



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

“Consecuencias al Incumplimiento de la Cadena de Custodia en la Obtención de los
Elementos Probatorios”

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de
Justicia de la República del Ecuador

Autora: María Belén Coellar Tenorio

Director: Dr. Jaime Ochoa Andrade

Cuenca – Ecuador

2015

DEDICATORIA:

Dedico este trabajo de pregrado a mis padres, a mi novio Virgilio, a mis hermanos, a mis mejores amigos Benjamín y Diego por ser mi apoyo incondicional, a mis primos Manuel Patricio, Amanda y Virginia, a mis amigas Priscila, Carmen, Daniela, Estefania, Karla y a mis amigas Nuria y Alba, a mi amigo Andrés, ya que estando cerca o distantes físicamente han estado en esencia conmigo durante todas las etapas de realización de esta tesis, proporcionándome todo el apoyo, la comprensión, la paciencia, la generosidad y el amor durante esta etapa tan importante de mi vida.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi Dios, al todo y al universo, a mis padres Hermel y Cecilia, a mi compañero y también a la Universidad del Azuay en la persona de mi director de tesis, Dr. Jaime Ochoa, así como también a todos los maestros que a través de los años de estudio me han impartido sus conocimientos con paciencia, sabiduría, y especialmente porque me han compartido su cariño, amistad, y por todo el apoyo brindado.

Un agradecimiento a Juan Javier Zalamea, por ser mi guía filosófica y espiritual, y una gran fortaleza para mi vida.

Finalmente quiero agradecer, de manera muy especial, al Ab. Diego Martinez y al Ab. Juan Carlos Cordero ya que han sido guías en mi formación y han estado siempre dispuestos a compartir su amplia experiencia conmigo.

RESUMEN

La importancia de la prueba con sus garantías, reglas y conceptos básicos aplicables a nuestro actual sistema acusatorio penal oral, su influencia e impacto en la decisión de la autoridad competente. Un análisis de los medios de prueba, la valoración y evaluación de la prueba. La acción penal, el fiscal dentro del proceso y la cadena de custodia con un rol indispensable para la protección de la prueba material dentro de la investigación, el proceso penal y el posterior juzgamiento.

Las consecuencias al incumplimiento de la cadena de custodia en la obtención de los elementos probatorios, con estudio de la prueba ilícita, la prueba ilegítima, las diferentes teorías tanto de inclusión como de exclusión de la prueba ilícita. Finalizando con sugerencias hacia el tema. Un análisis doctrinario con el correspondiente asentamiento práctico normativo al sistema ecuatoriano.

ABSTRACT

This paper deals with the importance of evidence which includes its guarantees, basic rules and concepts applicable to the current oral adversarial criminal procedure system, as well as its influence and impact on the decision of the competent authority. An analysis of the evidence, assessment and evaluation of the evidence is performed. The prosecution, the prosecutor in the process and chain of custody with a crucial role for the protection of the physical evidence in the investigation, the criminal proceedings and the subsequent trial are stated.

The consequences of non-compliance of the chain of custody of the evidence, including the study of illegal, illegitimate evidence, different theories, both of exclusion and exceptions of the illegal evidence are analyzed. The study ends with suggestions on the subject; and a doctrinal analysis with the appropriate regulatory practice settlement to the Ecuadorian system.



Lourdes Crespo
UNIVERSIDAD DE AZUAY
Dpto. Idiomas



Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INDICE DE CONTENIDOS

Contenido

DEDICATORIA:.....	2
AGRADECIMIENTOS.....	3
RESUMEN	4
ABSTRACT:	5
INDICE DE CONTENIDOS.....	6
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPITULO 1	13
LA PRUEBA	13
1.1. Nociones Generales.-	13
1.1.1 Concepto de la Prueba.-	14
1.1.2 Importancia de la prueba.-	16
1.1.3 Objeto de la prueba.-	19
1.1.4 La Finalidad de la Prueba.-	22
1.1.5 Acción Probatoria.-.....	24
1.1.6 La Producción.-	26
1.1.7 Evaluación y Valoración de la Prueba.....	28

1.1.7 Breve reflexión sobre las presunciones	33
1.1.8 Medios de Prueba.-	35
1.1.8.1 La Prueba Testimonial.-	37
1.1.8.2 La Prueba Documental.-	45
1.1.8.3 La Prueba Material o Pericial	50
8.3.1 Autenticación de los objetos utilizados como medio de prueba.....	53
8.3.2 La presentación de la prueba pericial	54
8.3.3 Actos de prueba pericial	54
LA CADENA DE CUSTODIA DE LA PRUEBA	56
1.1 Generalidades.-	56
1.2 ¿Qué es la cadena de custodia?.....	67
2.3 Importancia de la cadena de custodia.	74
2.4 Etapas de la Cadena de Custodia.....	76
2.5 Conocimiento de la comisión de delitos por los policías o el agente fiscalía	76
2.6 Preservación del lugar de los hechos.....	77
2.7 Procesamiento de los indicios por las Unidades de la policía facultada para ello, o por los peritos dirigidos por la Fiscalía Nacional	80
2.8 Cuatro etapas finales.....	84

2.9 Eficacia Probatoria	88
2.10 Evidencia Contaminada.....	93
CAPITULO 3	95
LA PRUEBA ILICITA.....	95
3.1 La Legalidad de la Prueba.-	95
3.2 La Prueba Ilícita.-	103
3.3 Prueba ilícitamente obtenida.-	105
3.4 La teoría de los Frutos del Árbol envenenado.-	105
3.5 Estándares de la Prueba Ilícita.-	107
3.5.1 La Limitación de la “Fuente Independiente”	108
3.5.2 La limitación del nexos causal atenuado, tacha saneada o fuente cuasi- independiente.....	110
3.5.3- La Limitación del “descubrimiento inevitable”	111
3.6 La teoría del fruto del árbol envenenado en el Ecuador.....	112
CONCLUSIONES.....	118
RECOMENDACIONES	123
Bibliografía.....	125

INTRODUCCIÓN

El sistema penal actual se encuentra entrelazado con figuras procesales que permiten el desarrollo del debido proceso, el mismo que goza de protección tanto en garantías como derechos que constan jerárquicamente desde la Carta Magna del Estado, tratados internacionales y el conjunto de diferentes cuerpos normativos vigentes.

Sin embargo, es a partir del año 2001 que el estado ecuatoriano cambio de un sistema inquisitivo o un sistema Mixto, que concentra en el juez las funciones de acusar, defender y decidir; A un sistema esencialmente Acusatorio Oral. Con este se permite dividir las funciones de investigación a cargo del Fiscal, y también el inicio de la acción penal; dejando las actividades jurisdiccionales a cargo estricto del juez. Este nuevo modelo (por llamarlo así en razón de su corto tiempo frente al primero) presenta un proceso penal fundamentalmente con cinco etapas: la investigación o instrucción, la intermedia de control de la investigación, la de juicio, la fase de impugnaciones y la fase de ejecución de la pena.

Siendo la prueba la que juega aun rol preponderante en la investigación como en la etapa de juicio; y dentro de todas las etapas, mismo; pero es necesario aclarar y recalcar que es la etapa de juicio la que conlleva una colosal relevancia dentro de todo el proceso penal.

Es la prueba un elemento de importancia total dentro del derecho acusatorio oral penal actual, pues gracias a ella se permite y se facilita al juzgador la toma de la decisión,

relacionada directamente con la culpabilidad del investigado, y simultáneamente establecer su responsabilidad penal y su posible sanción. Así por el contrario de no ser clara la prueba obtenida se procede a eliminarla definitivamente por la no existencia de elementos tales que demuestren la responsabilidad del acusado.

