la definición ya que el Estado por su naturaleza no tiene antivalores por ser propio de la especie humana; ni siquiera creo que se pueda afirmar que los agentes estatales tienen antivalores.

Lo que si puede suceder es que el Estado no respete el sistema jurídico al cual está obligado a respetar pero ello no implica un antivalor.

Refiriendo doctrina local, al tratar la prueba ilícita José García Falconi (2003) “Es la adquirida mediante uso de medios infamantes, o crueles para la investigación policial, fiscal y judicial, ósea es la que quebranta en su práctica, aquellos mandatos constitucionales y legales; de eficacia jurídica, de tal modo que es incapaz jurídicamente de ser tomada en consideración para fundamentar una resolución” (Pág. 56). Cuando el autor se refiere a medio infamante o cruel presumo que describe actuaciones atentatorias a la integridad de la persona humana, que no necesariamente suceden en el desarrollo de una investigación penal, por tanto consideramos un concepto muy limitado para describir la prueba ilícita.

George Sotomayor(2016) ejemplifica de manera clara sobre prueba ilícita y dice “podemos citar a una grabación de conversación telefónica, el haber abierto un medio magnético, disco duro, una página de Facebook, Twitter u otro sin autorización judicial estamos viendo que ese elemento debe ser rechazado por el juzgador o excluido como medio de prueba ya que estamos frente a un elemento de fondo no de forma” En efecto hablar de una cuestión de fondo es hablar de situaciones que no deben olvidarse o pasarse so pena de la sanción legal.

En suma, en el Ecuador no encontramos criterio alguno que compadezca con la aplicabilidad de excepciones a la regla de exclusión; con los criterios analizados llegamos a la conclusión de que, al hablar de prueba ilícita en el Ecuador, por regla general es la que se obtiene con vulneración de un derecho fundamental, realizada por el personal destinado por la Ley, incluyendo sus

auxiliares, para la investigación pre procesal y procesal penal y cuyo resultado inmediato es la exclusión de medio probatorio.

Pero, insisto toda regla tiene excepción ya que como bien señala parte de la doctrina no es posible establecer reglas fijas para que se admita o rechace los medios probatorios sino que debe analizarse caso por caso y en consideración de varios factores. Ya lo dijo la Corte Suprema de Justicia de Colombia cuando al analizar regla de exclusión, en la Sentencia SU-159/02:

“En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales. En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal. En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente”

El criterio señalado en este fallo es de gran utilidad para los administradores de justicia, como se ve, se describe de manera clara una serie de criterios que el juez garante debe analizar previo a plasmar en su decisión la exclusión. Ahí está por ejemplo el criterio de que si la acción ilícita es una “irregularidad menor” no tiene por qué ser excluida; También destaco el análisis que debe hacerse acerca de los fines del Derecho Penal pues hoy se habla de verdad, justicia y reparación.

2.5 Prueba Ilegal

Concebimos a la prueba ilegal como aquella que viola una norma de procedimiento, la misma que no tiene una trascendencia de envergadura que impida la continuación en su tramitación.

Para entender este tema, creo pertinente traer el criterio de la Corte Constitucional de Colombia que en sentencia N.- 23284 que data del mes de octubre del 2006. “5.2 La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida” Y, más adelante lo que venimos sosteniendo: “En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba.”

El proceso penal constituye un conjunto de actos con el objetivo de llegar a una resolución y para que estos actos sean realizados deben estar enmarcados bajo reglas y normas claras, las mismas que deben ser previas, taxativas, inequívocas, que no sean susceptibles de interpretaciones diversas o antojadizas, expresadas en un conjunto ordenado y sistemático de Leyes, que en caso de nuestro país están en la constitución y el Código Orgánico Integral penal de tal manera que todo aquello que este contrario o fuera de esta normativa es ilegal.

Sobre la prueba ilegal Orlando Rodríguez Choconta (2014) “tiene relación con la normatividad subalterna, cuando se produce una prueba con desconocimiento del principio de pertinencia o

conducencia” (Pág. 27) el criterio con raíces civilistas que de alguna manera son aplicables al proceso penal. Por qué no pensar que una prueba impertinente, como lo es el testimonio para justificar conducta ejemplar, es efectivamente ilegal.

El ecuatoriano Bolívar Vergara (2015) tiene un criterio muy parecido al de Rodríguez cuando afirma: “La prueba ilegal es la que ha sido practicada dentro de un proceso en violación a las disposiciones legales que regulan la introducción, evacuación, evaluación, las mismas que son de carácter procesal” (Pág. 601)

Cuando hablamos de prueba ilegal nos referimos a aquella que viola la ley, pero que por no afectar seriamente el proceso, bien puede considerarse. Y nos preguntamos ¿la prueba ilegal debe ser excluida? Para contestar debemos recurrir a la normativa vigente, es así que el artículo 454 número 6 del Código Orgánico Integral Penal en su parte pertinente: “(...) o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal” Entonces, contestando la pregunta, *prima facie* sí.

La exclusión sería la consecuencia de actuar pruebas ilegales, lo que implica que cuando se violan formalidades se afecta su validez, pero según se ha estudiado no siempre la prueba ilegal se excluye. Considerando que, el juez al analizar podría determinar que la ilegalidad no afecta seriamente al debido proceso u otros derechos como por ejemplo cuando un Informe pericial se presenta fuera del tiempo concedido para el efecto. Otro ejemplo, cuando la Ley dispone que una pericia se cumpla con la intervención de dos peritos (Art. 477 Código Orgánico Integral Penal), y se cumple con uno solo, evidentemente se infringe la norma, pero la falta de otro perito no afecta en nada al debido proceso por tanto se debería aceptar.

Además el mecanismo constitucional de superación de prueba ilegal lo encontramos en lo dispuesto en el Art. 192 de la Constitución de la República que dice: “El sistema procesal es un

medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”; esto en clara coherencia con lo dispuesto en el Art. 18 del Código Orgánico Integral Penal que dispone: “consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

Consideramos estas normas como el mecanismo de superación de prueba ilegal porque son las que permiten que el juzgador pueda considerar que el obstáculo de la ilegalidad pueda ser sobrepasada en términos legales y razonables.