Abordar la cadena de Custodia es indispensable pues es una forma mediante la cual se incorpora al procesos aquellos elementos obtenidos del delito, y que por ser de vital importancia gozarán de una recolección, traslado, vigilancia, protección y mantenimiento, durante todo el proceso investigativo, judicial e inclusive hasta con posterioridad a la sentencia. Mas, sin embargo y por eso es el motivo de este estudio, la cadena de custodia en nuestro sistema goza de algunas irregularidades, me refiero con claridad al mal manejo por el personal tanto de criminalística como de las demás entidades públicas y privadas que acuden al sitio del delito; también mal manejo y cuidado por falta de conocimiento y especialidad de los encargados; la falta de materiales e inclusive el lugar físico donde se mantiene la evidencia obtenida.

Es por esta razón, que el objetivo de esta tesis analizar la prueba y sus elementos en relación con el la cadena de custodia y lo que respecta al nuevo Código Orgánico Integral Penal, con una visión dogmática y legal de estas instituciones penales dentro de nuestro sistema penal acusatorio. Todo este análisis con el fin de comprender en lo que degenera el incumplimiento de la cadena de custodia de los elemento probatorios, o lo que conocemos como prueba ilícita dentro del proceso penal.

Finalmente se buscará profundizar el tema con las conclusiones y principalmente las recomendaciones que voy aportar al tema, pues constituye la parte medular, pues si bien la problemática del sistema procesal penal, existe, se desarrolla en la práctica y genera inseguridad a todo el sistema jurídico del país, es indispensable generar alternativas y posibles soluciones que como estudiante de pregrado puedo aportar del análisis realizado.

La vinculación de la seguridad jurídica con el principio de legalidad la interrelación estrecha con este principio pues su participación es trascendental en un Estado Constitucional de justicia.

CAPITULO 1

LA PRUEBA

1.1. Nociones Generales.-

Dentro de un estado constitucional de derechos como es el caso del Ecuador la existencia del derecho procesal conlleva como finalidad la sanción de una conducta humana con la mayor severidad dependiendo la afectación hacia la sociedad y convivencia en armonía. Es así, que el derecho penal está en juego la mayor pena que puede poseer un estado, y nos referimos a la privativa de libertad.

Cuando hablamos del derecho penal ecuatoriano establecido en la Constitución de Montecristi, nos referimos a el medio por el cual conseguimos la realización de la justicia; ligado directamente al principio de unidad jurisdiccional, es decir el sometimiento de todos los ciudadanos a un ordenamiento jurídico prestablecido y garantista, por lo que es, en verdad inconcebibles los mecanismos de justicia indígena, que destruye ineludiblemente el principio aquí mencionado.

No es solo el proceso lo que prevalece para el Derecho Penal, sino también al respeto y la aplicación efectiva de todas las garantías establecida para el debido proceso y que se fortalecen en el cumplimiento de los principios de comunidad de prueba, inmediación, celeridad y eficiencia. La sustanciación de un proceso deberá efectuarse en base a los principios de oportunidad, contradicción, libertad probatoria, pertinencia, exclusión e inmediación a través de la presentación de la prueba y su correspondiente contradicción, en

base a un sistema acusatorio penal moderno de oralidad y de igual de oportunidades para la prueba, según lo establecido en el 454 del COIP.¹ (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014)

El cambio del sistema inquisitivo a un sistema mixto a partir del año 2001 en el Ecuador permite tener por una parte a un juez que se ocupará de todo lo jurisdiccional y; por otra parte a un fiscal encargado de la investigación del delito y de la acción pública de ser este el caso.

Dentro de este sistema acusatorio penal oral es necesario diferenciar a la prueba que es aparejada como una garantía en derecho penal o del debido proceso, de la prueba que primordialmente posee dos roles procesales fundamentales: el primero en la demostración de la verdad al juez, de lo que sucedió en un momento anterior, partiendo del simple hecho conocido que podría llegar a conocimiento del juzgador y, segundo que esta verdad sea tal y sensata que se puede demostrar la existencia, la violación o no del derecho, permitiendo aportar al juzgador el convencimiento y certeza del hecho para su final decisión.

1.1.1 Concepto de la Prueba.-

Partiendo de la etimología el termino la prueba proviene, del adverbio “probe”, que quiere decir honradamente, esto para algunos por creerse que aquella persona honrada va a

¹ *Codigo Organico Integral Penal (COIP)*. (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

probar lo que tiene como pretensión, para otros se dice también que ella viene del latín “probus” que quiere decir bueno, correcto, honrado

Finalmente, también entendida con el término “probandum”, que su significación se dirige hacia confiar, hacer fe, ratificar, experimentar, aprobar, patentizar, , como lo expresan varias leyes del derecho romano.

El maestro Devis Hechandia señala que:

“La noción de prueba está presente en todas la manifestaciones de la vida humana”² siendo en “las ciencias y actividades reestructivas donde... adquiere un sentido preciso y especial, que en sustancia es el mismo que tiene en derecho” (VACA ANDRADE, 2015, págs. pp-283)³

Para el autor José Vicente Cervanate, citado por (GUERRERO VIVANCO, Los Procesos Penales, 2002, pág. pp. 10), sostiene que:

“La prueba ha de entenderse principalmente como la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, o bien la producción de los actos o elementos de convicción que somete el litigante, en la forma que la ley previene, según derecho para justificar la verdad de los hechos alegados.”⁴

² VACA ANDRADE, R. (2015). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Tomo II*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.pp.283

³ Ídem

⁴ GUERRERO VIVANCO, W. (2002). *Los Procesos Penales*. Quito : PUDELECO . pp. 10

Es a través del derecho penal que se busca reconstruir los hechos de manera formal con el fin de obtener la posesión de una hipótesis o una afirmación precedente que permita mostrará la existencia de una infracción o responsabilidad de los presuntos responsables, en la etapa de formulación de cargos en la Instrucción Fiscal, y que en efecto estarán sujetos a una ulterior y formal comprobación.

Para el autor Francisco Carrara:

“La prueba es todo lo que sirva para dar certeza acerca de la verdad de una proposición.” (VACA ANDRADE, 2015, pág. pp.283)⁵

En términos procesales, la prueba consiste en todas las razones, de las cuales surgen elementos que se ha implantado en el proceso, y que tienen como función el alcanzar esclarecimiento y la convicción de la existencia del delito al juez sobre los hechos para que pueda tomar una decisión de juzgamiento o no.

1.1.2 Importancia de la prueba.-

El objetivo del derecho penal se ha desarrollado en la medida que el busca establecer una sanción a una conducta del hombre y que con esta se afecta la interrelación con la sociedad, evitando la armonía en la convivencia, por lo que, es este el derecho llamado a velar por el interés colectivo, pues conoce claramente las consecuencias de una conducta y su respectiva sanción a quienes adecuaron su actuar dentro de estas conductas.

⁵ VACA ANDRADE, R. (2015). Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Tomo II. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A. pp. 283

En el caso del Ecuador nuestra Constitución de la Republica y con posterioridad el Código Orgánico Integral Penal nos dice que el sistema procesal actúa como medio para la justicia; de tal manera que se protegerá a un sospecho a que tenga un debido proceso de juzgamiento, de tal manera que todos aquellos otros medios de castigo empleados por la justicia indígena –reconocida también en nuestra constitución- estarían fuera del concepto del derecho penal.

En lo que respecta a el Derecho Penal el permite la existencia y desarrollo de un proceso preestablecido pero en mayor importancia él quiere que se efectivicen todas aquellas garantías recogidas en los cuerpos normativos en lo que respectan a un correcto desarrollo del debido proceso. Y nos referimos a este concretamente con el respeto y aplicación directa de los principios de inmediación, celeridad, eficacia, comunidad de prueba.