A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001) se pronunció diciendo “Meras formalidades no pueden sacrificar la justicia que se pretende obtener al acudir a un sistema procesal. Sin que por ello se deje de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes” (Apartado 51)

2.6 Doctrina del fruto del árbol envenenado

La doctrina del fruto del árbol envenenado cuya génesis es de la jurisprudencia norteamericana, se refiere a que todos los medios de prueba que son consecuencia de una acción ilícita no tienen eficacia, aunque sea conseguida de manera lícita, con ello la prueba, aunque parecería lícita, se la invalida porque tiene un origen ilícito. Graficando diríamos cuando en un allanamiento sin autorización judicial que de por sí es ilícito se encuentra un teléfono celular con videos importantes, pese a que se obtenga la autorización judicial para la apertura y exploración del terminal, lo que se obtenga sería también ilícito aplicando la teoría. De ahí que se habla de ilicitud de las pruebas derivadas.

Se conoce que el uso de esta terminología por primera vez data de 1939 en el caso *Nardone vs. USA* cuando se resolvió que no solo debía excluirse las grabaciones ilegales sino también a todo lo que se pudo conocer a raíz de esas escuchas no permitidas. El caso tiene que ver con unas escuchas ilegales que fueron base de la acusación fiscal, el juez de la causa mencionó que al pinchar el teléfono de un contrabandista de alcohol “el juez debe dar a los acusados la oportunidad de demostrar que una parte sustancial de la acusación contra ellos era fruto de un árbol envenenado” La corte americana lo que hizo es ampliar el efecto de prueba inválida a todo lo venidero. Pero es importante recrear que la teoría como tal al parecer se aplicó en 1920 en el caso *Silverthorne vs. USA* (El caso consiste en que el señor Silverthorne intenta evadir impuestos por lo que los agentes confiscaron ilegalmente sus libros y registros contables y obtuvieron copias. Se determinó el juez Holmes que las copias obtenidas ilegalmente son inadmisibles.

En Argentina en Diciembre del 1994 en el caso “Daray” la Corte Suprema aplica por primera vez esta teoría cuando afirmó “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” Es decir se cimentó la aplicación de la teoría.

Para entender esta doctrina en nuestro país el maestro Zavala Baquerizo (2002) señala “si se practica un allanamiento de domicilio sin orden judicial y dentro del mismo se obtienen documentos o cosas relacionadas con la infracción que es objeto del proceso, dichos medios de prueba carecerán de eficacia jurídica por haber sido obtenidos violando una garantía constitucional. Los documentos o cosas obtenidas con base de un procedimiento inconstitucional también carecen de eficacia jurídica por ser efecto de una actuación antijurídica (...) Las consecuencias del atropello inicial se irradian hacia todo lo que derive de tal atropello” Este ejemplo que nos permite entender que, toda consecuencia del actuar ilícito de las autoridades tienen el mismo destino que el principal, la exclusión.

En ese mismo criterio tenemos a Tommy Sánchez (2014) dándole a la prueba ilícita originaria y a la derivada una especie de causa efecto y sostiene: “quienes nos expedimos por sostener la invalidez de aquellas, pensamos que toda prueba que así se obtenga, será necesariamente una consecuencia necesaria de esta, y por ende, tan ilegítima, como el propio quebrantamiento que la origina” (Pag.282). Lo dicho, la prueba originariamente ilícita tiene exactamente el mismo efecto de sus consecuencias.

Creo que es necesario referirnos al criterio de Orlando Rodríguez (2014) “Si una prueba milita de manera ilícita en la actuación y como consecuencia de ella se decreta otra, esta que es efecto de una actuación irregular del Estado, queda signada por la ilicitud de aquella. La prueba ilícita envenena a las siguientes, que si bien son producidas de manera legal son su consecuencia. De ahí el símil” (Pág. 364) Lo destacable de este criterio es que la actuación contra ley no es del agente sino del Estado, y por cuanto la ilicitud se convierte en una especie de cadena, el reproche es para el Estado no a la persona.

En relación a nuestro país, opinamos que el fruto del árbol envenenado no tiene una expresión clara en nuestro ordenamiento constitucional y legal. Pues la norma, tanto del 76. 4 de la Constitución y en igual forma la norma sustantiva del 454 núm. 6 del Código Orgánico Integral Penal serían lo que es la prueba originaria y nada dice de la derivada. Quizá porque el mandato constitucional es muy cerrado, y, si tomamos en consideración su tenor literal evidentemente la regla de exclusión es a la prueba originaria y no más. De ahí que, el juez revestido de amplias facultades constitucionales podría considerar las excepciones.

Es menester recordar que la norma de aplicación de esta doctrina si existía en nuestro país. Así el art. 80 del Código de Procedimiento Penal (derogado) decía: “Toda acción pre procesal o procesal penal que vulnere garantías constitucionales carecerán de eficacia probatoria alguna, La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que....” De tal manera que, al no existir norma expresa que permita decidir una exclusión inmediata de pruebas derivadas, consideramos la

posibilidad de aplicación de reglas que permitan la valoración de estas pruebas, las reglas de excepción que veremos.

Finalmente reconocemos la constante y reiterada confusión que se da en la práctica cuando nuestros jueces confunden la regla de exclusión con el fruto del árbol envenenado, tratándolos como uno solo, o lo que es peor en aplicación de la norma de exclusión invocan como fundamento la teoría del fruto del árbol envenenado.

2.7 Excepciones a la regla de exclusión

Conforme ya se dijo toda regla tiene su excepción, en este caso la norma de exclusión tiene sus excepciones, las que se han ido adaptando al sistema americano en función de los casos y la jurisprudencia. Tenemos por ejemplo el caso *Olmstead vs. USA* (1928) El caso en el cual la Corte de Justicia no excluyó una grabación telefónica interceptada por agentes del estado, sin orden judicial previa.

Hablando de excepciones, la normativa legal colombiana dada la influencia norteamericana, y más aún, diría yo, siendo lógica, real y legal ha plasmado en el art. 455 del Código de Procedimiento Penal tres criterios por medio de los cuales hay la vía de excepción para dar efectos a prueba ilícita: Art. 455 “Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley”

Con base estos criterios excepcionales reglados, nos referiremos a las siguientes doctrinas: Fuente Independiente, Vínculo Atenuado, Descubrimiento inevitables.

2.7.1 Fuente independiente:

La doctrina de la fuente independiente significa que, a pesar de haber una prueba ilícita, existen otras pruebas que se han obtenido en forma autónoma, sin ninguna vinculación con la primera. Y en consecuencia son permitidas.

Un caso emblemático de aplicación de esta teoría tenemos en *Bynum vs. USA* (1960) El caso en resumen, la policía sin tener indicios claros y con meras conjeturas detiene al señor Bymun como sospechoso de un hurto. Al ser detenido se le tomaron las huellas digitales, y al contrastarse con la escena del lugar de los hechos coincidieron. Empero, esta segunda pericia se consideró ilícita por ser consecuencia de la detención ilegal. La policía encausó a Bymun nuevamente presentando las huellas obtenidas en el lugar de los hechos pero contrastándolas con las huellas antiguas de la misma persona que constaban en los archivos del FBI. Por tanto no había conexión. El Tribunal Supremo aceptó esta nueva prueba pericial alcanzada de manera independiente. Consideramos que una teoría no muy difícil de entender, el hecho de que si alguna prueba no tiene relación con la ilícita bien puede ser valorada siempre y cuando cumpla con los otros parámetros.

2.7.2 Vínculo Atenuado:

Esta doctrina en resumen, cuando el vínculo entre lo ilícito y lo derivado es débil, se diluye y por tanto la ilicitud ni siquiera se percibe, no influye en la decisión de la causa.

Por ejemplo en el caso *Wong Sung* (1963) Los agentes arrestan ilegalmente a A, quien entonces involucra a B y este a C (*Wong Sung*). Una vez arrestado ilegalmente, a la espera del juicio confiesa libremente su participación. La Corte Suprema concluyó que esa confesión era

admisible, a pesar de que no hubiera confesado a no ser por su arresto ilegal, el vínculo anterior de la ilegalidad quedo atenuado para no aplicar la regla.

Jaime Parra Quijano (2009) al comentar esta teoría: “Para una inteligencia lucida, siempre será posible establecer las relaciones entre una prueba y la otra y provocar la exclusión de la supuesta derivada, pero si el vínculo en la forma que quedo explicado es muy tenue o débil, este fruto estará ya curado y no cumplirá la función de disuadir a los funcionarios” (Pág. 807)

Pensamos que esta doctrina en ocasiones podría traer confusiones porque el análisis del vínculo tenue entre lo ilícito y lo lícito lo hace el juzgador, convirtiéndose de alguna forma en un análisis muy subjetivo que pudiere perjudicar a una o a otra parte, o a las dos.

2.7.3 Descubrimiento inevitable:

Quiere decir que era evidente que se iba encontrar. La prueba que se pudo obtener de manera ilícita de todas maneras se la iba a encontrar.

La teoría se la entiende a raíz del caso *Nix vs. Williams* (1984) Caso en el cual mediante la confesión ilegal de un detenido mental que mató a su pareja se conoció el lugar donde estaba el cadáver de la víctima de un homicidio, en la cuneta de una carretera, pero esto mientras un grupo de varias personas ya había una búsqueda por ese mismo lugar por cuanto había un testigo. Finalmente tarde o temprano el cadáver iba a ser localizado.

Pensamos que el descubrimiento inevitable es plenamente aplicable en función del resultado final de la actuación, es decir, más allá de considerar la posible conducta violatoria de derechos,

se debe analizar el resultado de esta acción, y si el resultado es positivo para la administración de justicia no hay discusión.

Finalizamos señalando que estas teorías no son las únicas excepciones aplicables a la regla de exclusión. No menos importante tenemos La buena Fe o el proporcionalidad, entre otras.

2.8 Derecho Humano, Derecho Constitucional o Derecho Fundamental:

Algunos estudiosos consideran que se está frente a sinónimos. Se dice que derechos humanos son todos, Derechos constitucionales todos los derechos que están dispuestos por la norma constitucional, empero para que un derecho constitucional pueda llegar a la esfera de un derecho fundamental debe superar el aspecto material, es decir debe amparar una característica innata del ser humano. Y como ejemplo son la vida o la libertad.

Jaime Bernal (2004) sostiene que “la distinción entre derechos fundamentales y derechos constitucionales se ha dejado al intérprete de la Constitución, a diferencia de los que ocurre en otros países, la constitución colombiana no indica taxativamente cuales derechos constitucionales se consideran fundamentales” (Pag.31). Si tomamos en consideración esta realidad podemos afirmar claramente que en ese mismo sentido nuestra constitución ecuatoriana también no tiene diferenciación o enunciación taxativa en ese sentido, más bien nosotros consideramos que, es el juzgador quien debe finalmente calificar a un determinado derecho como fundamental según el caso y resolver.

En relación a lo que es el derecho fundamental me quedo con el criterio de la Corte Constitucional Colombiana que en varias de sus sentencias (T-002; T-406) a definido a los derechos fundamentales como “son aquellos que se encuentran reconocidos –directa o indirectamente- en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En

otras palabras. Se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Usualmente los derechos fundamentales son derechos de libertad”

Consideramos que son derechos fundamentales aquellos que esta reconocido por al constitución de la República y que tiene la característica de rebasar el aspecto material e inmiscuye los derechos en el hombre, no siendo absolutos.

2.9 Valor Probatorio de medios obtenidos con violación de derechos fundamentales

Estamos frente a un carácter no absoluto de los derechos fundamentales, o como diría el mismo autor Jaime Bernal (2004) “Si se asume que todos tienen el mismo valor y a la vez son imposibles de limitar, no sería factible resolver los conflictos de derechos” (Pág. 33) Lo que nos lleva a pensar que efectivamente el juzgador tiene la obligación legal de ponderar, toda vez que hay casos en los cuales pareciera que dos derechos son aplicables, empero uno debe sucumbir ante otro.