Para los principios dispositivos de concentración e inmediación la ley dispone que será durante la sustanciación de un proceso donde se debe incluir tanto la presentación como la contradicción de las pruebas, mediante el sistema de oralidad que se encuentra vigente en nuestro ordenamiento y que, poco a poco busca propagarse, consolidarse dentro en todas las ramas.

En lo que nos respecta, la prueba tiene como finalidad dentro del proceso penal la demostración de una verdad equilibrada, que permita entender el ánimo del titular del órgano jurisdiccional conjuntamente con la certeza de la existencia o no existencia del hecho

material. En este sentido la prueba se entiende como garantía en derecho penal, y se distingue del simple conocimiento del hecho.

Pues es mediante la prueba que se demostrara al juez la violación de la norma penal, a pesar de que el no haya presenciado, vivido o visto por sí mismo. Por lo tanto la facultad del juez le permite hacer un análisis de los hechos y evidencias obtenidas del pasado que permitirán reconstruir lo sucedido, en actuación junta a su capacidad lógica, mediante un juicio crítico.

Dentro de las primeras nociones de la prueba es el autor (FRAMARINO DEI MALATESTA, 1964, pág. pp. 11) que nos establece que:

*“La mente humana puede encontrarse, con respecto al conocimiento de un hecho, en estado de ignorancia, o ausencia de todo conocimiento; en esta de credibilidad, en sentido específico, es decir, de igualdad de motivos en cuanto al conocimiento afirmativo y al negativo; en estado de probabilidad, que es el predominio del conocimiento afirmativo, y en estado de certeza, que es conocimiento afirmativo y triunfante.”*⁶

A lo que el mismo autor nos clarifica diciendo que:

“La certeza es un estado subjetivo del espíritu, que puede no corresponder a la verdad objetiva. Pero certeza y verdad no siempre coinciden, pues algunas veces estamos ciertos de lo que objetivamente es falso; otras dudamos de lo que es objetivamente

⁶ FRAMARINO DEI MALATESTA, N. (1964). Lógica de las Pruebas. Tomo II . Buenos Aires: General Lavalle. Pp. 11

verdadero; y la misma verdad que le parece indudable a alguien, en ocasiones le parece dudosa a otro, y hasta falsa a un tercero” ⁷ (FRAMARINO DEI MALATESTA, 1964, pág. pp. 13)

Continuando la línea de los cita del autor lo que se busca es la certeza del juez penal del hecho ilícito que se forma mediante operaciones mentales lógicas del análisis, verificación, y comparaciones objetivas de las pruebas, evidencias y afirmaciones realizadas en la audiencia de juzgamiento. Con el fin del alcanzar un convencimiento pleno sobre la veracidad del hecho punible.

De no existir esta certeza, es decir de presentarse la duda, o una inseguridad por parte de los jueces penales, a estos les corresponde absolver al acusado, pues no existen un conocimiento total de los hechos, y solamente se tiene un conocimiento parcial de lo sucedido, en estos casos se aplica el principio romano pero aun aplicado y vigente del Indubio pro reo, es decir en caso de duda, se resolverá a favor del reo.

1.1.3 Objeto de la prueba.-

Cuando nos referimos a esta idea nos parece directamente a todos aquellos que puede ser susceptible de ser probado, como por ejemplo hechos naturales, psíquicos, humanos, físicos. La existencia y características de personas, cosas, o lugares. Y también los usos y

⁷ FRAMARINO DEI MALATESTA, N. (1964). Lógica de las Pruebas. Tomo II . Buenos Aires: General Lavalle .pp. 13.

costumbres comerciales o financieros, refiriéndonos con estos últimos aquellos elementos que encontramos en la experiencia empleada en ciertos oficios.

Existen claramente situaciones que no requieren ser comprobados por su notoriedad eminente, como la existencia de un derecho positivo vigente, el presidente de República, entre otros que aunque es conocimiento general en muchos casos en la práctica ciertos fiscales solicitan prueba escrita de ciertos hechos.

Nos referimos de forma general a la concepción misma del objeto de la prueba en abstracto, sin embargo también dentro de este se encuentra también la idea del objeto de la prueba en específico y se refiere ya aquellos hechos relacionados directamente con el hecho delictivo y que de una u otra forma se encaminaran para comprobar la existencia de aquellos elementos constitutivos de la acción que se presume delictiva, tanto sea en la acción pública como en el caso de la acción penal privada. Nos referimos dentro de este concepto a todo aquello que podría transformar, modificar, atenuar, agravar, establecer autores, cómplices, encubridores. En resumen la responsabilidad del procesado en razón de la existencia o no de la infracción. (VACA ANDRADE, 2015) ⁸

El objeto de la prueba es demostrar la existencia del delito, siendo las partes con el uso de su libertad probatoria apegados a la ley y, sin afectar derechos, los que aportaran la prueba y luego probaran que los hechos existieron o no. El juez verificara la existencia del delito aplicara la normativa e a su vez la interpretara ley mediante su sana critica, de esta

⁸ VACA ANDRADE, R. (2015). Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Tomo II. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.

manera podrá tomar una decisión a través de una sentencia condenatoria u absolutoria, o también dependiendo del caso podrá decretar un auto de sobreseimiento provisional o definitivo.

Dentro de este ambiente se distinguen dos objetos de la prueba diferentes es así que el autor (DEVIS ECHANDÍA, Teoría general de la prueba judicial. Quinta Edición. Tomo I, 1981) nos dice:

“Al objeto abstracto de prueba y al objeto concreto de prueba; el primero está constituido por todo aquello susceptible de ser probado o sobre lo cual puede recaer prueba, sin relación con el proceso o procedimiento en particular, en cuyo caso, la prueba es general, sin considerar un caso en concreto, lo que se denomina pruebas penales en abstracto; el objeto concreto de prueba está constituido por aquellos hechos que directa o indirectamente tienen relación con la materia debatida o que ha sido propuesta en un proceso o procedimiento.”⁹

La comprobación del delito como objeto de la prueba permite que sea a través de los demostración de los hechos aportados en la prueba los llegaran a establecer la imputación del acusado, derecho probatorio sin importar su naturaleza con el fin de esclarecer el delito, la obligación probatoria es inminente, sin embargo como sabemos en el caso de delitos sexuales por ejemplo en el caso de violación basta declaración de la víctima.

⁹ DEVIS ECHANDÍA, H. (1981). Teoría general de la prueba judicial. Quinta Edición. Tomo I. Bueno Aires: Victor P. de Zavalía. Pp 165

Con lo dicho establecemos que el objeto de la prueba es que la Litis se resuelva considerando siempre la prueba presentada por las partes procesales, terceros y todos los que tuvieron oportunidad para presentarla, probarla y contradecirla dentro del proceso, en consecuencia se evita la indefensión procesal como garantía claramente preestablecida en la constitución. Existen dos circunstancias claves cuando nos referimos a esta prueba y es la pertinencia, es decir los hechos probatorios deben estar vinculados al proceso y la demostración del ilícito, y por otro la utilidad para proporcionar la certeza al juez se refiere a que ella debe ser positiva e idónea.

1.1.4 La Finalidad de la Prueba.-

La prueba tiene como finalidad llevar al juez del convencimiento de que los hechos ocurrieron de una forma y no de otra, es así también que permite establecer la responsabilidad del acusado, así lo establece el Art 453 del COIP.