Ricardo Guastini (1999) grafica la situación de la siguiente manera: “puede (ciertamente sucede muy a menudo) que dos principios entren en conflicto. Más aun algunos entienden que es un rasgo definitorio de los principios el que cada uno de ellos se encuentre en conflicto con otros, de manera que dado un supuesto de hecho al que le sea aplicable un principio siempre hay al menos otro principio igualmente aplicable” Concluyendo finalmente que los conflictos entre principios o al menos los que se dan entre principios constitucionales no pueden ser resueltos con las técnicas usadas con el conflicto de normas, “la técnica apropiada es la ponderación” (Pg. 864)

Consideramos que la ponderación básicamente no es otra cosa que dar un mayor valor a un determinado derecho en relación a otro en función de varios parámetros o circunstancias.

Estamos frente al juicio de proporcionalidad que a decir de Jaime Araujo Renteria (2006) “no es más que una relación entre medios y fines (...) respecto del fin hay que señalar que cada acción estatal tiene que perseguir un fin legítimo (..) Debe además un fin constitucionalmente permitido y relevante” (Pág. 853) y para graficar esta afirmación tenemos por ejemplos el fin es la búsqueda de la verdad, que es fin legítimo, el medio como la tortura está prohibido.

Ejemplificando un caso hipotético de este ejercicio de ponderación tenemos: a) Derecho a la verdad vs Derecho a la intimidad. Si la policía allana ilegalmente un inmueble en el cual encuentra un video grabado por el victimario en donde se lo ve en clara acción sexual en contra de la víctima menor de edad. PREGUNTA. Excluimos ese medio de prueba ilegal?

Para contestar esta interrogante tenemos el ilustrativo criterio de Jesús Casal Hernández (2002) que sostiene que efectivamente los derechos fundamentales se pueden restringir en función de ciertos criterios, señala tres: Definición del contenido del derecho, limitación de derecho y restricción del derecho.

“Definición del contenido, la consagración del derecho fundamental lleva consigo el establecimiento de sus contornos generales y permite la determinación del bien jurídico o libertad protegida por el mismo – vida, libertad personal etc.- (...) limitación del derecho se produce cuando la misma constitución después de haber reconocido una determinada libertad impone expresa o implícitamente condicionamientos, así por ejemplo la libertad de expresión resulta necesariamente comprimida por el derecho al honor e intimidad (...) Restricción del derecho puede ser concebida como la imposición por la Ley aunque con base a la Constitución.(Pág. 113)

En suma al analizar el caso estaríamos en el siguiente ejercicio: Definición del contenido: Libertad Sexual, Limitación de derecho: Derecho a libertad sexual frente a prohibición de violencia sexual a menores; Restricción, la violencia sexual se sanciona de conformidad al COIP.

Podemos finalizar diciendo que en base a este análisis de ponderación concluyendo que el derecho que se puede restringir es el de intimidad y en consecuencia la prueba obtenida ilegalmente es válida. Insistiendo que solo en casos determinados en función de sus características.

Sobre este la validación de medios de prueba ilícitos o ilegales también hay una serie de ejemplos, Así el caso Hudson VS Michigan que la Corte Suprema de Estado Unidos admitió como válidas las pruebas obtenidas con vulneración de la regla *knok and announce* –llamar antes de entrar- Los agentes esperaron de 3 a 5 segundos para entrar a la vivienda y encontrar cantidad de estupefacientes, se adujo que esa entrada transgredió el derecho constitucional de la 4ta enmienda y presentó solicitud de exclusión, pero finalmente la Corte decidió aceptar la evidencia.

Concluimos el presente capítulo reseñando que las partes cuentan con los medios legales para justificar sus afirmaciones, con la presentación de medios de prueba documental, pericial y testimonial, contando con una serie de principios como el de libertad probatoria que está siempre sujeto a limitaciones, no se puede aceptar cualquier cosa, y finalmente aclarado como esta sobre ilicitud e ilegalidad de prueba hemos llegado a concluir que, en función de las características del caso el juez de garantías penales bien puede aceptar un medio probatorio que, prima facie pudiere ser violatorio de derechos fundamentales, claro con la debida fundamentación constitucional y legal.

En función de este análisis investigativo corresponde ahora analizar las decisiones tomadas por los jueces de garantías penales a efectos de establecer si se está actuando correctamente,

verificando la aplicabilidad de norma constitucional, de criterios jurídicos diversos, y finalmente llegar a saber si la toma de decisiones judiciales tiene base únicamente legal o también doctrinal.

CAPITULO III ANALISIS DE CASOS

Al haber analizado importantes criterios, especialmente de países amigos y la poca doctrina nacional, nos atañe ahora analizar los casos prácticos que se han dado en los Juzgados de la Provincia de Chimborazo. Para lo cual hemos obtenido las resoluciones emitidas en las Unidades Multicompetentes y más abajo se analiza una resolución del Tribunal de alzada a efectos de saber si hay coherencia, coincidencia o divergencia entre jueces de las Unidades Judiciales Multicompetente, y estos con los de segunda instancia. Pasaremos revista en primer término al criterio jurisprudencial. Es necesario aclarar que, eventualmente hay otros casos que por ser intrascendentes no se los toma en consideración.

3.1. Las concepciones de prueba ilícita e ilegal en la Jurisprudencia.

La poca o casi inexistente doctrina ecuatoriana en esta parte se ha hecho presente en varios fallos, si bien no hemos encontrado una definición de los que estamos hablando, sin embargo hay algunos que recogen ideas que nos dan la pauta de los temas.

Por ejemplo la Corte Suprema de Justicia dentro del caso N.- 491-03 del 25 de Noviembre del 2003, al resolver en última instancia un caso de Tráfico de Drogas, al constatar que la policía ingreso sin orden alguna y encontró sustancias sujetas a Fiscalización, refirió: “ ...datos contrapuestos de los cuales la Sala infiere una trama de dudosa, imprecisa e inconsistente actuación probatoria policial, inclusive irrumpiendo dichos agentes como auxiliares de justicia en

un domicilio privado sin mandato judicial según se aprecia de autos lo que viola el numeral 12 del Art. 23 de la Constitución (...) permite a esta sala deducir en sana crítica que no hay prueba actuada conforme a derecho ...”

3.1.1 Caso 1: Uso Doloso de Documento Falso.

Hechos: La señora XXX en su calidad de Registradora de la Propiedad del Cantón Cumandá con fecha 21 de Enero del 2013 emite un Certificado falso mediante el cual hace constar el 50% del predio denominado La Maravilla de propiedad de la señora Ana Montero sin hacer constar que el mismo bien posee una Prohibición de enajenar emitida en legal y debida forma por un juez Civil en un juicio anterior. Este documento Certificación falso sirvió de base para la inscripción de un contrato de compra venta.