De lo dicho, y en términos del autor (ODERIGO, 1978):

“El procedimiento judicial es por lo tanto, en gran medida, un método, jurídicamente regulado, también de investigación histórica, ciertamente pues uno de sus fines, según analizaremos con posterioridad, radica en el conato de ahondar sobre la verdad acerca de una hipótesis sea esta histórica, positiva o negativa, formando con esto el objeto del procedimiento.”¹⁰

¹⁰ ODERIGO, Mario A. (1978). Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Buenos Aires. p. 279.

Dentro de este subtema existen algunas teorías que han sido planteadas, por su importancia he tomado tres.

- a. Para Francesco CARNELUTTI, establece el sistema de tarifa legal, que pretende con esta teoría fijar los hechos materia del proceso, a través de la apreciación de la prueba. Sin embargo en el avance de la civilización moderna podríamos decir que es una teoría que ha caído ya en desuso.
- b. La segunda no menos importante es la establecida por el autor BHETMAN, en la que se busca la verdad de la prueba. Esta encuentra su contradicción en que en el final del proceso se puede o no llegar a la verdad ontológica de las cosas, pues en realidad en la decisión judicial es el resultado de todo el proceso.
- c. Esta última busca el convencimiento del juez del hecho. De tal manera que la verdad es objetiva y que la certeza es subjetiva del juzgador al momento de realizar el fallo.

Dentro del contexto de la finalidad de establecer la responsabilidad del hecho delictivo es necesario efectuar una investigación para la demostración del hecho criminal con una verificación, del tiempo, del grado de responsabilidad que se puede dar al sospechoso; pero, con una perspectiva lógica, la comprobación de la existencia de una infracción penal ajustable al tipo, es anterior al establecimiento del culpable, por cuanto sin la existencia de un hecho u omisión punibles, no podría existir responsabilidad penal. (ODERIGO, 1978)¹¹

En resumen y lo que la doctrina tradicional, relativamente similar a la actual ha tomado como finalidad probatoria son tres dentro de un proceso:

¹¹ 9 ODERIGO, Mario A. (1978). Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Buenos Aires. p. 279.

1. Establecer la verdad
2. Fijar los hechos materia del proceso
3. El convencimiento del juzgador o el determinar su certeza subjetiva

1.1.5 Acción Probatoria.-

Entendido el concepto de prueba, nos surge a continuación la necesidad diferenciar con acción penal pues esta última es una garantía que poseen las partes para que las alegaciones que ellas realicen sean precisas y el órgano jurisdiccional actividad tutelar pretende con esta actividad obtener la certeza procesal.

Según el autor (PELLEGRINI, 1997, pág. pp. 308) consiste en:

*“La actividad probatoria corresponde al conjunto de actos destinados a obtener la incorporación de los elementos de prueba al proceso, que se desarrolla en cuatro momentos denominados proposición, admisión, rendición, y valoración.”*¹²

En el caso ecuatoriano, el sistema acusatorio y procesal penal, entiende a la acción probatoria como todas aquellas actuaciones realizadas en la etapa de juicio, en la audiencia de juzgamiento específicamente por los sujetos procesales, con el fin de alcanzar la veracidad

¹² PELLEGRINI, A. (1997). Pruebas Ilícitas en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal. (Buomadre J., Coordinador). Buenos Aires : Abeledo, Perrot . pp. 308

Este autor nos dice que la actividad probatoria tiene cuatro momentos que son; proposición, admisión, producción y apreciación. Mientras que en la mayor parte de la doctrina dice que esta actividad tiene tres momentos: producción, recepción, y valoración, con diferencias de forma y fondo, Velez Mariconde cita a Manzin Messina y Fenech.

y certeza de los hechos materia que se discuten en juicio. Dentro de estas actuaciones tenemos los testimonios urgentes y en el actual COIP el Art. 502 inciso primero en lo que a este tema respecta, establece:

“La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio. En el caso de audiencia fallida, y en los que se demuestre la imposibilidad de los testigos de comparecer a un nuevo señalamiento, el tribunal, podrá receptar el testimonio anticipado bajo los principios de inmediación y contradicción.”¹³

Existe diferentes acciones probatorias dentro de nuestro sistema penal ecuatoriano, y este existe como un derecho fundamental protegido y garantizado por nuestra Constitución, de tal manera que la prueba la podemos entender como todas aquellas actividades conjuntas que tienen como fin que el Tribunal de Garantías Penales pueda tomar una decisión justa y certera, ya sea esta condenatoria o absolutoria para el acusado.

Sin embargo es pertinente diferenciar esta actividad de aquella que realiza el fiscal durante la etapa de instrucción fiscal que busca aquellos elementos de convicción de cargo o de descargo, es decir los elementos de convicción, con el objeto de cimentar de forma clara sus fundamentos, que pasaran luego en la etapa intermedia a la valoración por parte de juez,

¹³ Código Orgánico Integral Penal, 2014, Registro Oficial, Cit. Art. 502

es decir ya como elementos probatorios , el mismo que emitirá su auto resolutorio, y finalmente si considera la existencia de los elementos y en merito procesal dicta el auto de llamamiento a juicio del imputado, cuando por parte del fiscal exista la acusación.

Para Devis Echendia según lo establece (VACA ANDRADE, 2015, pág. pp. 314)al referirse a la naturaleza jurídica del acto probatorio no dice que;

“Consideradas desde el punto de vista de su aportación al proceso, sea como actividad del juez o de las partes o sea como los diversos medios utilizados para obtener el convencimiento del juzgador sobre la existencia o inexistencia y las características de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, las pruebas son actos jurídicos procesales, porque en ellas interviene la voluntad humana”¹⁴

1.1.6 La Producción.-

Cabe mencionar que nuestro sistema actual, la oralidad se hace presente en la actividad probatoria, en el caso de delitos de acción pública ellos serán presentado en la audiencia de juicio, es así que alegatos, acusaciones, las pruebas, los testimonio de los sujetos procesales serán de forma oral. Cabe decir también que existen situaciones excepcionales donde se admitirá las peticiones, argumentos en escrito, como es el caso de sordos, extranjeros o personas que no conozcan el castellano entre otros casos en particular.

¹⁴ Vaca Andrade, Ricardo; Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, Ediciones Legales, Quito-Ecuador,2015, pg 314

El Art 454 del (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014) nos dice al respecto:

“Es anunciada en etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio.”¹⁵

En lo que respecta a los elementos de convicción este no establece que estos deben presentarse en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio.

Es importante distinguir que dentro de la investigación y practica de pericias aclara que estas alcanzaran un valor probatoria cuando estas sean incorporadas, presentadas y valoradas en la audiencia oral de juicio, siendo casos especiales que menciona el COIP donde no será necesario realizarla en este etapa, como por ejemplo el testimonio anticipado.

Sin embargo y en términos del Dr. Vaca Andrade, en su tratado sobre el derecho procesal ecuatoriano nos dice que pensar que en la realidad del derecho procesal las cosas blancas o negras como lo sugiere el COIP, pues el fiscal en ciertos casos no puede negarse a aceptar elementos de conocimiento de una delito, versiones o consideraciones por no encontrarse en la etapa legal para hacerlo pues estaría atentándose al derecho constitucional que tiene el procesado a demostrar en cualquier momento, antes o después de su inocencia. Por lo tanto pensar que solo en la etapa intermedio o de juicio se aceptaran evidencia documental sería una aberración y notable inconstitucionalidad para el sistema procesal penal ecuatoriano.¹⁶ (VACA ANDRADE, 2015)

¹⁵ Código Orgánico Integral Penal, 2014, Registro Oficial, Cit. Art. 454

¹⁶ Vaca Andrade, Ricardo. Derecho Penal ecuatoriano. Quito, Ecuador. Ediciones legales EDLE S.A P.542.

Dentro de este momento es importante recalcar tres características: la primera las formalidades al realizar toda diligencia probatoria deben ser las establecidas por ley, sean estas pruebas testimoniales, documentales o periciales (materiales) según lo ordenado por la constitución y el COIP, por ejemplo el caso de juramento de los peritos y testigos, los peritos designados seria los registrados en el Fiscalía General, la autenticación, traducción y certificación de documentos, entre otras; la segunda se refiere a que la ley creado la forma de realización de las diferentes diligencias, y cada una con su formar, por ejemplo el Art 511 del COIP instituye la forma para practicar la prueba pericial; y finalmente la constancia fáctica materializada de la realización con fecha, hora y lugar de los diferentes actos, a través del levantamiento de actas, que tendrán valor posterior a su emisión, formaran parte del expediente y que permiten a que el uso posterior de los mismos, para observaciones, o acotaciones, por ejemplo en el control vertical en los casos de apelación o casación.

1.1.7 Evaluación y Valoración de la Prueba

Debemos tener claro como premisa fundamental de este trabajo investigativo que la prueba es la parte esencial de todo proceso judicial. Será mediante esta, que las partes tendrán que demostrar que sus pretensiones son ciertas. Por lo que la segunda premisa que nos corresponde tener claro es que alguien debe verificar y valorar estas pruebas y como conclusión lógica de las dos premisas, tendremos la sentencia que se le dé al proceso.

Esta es una forma dialéctica de ver un proceso judicial donde la prueba toma un papel trascendente. Dentro de este papel que cumple la prueba también observaciones como que la

evaluación y la valoración de la prueba es un paso sine qua non. Por lo consideramos necesario referirnos a esta y analizarla desde un sentido histórico de su aplicación, así concebir de mejor manera como se lo entiende en nuestro sistema penal, pues su este tema ha logrado una máxima vigorización y alcance con la expedición del nuevo código en el 2014.

Para empezar, podemos referirnos a la valoración y evaluación de la prueba como: un tarea que la hace una persona para darle cierto “peso” a determinada cosa. Entendiendo como tarea en el proceso judicial, veremos que existen diferentes sujetos procesales, por lo que cabe señalar que es al juez al que corresponde valorar y evaluar la prueba con un sentido “autentico”.

Decimos con sentido autentico ya la apreciación de las diferentes pruebas pueden hacerlo los abogados de las partes como también de manera especial el fiscal. Pero será la apreciación del juzgador la que realmente será determinante para la sentencia del proceso, puesto estas son precisamente las prerrogativas que le ha otorgado el marco jurídico para cumplir con la consecución de la justicia.

Considerando esto, vale adentrarnos en estudio de lo que ha pasado a lo largo de la historia de la justicia, concretamente como se han establecido diferentes sistemas para que el juzgador llegue a tomar una decisión:

- **Sistema arbitrario:** tiene estrecha relación con un momento histórico donde había una autoridad con plenos poderes, pues podía crear las leyes, aplicarlas y

castigar si no se cumplían. Era muy común en rey, monarcas o títulos de igual jerarquía. Donde estos poderes venían hacer que la persona tenga una procedencia divina o enviada por una divinidad. Es lo que se entendía como poder natural.¹⁷ (VACA ANDRADE, 2015)

Aquí podemos ver que la valoración y evaluación de la prueba es algo que se deja totalmente en la consideración de esta persona, se decía, que muchas veces estas decisiones dependían de su estado de ánimo. Era poco común la existencia de normas que regulen el manejo de este poder, pero si existían servían de poco pues eran sencillas de no acatar pues el poder “divino” lo justificaba todo.

Este sistema también está muy relacionado con medios de prueba cruentos, pues se torturaba a una persona, se suponía que con la ayuda de dios el torturado lograría sobrellevarlo, sino lograba soportar podía ser absuelto. Era también común que se les pidiera requisitos imposibles de cumplir, una vez incumplidos se “comprobaba” su culpabilidad y por ende se los castigaba.

- **Sistema de íntima o libre convicción:** es el sistema por el cual los juzgadores, se separan de alguna manera de la arbitrariedad, ya que deben apegar a un deber moral. Un compromiso de los jueces a realmente estar convencidos de que la persona sea inocente o en su lugar culpable. Pero en este sistema todavía persiste

¹⁷ VACA ANDRADE, R. (2015). Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Tomo II. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.

la idea de que no tienen que motivar su valoración pues ellos sabrán como evalúan las pruebas o la falta de pruebas y se confía plenamente que lo hagan bien.

Es un sistema que sigue estando vigente por ejemplo en las cortes de Estados Unidos, donde podemos verificar que es un grupo de personas civiles que determinan la culpabilidad del procesado, deliberando entre ellos pero sin más responsabilidades que decir en determinado momento: culpable o inocente.

- **Tenemos también al sistema legal.** El cual se centra en encaminar los actos por normas positivizadas. Normas que debían ser acatas y aplicadas forma estricta, pues este sistema surge para evitar la arbitrariedades que existían antes. Comúnmente llamamos a los juzgadores de este sistema “jueces boca de la ley” ya que están sometidos a una estricta legalidad y aunque ellos tengan el convencimiento de un caso, tendrán que sujetarse a los parámetros prescritos en la ley para juzgar, pudiendo ser estos en contra de la lógica natural.
- **El sistema de la sana crítica:** Este es un método que si bien es igualmente legalista, lo que hace la ley es darle parámetros a la persona que debe valor y evaluar para que lo haga de la forma más apegada a la lógica y a la razón. Para que de esta manera se respeten los mínimos derechos al debido proceso. Haciendo igualmente que los jueces deban hacer una debida motivación, lo que comprende

que los jueces deben realizar correctamente la consecución de premisas y verificar igualmente que su conclusión corresponde efectivamente a todo lo actuado.

En el Art 457 del COIP en lo que respecta a valoración de la prueba nos dice:

*“La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales”*¹⁸ (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014)

.

Teniendo claro los cuatro sistemas de valoración de la prueba, y lo que se nos establece actualmente en nuestro ordenamiento vigente, podemos decir que el sistema que usa el COIP en cuanto a la valoración y evaluación de la prueba no está del todo claro en relación a los sistemas analizados. Podría decir que Nuestro código en la parte en la que se hace referencia directamente a la valoración y evolución de pruebas se limita como lo dice el Art 457 en su primera parte a dar cuatro criterios. La legalidad, autenticidad, sometimiento de cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en los que se fundamenta los informes periciales.¹⁹ (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014)

¹⁸ Codigo Organico Integral Penal (COIP). (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

¹⁹ Codigo Organico Integral Penal (COIP). (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Art 457:

Es un sistema algo extraño, insistimos, pues limita al juzgador a parámetros legales como lo haría el sistema legal pero al mismo tiempo le deja la oportunidad estrecha al juez de valorar según su criterio como lo haría la sana crítica en racionalidad lógica. Ahora bien, el COIP leído de una forma sistemática, parece más bien que se quiere apoyar más bien en el sistema de la sana crítica racional.

Sin embargo, esta claro que en razón de todo el nuevo aire que nos presenta el COIP, la finalidad es llevar al convencimiento a la firme convicción que debe poseer el juez de la prueba, es así que la cadena de custodia, el preservar la evidencia hasta la audiencia de juicio sin que estas puedan ser alteras o modificadas, así el énfasis de velar por todos los parámetros de legalidad antes mencionados son indispensables para que la prueba pueda ser introducida al proceso.