Diligencias y Pericias principales: Tramitada que fue la Instrucción Fiscal por un presunto delito de Uso Doloso de Documento Falso Tipificado y sancionado por el Art. 328 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, el ente investigador dispuso la práctica de una serie de diligencias investigativas a efectos de lograr establecer la existencia del delito y las posible participación de la procesada, de entre las cuales, las más relevantes se encuentran: a) Versión del denunciante y la procesada. b) Obtención de los documentos existentes en la notaria. c) Documentos que acreditan funciones de la procesada. d) Versiones de empleados de la notaria y del Lugar donde se desarrolla el presunto hecho. e) Versiones de los presuntos perjudicados. f) Pericia de Reconocimiento del lugar de los Hechos. g) Pericia de Documentológica.

En Audiencia de Evaluación y Preparatoria de Juicio la defensa de la Procesada solicita la exclusión de varios medios de prueba ofertados por Fiscalía.

Criterio del Juzgador: “En mi calidad de Juez Garantista del derecho de las partes se ha excluido las pruebas presentadas por Fiscalía como son el Reconocimiento del Lugar de los Hechos y el Informe Documentológico por haber sido presentados en forma extemporánea conforme lo dispone el artículo 76 numeral 4 de la Constitución de la República, por otro lado se recalca que la defensa ha solicitado que se excluya los certificados que obran de Fs. 174, 175 lo cual no se ha otorgado en virtud de que han sido pruebas obtenidas conforme a la Ley”

Análisis: En primera instancia se debe señalar que el juzgador en el presente caso ha procedido a excluir dos medios de prueba de importancia trascendental para la Fiscalía. Bien sostiene inicialmente al clarificar que su actuación procesal es, en su condición de Juez Garante. Hemos analizado de forma sucinta pero clara el nuevo rol de un Juez en el sistema acusatorio, básicamente se convierte en actor principal y vigilante celoso del debido proceso y respeto a los derechos.

Es precisamente esta condición técnica relevante del Juez Garante que le obligaba al juez a motivar su decisión de exclusión. Hecho que no se cumple, pues conforme se observa el juez fue requerido sobre la exclusión de varios medios de prueba, (nótese que la juez refiere en forma errada a lo excluido como pruebas cuando no lo son) de los cuales se excluye dos sin la más mínima motivación jurídica y resaltando únicamente que se lo hace por haber sido presentados en forma extemporánea, y como basamento legal señala el Art. 76 núm. 4 de la Constitución.

Cabe preguntarse ¿la presentación de medios de prueba en forma extemporánea son susceptibles de exclusión? Pues no, ya que de lo analizado anteriormente se ha clarificado que este caso entraña una violación infraconstitucional, y hasta reglamentaria; y este hecho evidentemente no afecta de manera seria el debido proceso, pues bien puede discutirse sobre su contenido en Audiencia. No afecta el derecho de defensa ni ningún otro derecho por el cual se pueda cuestionar en ese momento.

Además el invocar como fundamento de exclusión el Art. 76 numeral 4 de la Constitución nuevamente es un error porque esa norma se refiere a la prueba ilícita, esto es la que vulnera derechos constitucionales, y no es del caso, en realidad se trata de una prueba ilegal, según nuestro estudio por ser violatoria de un procedimiento, pero que evidentemente no afecta de manera seria el proceso, por lo que, , analizada de una forma adecuada seguro no se la hubiera excluido porque al haberse presentado los informes fuera del plazo concedido es solo un tema formal que no afecta derechos de las partes. El Juez debía tomar en consideración la norma constitucional que refiere que no se sacrificara la justicia por la omisión de formalidades.

Así el Art.169 de la Constitución entre otras cosas señala: “...No se sacrificara la justicia por la sola omisión de formalidades...” y recordando el estudio inicial del debido proceso habíamos concebido a aquel como un conjunto de normas y procedimiento que contiene derechos y garantías mínimas bajo la vigilancia de un juez. Es decir el juez debe salvaguardar básicamente que no se violen derechos o garantías en el proceso. Nos referimos a algunas de las principales garantías, como la defensa, y el presente caso no se viola el derecho de defensa porque el derecho de defensa aun esta incólume toda vez que aún no se llega a la audiencia de juicio oral donde las partes ejercitan su derecho de defensa con los cuestionamientos pertinentes en relación a la pericia. Otro de las garantías del debido proceso referido es la igualdad, derecho que también no ha sido violentado toda vez que las partes al presentaran sus pruebas ante el tribunal competente. Estudiamos el principio de motivación el cual si ha sido violentado por parte del juez en perjuicio de la parte a la cual le perjudica la exclusión del medio de prueba ya que el Juez no hace un análisis técnico jurídico del motivo por el cual excluye.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara en señalar que: “Meras Formalidades no pueden sacrificar la justicia que se pretende obtener al acudir a un sistema procesal, sin que por ello se deje de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes” (Caso la Última Tentación de Cristo.- Se refiere una demanda contra Chile por prohibir la exhibición de la película La última Tentación de Cristo. Finalmente la Corte resolvió que Chile violó el derecho a libertad de pensamiento y expresión)

Del análisis doctrinario supra referido tenemos que las partes gozan del principio de libertad probatoria que en suma presentar medios de prueba con la limitación que sean pertinentes. En el caso que nos ocupa, evidentemente los medios de prueba presentados cumplen el parámetro de pertinencia, de más está decir que el medio de prueba es también el permitido por la Norma Penal como pericial.

Pensamos que la Juez erró en su apreciación y análisis jurídico que trajo consigo un tremendo perjuicio para el Estado en su afán de lograr sancionar un delito, y viendo más amplio el panorama la sociedad se privó de tan anhelada justicia. La Fiscalía se quedó desarmada, acudió a una batalla legal sin los recursos necesarios para una buena lid.

3.1.2 Caso 2: Accidente de Tránsito con muertos.

Hechos: El día 25 de Junio del 2016 a eso de las 18h00 aproximadamente un vehículo institucional de la Universidad Estatal Península de Santa Elena, en el Sector denominado limones de la vía Riobamba-Pallatanga fue parte en un accidente de tránsito del tipo pérdida de pista y volcamiento de varios ciclos. Como consecuencia de este percance automovilístico tenemos que tres docentes perdieron la vida. El principal sospechoso es el conductor del vehículo.

Diligencias y Pericias principales: Tramitada que fue la Instrucción Fiscal por un presunto delito de Tránsito con fallecidos Tipificado y sancionado por el Art. 377 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal el ente investigador dispuso la práctica de una serie de diligencias investigativas a efectos de lograr establecer la existencia del delito y las posible participación de la procesada, de entre las cuales, las más relevantes se encuentran: a) Versión del procesado. b)

Pericia de Autopsia Médico Legal. c) Documentos del Vehículo, permisos, autorización. d) Pericia Técnico Mecánico. e) Pericia de Reconocimiento del lugar de los Hechos.

En Audiencia de Evaluación y Preparatoria de Juicio la defensa de la Acusación Particular solicita la exclusión, de varios medios de prueba anunciados, entre ellos de la pericia de Reconstrucción de los hechos basados en que el informe final de esta pericia fue presentado tiempo después de haber concluido el plazo de instrucción fiscal y varios días después de lo dispuesto por la Fiscalía.

Criterio del Juzgador: En la parte pertinente el juez señala: “ Dicho anuncio de prueba carece de eficacia por lo que procede a excluir de conformidad a los establecido en el Artículo 76 numeral 4 (...) considerando que dicho informe de Reconstrucción de los Hechos ha sido remitido al señor Fiscal, según consta de la Comisión de Transito el 5 de Septiembre del 2016 y este a su vez agregado con fecha 15 de Septiembre del 2016 excediéndose los plazos dentro de los cuales en la etapa de Instrucción Fiscal debía realizarse dicha experticia; por tanto la Reconstrucción del Lugar no pudo ser presentada como medio de prueba por ser ineficaz y había precluido la etapa correspondiente, dicho medio de prueba queda excluido”

Análisis: El Juez de la causa previo a decidir se refiere a los documentos objetados, en relación a fechas y motivos de su decisión, que incluyen análisis del reglamento de peritos, por lo que creemos que de alguna manera hay la motivación requerida en derecho para sustentar lo decidido, lo que pasa es que este ejercicio de motivación es el equivocado. Afirma el juez que el informe cuestionado se cumplió fuera del tiempo de Instrucción Fiscal, hecho que no es así, siendo lo real que se anexó al expediente una vez terminada la Instrucción Fiscal, y este hecho de por si no es causa suficiente para la exclusión.

Bajo el criterio de libertad de prueba la Reconstrucción de los Hechos es una prueba pertinente, el hecho de que se la haya anexado una vez terminada la Instrucción Fiscal no le invalida, pues no estamos frente a algo de tipo ilícito, peor aún de tipo ilegal. Por más cierto el Código Orgánico

Integral penal al respecto en el Art. 592 inciso final determina con absoluta claridad: “ ..No tendrán valor alguno las diligencias practicadas después de los plazos previstos ...” De ahí que insistimos que ni siquiera estamos frente a una acción ilegal porque solo se adjunta en forma posterior y ello no afecta ningún derecho.

Bajo el criterio de prueba ilícita jamás pudo excluirse por cuanto no viola derecho fundamental alguno y de la misma forma bajo el criterio de prueba ilegal jamás pudo excluirse por cuanto no viola ninguna norma secundaria.

Una vez más la equivocada concepción de que toda violación a norma se encaja en el mandato del Art. 76 numeral 4 ocasiona una decisión que perjudica a una de las partes. Creo que este pensamiento se está generalizando a nivel de jueces de primera instancia, que además utilizan como salida en estos casos es la nulidad, que también es un recurso perjudicial para una de las partes y no es analizada en debida forma. Cuando un juez detecta que algún medio de prueba fue presentado con violación a la norma no necesariamente debe anular el trámite sino debe excluir ese medio de prueba.

Para concluir en este caso la decisión del Juez, si bien afecta a la estrategia probatoria, más no fue decisoria, ya que se contaba con otros medios de prueba para establecer la existencia del hecho y la responsabilidad penal.

3.1.3 Caso 3: Pronunciamiento de la Corte Provincial de Justicia Chimborazo

Hechos: “El día 26 de Octubre del 2015 a eso de las 12:10 en las calles José María Velasco Ibarra y José Torres Castellano del Cantón Pallatanga se suscitó un accidente de tránsito entre los

vehículo motocicleta de placas HE584Q y un vehículo Camioneta de placas LBZ158, del cual se produjo Daños Materiales

Diligencias y Pericias principales: Tramitada que fue la Instrucción Fiscal por un presunto delito de Transito con Daños Materiales Tipificado y sancionado por el Art. 380 inciso final del Código Orgánico Integral Penal el ente investigador dispuso la práctica de una serie de diligencias investigativas a efectos de lograr establecer la existencia del delito y las posible participación de la procesada, de entre las cuales, las más relevantes se encuentran: a) Versiones. b) Pericia Técnico Mecánica de los vehículos. c) Documentos de los Vehículos d) Pericia de Reconocimiento del lugar de los Hechos e) Pericia Médico Legal. En Audiencia de Evaluación y Preparatoria de Juicio la defensa del Procesado solicita la exclusión de los Informes Técnicos Mecánicos de los vehículos por cuanto han sido presentados tres días después de que la Fiscalía le había concedido y el Juez de la causa acepta lo solicitado y excluye los informes concluyendo finalmente con el sobreseimiento. Auto que fue apelado por Fiscalía para ante el superior.