1.1.7 Breve reflexión sobre las presunciones

En relación al tema anterior es importante analizar cuál es el valor que le debe dar un juez a las presunciones. Pues a primera vista podría quedar zanjada la discusión, ya que habrá quien diga que las presunciones no tienen ningún valor dentro del proceso, pero esto es un criterio erróneo. Tan falso es esto que es claro que el fiscal iniciara el procedimiento, en delitos de acción pública, solo con indicios, como veremos más adelante cuando tratemos el

La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales.

tema de la cadena de custodia. Estos indicios son muestra fáctica de un suceso pero son solo la presunción de otros, lo que llamamos supuestos.

Es precisamente sobre estos supuestos donde el fiscal basara su investigación y buscara que estos le lleven a la verdad de los hechos, esto lo podemos analizaremos más profundamente dentro de las diferentes clases de pruebas periciales. Los abogados de las partes también partirán de ciertas presunciones y estarán interesados en ratificar o desvirtuar las presunciones. Por ejemplo; la sangre encontrada en el lugar de los hechos, es un indicio que indica que presuntamente indica que alguien fue herido o posiblemente falleció, lo que permite en base a eso seguir encontrado otros elementos facticos o deducir ciertos supuestos como pie para establecer lo sucedido.

Lo que es completamente inadmisibile dentro de nuestro sistema de justicia es que el juez declare culpable a una persona en base solo a presunciones es por eso que se vuelve primordial que los medios probatorios sean eficaces

En relación al tema anterior es importante analizar cuál es el valor que le debe dar un juez a las presunciones. Pues a primera vista quedaría zanjada la discusión de que las presunciones no tienen ningún valor dentro del proceso pero esto es un criterio erróneo. Pues el fiscal iniciara el procedimiento, en delitos de acción pública, solo con indicios, como veremos más adelante cuando tratemos el tema de la cadena de custodia. Estos indicios son muestra fáctica de un suceso pero son solo la presunción de otros, lo que llamamos supuestos.

Es precisamente sobre estos supuestos donde el fiscal basara su investigación. Tratando de convertirlos en cuál es la verdad material sobre estos. Los abogados de las

partes también estarán interesados en ratificar o desvirtuar las presunciones. Lo que es completamente inadmisibles dentro de nuestro sistema de justicia es que el juez declare culpable a una persona en base solo a presunciones es por eso que se vuelve primordial que los medios probatorios sean eficaces así lo prescribe claramente en la parte final del Art 455 del (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014):

“La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones. “

La salvedad que es completamente inadmisibles dentro de nuestro sistema de justicia penal es que el juez declare culpable a una persona en base solo a presunciones es por eso que se vuelve primordial que los medios probatorios sean eficaces

1.1.8 Medios de Prueba.-

Cuando hablamos de medio entre sus tantas concepciones que nos viene a la mente, nos centramos en una, la idea de un vehículo mediante el cual podemos hacer que la prueba llegue a formar parte del proceso penal. Es precisamente con la acepción de medio como conductor que nos direccionamos hacia la noción de medio como todos aquellos procedimientos mediante los cuales el juez fundamentara su conocimiento sobre antecedentes e informaciones probatorias presentadas o incorporadas por los sujetos dentro del proceso. El sistema debe velar por establecer claramente cuáles son estos medios

probatorios es así que el COIP en su Art 498 no dice que los medios de prueba dentro de nuestro sistema penal son y taxativamente lo establece: La pericia, El documento y el testimonio. Cabe recalcar que es este mismo cuerpo normativo que regula la forma, momento, procedimientos, personas y demás características con el fin de que estos aportes no garantistas y eficaces para las partes y el proceso mismo.

Es importante mencionar lo que el autor Devis Echandia nos dice:

“Si hay algún medio probatorio que no tenga regulación específica, no obsta su admisión, si resulta pertinente, para comprobar el objeto de prueba, en cuyo caso, deberá aplicársele analógicamente las normas del medio que más se adecuen a su naturaleza y características”. (DEVIS ECHANDÍA, 2007, pág. pp. 273)²⁰

Los medios de prueba para su validez deben referirse a los a toda la prueba ya dispuestas y así también a la calidad y la cantidad de información para el facilitar la comprensión al juzgador. Sin embargo existen medios probatorios que serán más importantes que otros nos referimos aquellos con características de especificidad y otros propios según el hecho delictual que se trata. Es necesario saber que siempre estos medio deberán ser concordantes con toda la prueba introducida al proceso. Por el contrario existen casos en los que existe contradicción entre pruebas, es cuando se recurre a los relatos reconstructivos con el fin de esclarecer las contradicciones y las concordancias, de tal manera que se propende a una mayor o menor aproximación hacia una parte procesal.

²⁰ DEVIS ECHANDÍA, H. (2007). Compendio de la prueba judicial. Tomo I . Buenos Aires : Rubinzal Culzoni . pp. 273

Cada medio probatorio posee un procedimiento formal de su incorporación procesal de cada uno de los elementos de prueba que cuentan con garantías propias, nos referimos por un lado que se respete las garantías constitucionales del Estado; y por otro lado que se asegure que la decisión del juzgador se tal, clara bajo el empleo de medios racionales idóneos por la tanto el despoje de cualquier vestigio de sospechas, intuiciones, o métodos irracionales de poca o nula credibilidad.

1.1.8.1 La Prueba Testimonial.-

Por otra parte tenemos a la prueba testimonial. Esta clase de prueba es la que se considera como la más antigua, pues sencillamente usa la forma primera de comunicación de los seres humanos como es la manifestación oral. Es también la prueba actual más usada dentro de los diferentes procesos judiciales.

*“La prueba testimonial está integrada por las declaraciones que rinden el ofendido, ofensor o tercero imparcial ante el juez, transmitiendo una experiencia vivida, captada en un lugar y tiempo concretos”*²¹

(ZAVALA BAQUERIZO, 2002, pág. P. 7).

El testimonio es todo lo que una persona nos puede contar respecto de un hecho o un suceso en particular. Esto quiere decir que de algún modo esta persona está implicada, ya sea como simple observador, como una persona que ayudo al cometimiento del delito o porque

²¹ ZAVALA Baquerizo, Jorge. (2002). Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Guayaquil – Ecuador: Editorial Edino. p. 7

tiene algún vínculo con alguna de las partes procesadas ya sea con la víctima o la persona procesada.

Para entender esta prueba, es importante diferenciar entre simples versiones y testimonios, ya que de esta diferenciación depende el valor probatorio. En el primer caso podemos encontrarnos ante casos como cuando el fiscal al llegar al sitio encuentra persona que presenciaron el delito y a este le corresponderá pedirle una versión de los hechos para encausar su investigación, esto se produce sin mayores solemnidades. Un testimonio, por otra parte, es aquel que se da ante el juzgador por lo que la parte que lo presenta le está entregando como prueba efectiva de su teoría al juez.

Como sabemos el testimonio siempre se debe realizar bajo juramento, lo cual hace que goce de cierta certeza. Pero también le sujeta a la persona que lo realiza a ciertas responsabilidades, pues como conocemos existe el delito de perjurio, cuando una persona entre intencionalmente información falsa.

El testimonio es una prueba que no es completamente objetiva pues es lo que una persona sabe del hecho lo cual puede ser limitado o equivocado como analizaremos más adelante.

Es importante saber que dentro de nuestro sistema judicial puede realizarse testimonios directamente a la víctima y a la persona procesada pero no es admisible que este último confiese su culpabilidad, ya que está prohibido por la constitución del 2008, lo que está prescrito como “prohibición de autoincriminación”, lo que se convierte en una garantía

constitucional para la persona procesada. Por lo que aunque el presunto culpable haya confesado, no se eximen la carga probatoria ya sea al fiscal o al querellante.