Criterio del Tribunal de Alzada: En la parte pertinente se lee: “El Artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador categóricamente expresa que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones del orden que sean, se asegurará el derecho al debido proceso, su numeral 4) taxativamente señala: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la Ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria” En la especie la prueba desempeña una vital función para la obtención del conocimiento procesal (...) De lo actuado dentro del proceso se llega a establecer que los informes técnico mecánicos de la moto de placas HE 584 Q y la camioneta Mazda de placas LBZ0158 no fueron presentados ni incorporados al proceso oportunamente dentro del plazo señalado por la propia fiscalía (..) Por tal razón el Juez A quo excluyó del proceso dichos informes por contrarios a lo expresamente establecidos por la Constitución y normas señaladas”

Análisis: La Corte de Justicia si bien invoca expresamente la norma de exclusión del artículo 76 numeral 4 de la Constitución, concluye que el juez a quo hizo bien en excluir los medios probatorios por no haberse presentado oportunamente. Decisión que no tiene tampoco la motivación suficiente para resolver aquello, pues la Corte más allá de hacer eco de lo resuelto por el Juez de instancia, debió hacer un verdadero análisis sobre la existencia o no de violación al debido proceso. De haberse hecho el análisis probablemente no habría coincidencia.

Hay algo que la Corte menciona y es rescatable para efectos de nuestro estudio, cuando se refiere a la prueba “...en la especie la prueba desempeña una vital función para la obtención del conocimiento procesal...”, lo malo es que la corte no pasa de aquella mención. Hemos estudiado los criterios de valoración que nos trae la norma orgánica penal y que no han sido referidos por el órgano superior; Sobre la autenticidad nada se dijo, empero se trata de dos informe Técnicos de vehículos que fueron elaborados por un perito acreditado y cumplidos los requisitos son documentos auténticos por su contenido.

La Corte de Justicia no ha motivado su decisión de manera adecuada, pues el solo invocar la norma presuntamente violada no es motivar. Era su obligación emitir un criterio con una debida motivación, esto es utilizando los parámetros señalados por la Corte Constitucional por lo menos. Cabe resaltar que el argumento principal de Fiscalía es que se cumplió los parámetros del Art. 454 del COIP que se refiere a los principios que rigen la prueba como la oportunidad, inmediación, contradicción, Libertad Probatoria, Pertinencia. Y de lo que se observa la Corte nada dice de esa argumentación, no se pronuncia expresamente aceptando o rechazando la argumentación, en consecuencia ni siquiera la Corte ha resuelto los fundamentos de la apelación en legal forma.

Finalmente, esta resolución de alzada causó efecto fulminante para los intereses de la parte presuntamente afectada, pues evidentemente el juicio terminó y trajo como consecuencia la impunidad de un delito.

A manera de resumen tenemos que los jueces de la Unidad Judicial Multicompetente de los Cantones Pallatanga y Cumandá, al conocer y resolver exclusión de Medios de Prueba en Audiencia de Dictamen lo hacen de una manera ligera, poco técnica, sin la debida motivación. No se utiliza los parámetros de razonabilidad (aplicación de principios constitucionales), pues al decidir se utiliza única y exclusivamente el 76.4 de la Constitución; Lógica (coherencia), que no existe entre la argumentación constitucional y la legal. y comprensibilidad (lenguaje sencillo).

Los jueces al ser requeridos de una exclusión probatoria, en primera instancia deberían analizar si el medio de prueba es resultado de una acción ilícita o ilegal. También se debe analizar si al medio impugnado es legal pero resultado de una acción ilegal. Una vez identificados alguna circunstancia ya se puede seguir con el análisis técnico como por ejemplo si la situación entraña una vulneración grave o un tema formal y decidir. Y lo que más preocupa es que el Tribunal de alzada mantiene el mismo criterio.

Volvemos al inicio cuando se decía que en el Estado Constitucional hay que ponderar derechos en determinados casos, cuando en un caso concreto el juzgador se encuentra la existencia de conflicto de derechos constitucionales, evidentemente en la muestra analizada hay el conflicto por lo que no se pondero. Ponderar a decir de la Corte Constitucional (caso 1116-10-EP) define: “La ponderación es un método de interpretación constitucional que consiste en sopesar dos derechos constitucionales en conflicto dentro de un caso concreto, con el objeto de que atendiendo a los elementos facticos y particularidades de cada caso, el intérprete constitucional le otorgue primacía de un derecho por sobre el otro” Esto es tan claro como que, había que referirse por ejemplo al derecho a la verdad frente al sacrificio al debido proceso y concluir, hasta para resolver la misma exclusión debe ponderarse.

3.2. Excepciones a la regla exclusión.

No existe en el análisis de los jueces consideración alguna sobre aplicabilidad o procedencia de excepciones a la regla de exclusión probatoria. Como ya se dijo los jueces ni siquiera han realizado un adecuado ejercicio de motivación para excluir medios de prueba que bien pueden tratarse de formalidades legales, que no afectan los derechos de nadie, que no revisten gravedad alguna.

Me atrevo a afirmar que muchos de los jueces en general ni siquiera conocen la existencia de reglas de excepción a la exclusión probatoria. Se denota únicamente confusión en el criterio al aplicar regla de exclusión.

CONCLUSIONES:

1.- A partir de la Constitución del año 2008 en el Ecuador se desarrolla un verdadero cambio paradigmático en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el Artículo 1 señala: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...” La carta magna, con ello, aspira y espera que haya un respeto total e irrestricto de los derechos y principios ahí determinados, encaminando a nuestro país en una nueva era del derecho en su propio beneficio.

2.- Si bien es verdad el Artículo 76 numeral 4 de la Constitución señala: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la Ley no tendrán validez alguna carecerán de eficacia probatoria” establecida así la regla de exclusión. Misma que, eventualmente no puede aplicarse a todos los casos indiscriminadamente pues es necesario analizar prolijamente el caso en función de otros parámetros legales y constitucionales. En ocasiones el Juez haciendo caso de tan importante magistratura constitucional debería ponderar entre derechos en conflicto, como por ejemplo el derecho a obtener la verdad con el sacrificio al debido proceso.

Claro está que en el proceso penal pueden surgir determinados actos irregulares que según la doctrina hay unos insignificantes como no poner bien la hora de la diligencia, otros trascendentes que se pueden arreglar por pedido de parte o de oficio como aquellos que se cumplen desconociendo términos, y hay otros que afectan o vulneran derechos y cuando eso sucede hay que ponderar.

3.- En el sistema legal y constitucional ecuatoriano no existe norma expresa que refiera a la prueba derivada (frutos del árbol envenenado) por tal motivo es la puerta abierta para que el Juez constitucional valore el medio de prueba que se anuncia y, aplicando criterios de excepción pueda admitir lo que, siendo legal tiene un origen cuestionado.