Como acabamos de decir, pueden ser testigos en procesos penales, además de terceros, el procesado o la víctima. Esto sería un criterio equivocado en materia civil pues un testigo es solo un tercero, pero por la naturaleza de los hechos penales es posible que se den testimonios de los sujetos ya mencionados.

Por lo dicho hay que tener en cuenta que muchas veces los testimonios atañen asuntos muy delicados, los temas que en ellos se pueden tratar pueden poner en peligro al testigo por eso en el Ecuador se ha hecho un sistema de protección de testigos, como así lo han hecho otros países del mundo.

Existen algunas consideraciones generales dentro de la prueba testimonial: para que una persona testifique puede ser llamada a hacerlo por el juez a petición de las partes o puede presentarse voluntariamente. Lo que es cierto es que siempre hablamos de un ser humano del que se espera encontrar la verdad de los hechos. Para esto se han establecido algunas reglas generales para esta prueba como por ejemplo: primero, que este tipo de prueba se valorara según las otras pruebas presentadas. Segundo, existe un tiempo establecido en el que el juez receptara los testimonios. Tercero, existen diferentes consideraciones especiales según la persona que testifique. Como algunas otras reglas que resulta intrascendente mencionar, por el momento.

De todo lo dicho anteriormente el COIP establece ciertos principios generales o reglas para la prueba y los elementos de convicción, obtenidos mediante declaración.

1. Como sabemos el testimonio debe valorarse en contexto de la declaración y concorde también a todas las pruebas presentadas.
2. La prueba anticipada es permitida como ya he hecho mención anteriormente.
3. La declaración de personas que residen en el extranjero se puede receptar por medios telemático y en base de la normativa internacional y nacional, en conjunto con el auxilio y cooperación judicial.
4. Se excluye la declaración contra el cónyuge, pareja o parientes hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. A excepto de que se traten de delitos contra la mujer, miembros del núcleo familiar, de género o sexual. Así también queda libre la declaración voluntaria en estos casos.
5. Se puede proveer un traductor de ser necesario. Si estamos frente al caso de personas sordomudas, el testimonio se lo realizará por escrito, en el caso de no saber escribir se lo receptará por medio de interprete o alguien que pueda entenderlo.
6. El testimonio se lo realiza en la audiencia de juicio de forma directa o video conferencia, bajo juramento y la advertencia de las penas de perjurio. Este no podrá ser interrumpido salvo objeción de las partes procesales.
7. Para la declaración de personas con situación de riesgo se recurrirá al resguardo por parte d el fiscalía con el Sistema nacional de protección y asistencia de victimas, testigos y otros participes, o con la Policía Nacional que grantice su

integridad, testimonio y su comparecencia a juicio. Este se efectuara individualmente, por separados en un lugar aislado.

8. Las niñas, niños y adolescentes emitirán su declaración sin juramento, en presencia de sus representantes o curadores.
9. El fuero Nacional es el que figura para servidores públicos con este nivel.
10. Al momento mismo del testimonio se deberá informar todos los generales de ley, excepto el caso de agente encubierto, protegido, informante, donde peligre su integridad.
11. Los sujetos procesales pueden realizar preguntas, objetarlas, y se aceptan preguntas sugestivas si estas son: introductorias o para recapitular una información ya rendida, o durante el contra examen.²² (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014)

Testimonio de terceros.- Cuando hacemos referencia a estema sabemos que se trata de aquellas personas que no son partes ni sujetos procesales, pero que debido a la información que pueden proporcionar al proceso son llamados testificar. Su responsabilidad es tal que pueden ser inclusive obligas por la fuerza pública para comparecer.

²² *Codigo Organico Integral Penal (COIP)*. (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 502

El art 503 del (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014) establece en el 2, 3, 4 y 5 las reglas para estos casos:

1. *“No se recibirá las declaraciones de las personas depositarias de un secreto en razón de su profesión, oficio o función, si estas versan sobre la materia del secreto. En caso de haber sido convocadas, deberán comparecer para explicar el motivo del cual surge la obligación y abstenerse de declarar pero únicamente en lo que se refiere al secreto o reserva de fuente.*
2. *Cuando existan más de veinte testigos y peritos, la o el juzgador con los sujetos procesales determinarán cuántos y quiénes comparecerán por día.*
3. *Cuando existan varios testimonios o peritos en la misma causa, los testimonios se recibirán por separado, evitándose que se comuniquen entre sí, para lo cual permanecerán en un lugar aislado.”*²³

Es importante decir que tanto testigos como peritos serán llamados por la autoridad para que emitan su declaración cuantas veces este lo considere necesario para el forjar su convicción.

Testimonio del Procesado.- Esta persona goza del derecho de poseer un defensor público o privado con el fin de proteger sus derechos, está claro que se prohíbe en la Constitución la autoincriminación de tal manera que esta persona va a rendir la versión de los hechos y si así lo decide posee el derecho de guardar silencio.

²³ Codigo Organico Integral Penal (COIP). (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 503

Para el correcto desarrollo el Art 508 del (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014) ha previsto algunas reglas (en los numerales 1 y 3) a las ya mencionadas, esta es:

“1.- En ningún caso se le obligará, mediante coacción o amenaza física, moral o de cualquier otra índole, a que declare sobre asuntos que puedan ocasionarle responsabilidad penal o inducirlo a rendir versión contra su voluntad ni se le hacen ofertas o promesas para obtener su confesión.

3.- La persona investigada o procesada tendrá derecho a contar con una o un defensor público o privado y a ser asesorada antes y durante su versión.”²⁴

La o el fiscal podrá disponer que la versión se amplíe, siempre que lo considere necesario

Testimonio de la Víctima.- Cuando estamos frente a este caso, las garantías para su declaración se incrementan en la medida en la que la víctima no sufra una posterior menoscabo a sus derechos que afecten su integridad física y psicológica a la ya vivida en el hecho delictivo. Es de esta forma que el (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014) en el Art 510 prevé algunas reglas para este testimonio.

²⁴ *Codigo Organico Integral Penal (COIP)*. (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 508

Sin embargo el numeral 1 corrobora lo antes dicho y establece con claridad que:

“La víctima previa justificación podrá solicitar a la o al juzgador se le permita rendir su testimonio evitando la confrontación visual con la persona procesada, a través de video conferencia, cámara de Gesell u otros medios apropiados para el efecto, sin que ello impida el derecho a la defensa y en especial, a contrainterrogar.

La o el juzgador dispondrá, a pedido de la o el fiscal, de la o el defensor público o privado o de la víctima, medidas especiales orientadas a facilitar el testimonio de la víctima y en particular de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores o víctimas de delitos contra la integridad sexual o reproductiva, trata de personas, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar “²⁵

Dentro de este momento con la utilización de estos recursos para el testimonio es necesario que la autoridad verifique la identidad de la persona.

De ser necesario con la misma intención de precautelar una ulterior afectación a la víctima (especialmente en el caso de niños, adolescentes, adulto mayor o persona con discapacidad) en algunas ocasiones y bajo su consentimiento podrá rendir su testimonio con el acompañamiento de personal especializado nos referimos a psicólogos, psiquiatras, terapeutas o trabajadores sociales.²⁶

²⁵ *Código Orgánico Integral Penal (COIP)*. (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 510

²⁶ *Ibídem*

1.1.8.2 La Prueba Documental.-

Por último, tenemos a la prueba documental. Esta, se caracteriza por ser objetos materiales pero a diferencia con la prueba pericial, esta tiene algún tipo de contenido que es identificable con la parte intelectual del ser un humano. En realidad existe poco acuerdo dentro de la doctrina sobre lo que debemos entender como documento porque podemos entenderlo en un sentido muy amplio pero eso en un ámbito jurídico puede parecer peligroso.