4.- La poca y casi nula doctrina ecuatoriana en relación a este tema tiene un pensamiento que denota criterios arcaicos en relación a la aplicación de la regla de exclusión. Piensan que hay que aplicar la letra de la ley y no más. Nuestro criterio es que este pensamiento es está alejado un poco del Estado Constitucional de Derechos, se está negando la posibilidad de que el Juez de Garantías Penales aplique principios procesales, lo que es más, se está negando la posibilidad de que el Juez de Garantías Penales pueda, eventualmente, aplicar criterios de excepción totalmente válidos y justificados.

5.- En nuestro país aún persiste la confusión del juzgador en cuanto al término ilícito e ilegal, lo cual ocasiona grandes equivocaciones al momento de resolver.

6.- Preocupa la actitud técnica jurídica de algunos jueces de alzada que, evitan emitir criterios jurídicos con profundidad limitándose únicamente a hacer eco de lo resultado por el inferior y no más sin un verdadero aporte a la discusión jurídica de estos temas.

7.- La exclusión de medios de prueba sin la debida motivación y análisis podría violentar contra los fines del derecho: verdad, justicia y reparación. La verdad entendida como el fin primigenio y quizá el más importante del proceso penal. La justicia, ligada a la moral y entendida como como un conjunto de valores y creencias por las cuales se determina lo que es justo. Reparación como el corolario de todo y que está ligado a la restitución del derecho.

BIBLIOGRAFIA:

- **RODRIGUEZ O** (2013), *Prueba Ilícita Penal*, Bogotá, Colombia, Ediciones Doctrina y Ley
- **SOTOMAYOR G** (2016) *Principios Constitucionales y Legales*, Riobamba, Ecuador.
- **LARA B.** (2008), *prueba Judicial Análisis y Valoración*, Bogotá Colombia, Consejo Superior
- **TORRES S C** (1993), *Nulidades en el proceso penal*, Buenos Aires Argentina, Ad Hoc.
- **GARCÍA J** (2003), *Compendio de la 17 reglas del debido proceso*, Quito Ecuador, Oni
- **CARNELUTTI F** (1982), *La prueba Civil*, Buenos Aires Argentina, Ediciones Depalma.
- **FABREGA J** (2001), *Medios de Prueba*, Colombia, Ediciones Bróker
- **DUCE M** (2012), *Tratado Técnico Jurídico sobre accidentes de circulación y materias Afines*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Didot.
- **ROXIN CLAUS C** (2012), *derecho Procesal penal*, Buenos Aires Argentina, Traducción, Ediciones del Puerto.

(2003), *derecho Procesal penal*, Buenos Aires Argentina, Traducción. Ediciones del Puerto.
- **ZAVALA J** (2002), *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Guayaquil, Ecuador, Edino
- **MORAN R** (2009), *Derecho Procesal Civil Práctico*, Perú. Edil ex
- **CARVAJAL B** (2006), *Practica Procesal Penal*, Riobamba, Ecuador, Ediciones Graphics
- **MAIER J** (2011), *Derecho Procesal Penal Tomo III*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto.

(2004), *Derecho Procesal Penal Tomo I*, Buenos Aires, Argentina, Editores
Del Puerto.

- **VALDIVIEZO S.** (2017), *Los Procesos Penales*, Cuenca, Carpol
- **FERRAJOLI L.** (1989), *Derecho y Razón*, España, Trotta
- **SANTOS BASANTES J.** (2009) *El debido Proceso Penal*.
- **SANCHEZ T** (2014), *La pirámide de los delitos judiciales en un proceso Penal, Ecuador*, Tomas Sánchez.
- **FRAMARINO NICOLAS** (1994), *Lógica de la Pruebas* , Buenos Aires, Argentina, Valletta Ediciones
- **CARNELUTTI F** (1997), *Derecho Procesal Civil y Penal*. México, México Harla Ediciones.
(1971) *Derecho y Proceso*. Buenos os Aires, Argentina,
EJEA.
- **VERGARA B** (2015), *Sistema Procesal Penal*. Guayaquil, Ecuador. Murillo Editores.
- **ZAMBRANO A.** (2013), *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- **GARZON E.** (1996), *Derecho y la Justicia*. Madrid, España. Editorial Trotta.
- **FALCON ENRIQUE** (2003), *Tratado de la Prueba*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.
- **QUIROZ & LECONA** (2012), *Comentarios al Código de Procedimiento Penal*. La Paz Bolivia. Sigla Editores.
- **CAROCCA PEREZ A.** (2005), *Nueva Sistema Procesal Penal*. Santiago, Chile. Lexis Nexis.

- **TARUFFO M.** (2002), La prueba de los Hechos. Milano, Italia. Editorial Tortta.

- **MIRANDA ESTRAMPES M.** (2004), El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona, España. JM BOSH Editor.

- **ARMENTA DEU T.** (2012), Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid, España. Marcial Pons Ediciones.

- **TORRES S. GOLDBERG M** (2013), La protección de las garantías constitucionales en el Proceso Penal. Buenos Aires Argentina. Ad Hoc.

- **SOTOMAYOR GARZA J.** (2013), Introducción al Juicio Oral Penal. México, México DF. Editorial Porrúa.

- **ABARCA GALEAS H.** (2006), Fundamentos Constitucionales del sistema Procesal Oral Ecuatoriano. Quito Ecuador. Editorial Jurídica.

- **DE LA RUA FERNANDO.** (2013), Teoría General del Proceso. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma.

- **ARMIJO G.** (1997), Garantías Constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal. San José, Costa Rica. ISBN.

- **JAUCHEN E.** (1996), Tratado de la prueba en materia Penal. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores.

- **DE SANTO V.** (1994), La prueba Judicial. Buenos Aires, Argentina. Editorial Universidad.

- **BAYTELMAN A & DUCE MAURICIO.** (2007), Litigación Oral, Juicio Oral y Prueba, Bogotá Colombia. Grupo Editorial Ibáñez.

- **OYARTE R.** (2016), Debido Proceso. Quito Ecuador. Editorial CEP.

- **CASAL J.** (2002), Revista de Derecho. Montevideo Uruguay. Editorial Amalio.

- **PARRA J.** (2009), Manual de Derecho Probatorio. Editorial ABC.