Como bien menciona Ricardo Vaca Andrade en su libro Derecho Penal ecuatoriano²⁷, esta discusión parece ser ociosa pues no importa que nombre le demos al tipo prueba sino que efectivamente pueda ingresar al proceso y que adquiera o no legitimidad, eso muy poco dependerá de que lo llamemos o no prueba documental. Esta clasificación debería servirnos más bien para hacer más eficiente nuestra labor que nos atañe que es la justicia.

Para el autor (SERRA Dominguez, 2006, pág. p. 324) considera como

“Documento todo objeto material, representativo de un hecho de interés para el proceso, y, la principal consecuencia de esta posición es la inclusión dentro del concepto de documento de los medios e instrumentos de reproducción de la palabra,

²⁷ Vaca Andrade, Ricardo. Derecho Penal ecuatoriano. Quito, Ecuador. Ediciones legales EDLE S.A P.542.

*la imagen y el sonido y, en definitiva, de cualquier otra forma de representación no escrita independientemente del soporte material utilizado"*²⁸

A pesar de lo dicho existen ciertas cuestiones de la prueba que debemos analizar, pues así lo amerita el presente tema de estudio. Primero me parece pertinente aclarar que el documento no es únicamente un papel escrito sino cualquier objeto que contenga “información”, aunque en realidad puede contener una diversidad de contenidos como puede ser imágenes, sonidos o cualquier símbolo.

De esta aclaración se desprenden dos aspectos necesarios para conceptualizar mejor a este tipo de prueba. La primera es la diferencia que existe entre “documento público” y lo que se llama “instrumento público”. Es este último el quedemos entender solo como aquel papel que acredita o que certifica algo. En cambio el documento público puede ser cualquier tipo de soporte con cualquier tipo de contenido, aunque está claro que para que sea prueba, el contenido debe ser pertinente al caso.

Dentro de este tema hay que tener presente que un instrumento puede ser público o privado, siendo que el documento público necesita ser realizado por o ante una autoridad competente y mediante ciertas formalidades, el documento privado puede prescindir de estos dos aspectos.

²⁸ SERRA Dominguez, M., Citado Por Lluch, Xavier Abel, Pico, Joan y Junoy(2006). Aspectos Prácticos de la Prueba Civil, Barcelona: J. M. Bosch Editor. p. 324.

La segunda consideración, es que dentro de este tipo de prueba puede confundirse entre el objeto mismo y su contenido. Haciendo referencia a los ejemplos ya dichos, es decir, el sonido y las imágenes. En el caso del sonido, es este el contenido y la grabación física el objeto que lo contiene. Con las imágenes podemos hacer la misma diferenciación, pues la imagen misma es el contenido y por ejemplo una fotografía sería el objeto mismo. Simplemente hacemos referencia a que existe un contenido y una expresión del mismo. Lo importante es que la unión de estos dos elementos es lo que presentaremos como prueba dentro de un proceso. (VACA ANDRADE, 2015)

Un elemento importante dentro de lo que venimos analizando, es que el documento puede ser un medio de prueba o puede ser objeto de prueba. En el primer caso lo estamos presentado porque por sí mismo prueba algo. En el segundo caso lo presentamos para que se realicen exámenes sobre el mismo y estos exámenes serán la prueba. También es importante decir, ya que hemos hablado de los exámenes periciales, que sus informes u otros documentos de igual procedencia son prueba documental dentro de un proceso.

Lo más trascendental de un documento es que tiene efectos vinculantes para las partes que directamente participaron en la elaboración del mismo. Para terceros involucrados solo tiene valor probatorio en cuanto determine la fecha y el lugar de lo sucedido. Es por esto que cualquier parte procesal puede introducir esta clase de prueba dentro del juicio.

Cabe mencionar que dentro de un juicio existen más especificaciones sobre esta clase de prueba que pueden ser evaluados. Por no ser parte central de nuestro objeto de estudio no consideramos necesario abordar tan profundamente el tema, nos limitaremos a mencionar

ciertas clasificaciones que son importantes para el esta prueba. Por lo que podremos tener documentos: nominativos o anónimos, auténticos o falsos, documentos por su finalidad o documentos por su eventualidad, narrativos y documentos constitutivos. Cada una de estas clasificaciones responde a ciertos aspectos que debemos tomar en cuenta a lo hora de tratar de probar algo en un juicio.

Contenido Digital.-

Es importante abordar este tema dentro de este análisis, pues su rol actual en la modernidad, de un mundo plenamente tecnológico sería una aberración eliminarlo, sobre todo dentro del nuevo modelo de sistema acusatorio penal su papel alcanza una categoría elevada para la investigación para todo el proceso investigativo, bajo el la figura de la cadena de custodia.

Sin embargo debemos partir de que es lo que entendemos dentro de este amplio concepto? El (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014) en su Art 500 ha intentado ser lo más claro posible, sin caer en taxativos normativos extremos; refiriéndose de esta manera:

“El contenido digital es todo acto informático que representa hechos, información o conceptos de la realidad, almacenados, procesados o transmitidos por cualquier medio tecnológico que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas

diseñados para un equipo tecnológico aislado, interconectado o relacionados entre sí.”²⁹

Con el concepto despejado seguimos con este tema, a continuación presento las reglas indispensables en la investigación que es donde cimentan sus bases.

1. Es a través de técnicas digitales forenses que se analizará, valorará, recuperará y presentará el contenido digital que se encuentren almacenado en sistemas o dispositivos digitales.
2. La recolección de contenido digital que se encuentre en memorias y sistemas volátiles o equipos tecnológicos sean estos de la infraestructura del sector público o privado se harán con las técnicas digitales forenses en un tiempo y espacio real. Estas serán preservadas en integridad con la aplicación cadena de custodia para su valoración y análisis posterior. Caso similar cuando nos encontremos con medios no volátiles
3. En el caso que se recoja en medios físicos para almacenamiento, procesamiento o transmisión de contenido digital en proceso de investigación, registro o allanamiento (autorizado) se debe identificar e inventariar en conjunto y de manera individual, también se debe establecer su ubicación y el plano del lugar con fotografías, posteriormente se trasladara al centro de acopio.

²⁹ *Código Orgánico Integral Penal (COIP)*. (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 500

1.1.8.3 La Prueba Material o Pericial

La prueba material, ahora llamada pericial por el COIP, es uno de los tipos de prueba que puede presentar cualquiera de las partes dentro del proceso judicial. Este tipo de prueba se caracteriza porque se la presenta directamente al juez y este puede comprobar a través de sus sentidos lo que se ha dicho dentro del proceso. Por lo que doctrinariamente se dice que son pruebas que tienen una esencial participación dado que permiten llegar de mejor manera a certezas, porque será el juez el que por sí mismo podrá identificar elementos dentro del suceso. Lo que le permite visualizar mejor los hechos facticos

Para que existan estas pruebas decimos que tienen que existir efectivamente un delito que deje “huellas” y que está de alguna manera persistan en el tiempo para que se puede lograr llevarla ante el juzgador o que este pueda observar el lugar de los hechos y como decíamos, que este pueda apreciarlos por sus propios sentidos.

Es común que este tipo de prueba, los que se enfrentan a un procedimiento de cadena de custodia, como analizaremos de mejor manera en las siguientes páginas. Esto con la intención de que la prueba pericial no pierda su naturaleza de autenticidad y el juzgador este consiente de todo lo que sucedió con esta prueba antes de que él pueda apreciarla, es esto lo que le dará cierto valor probatorio.

Pueden existir diferentes tipos de pruebas periciales: el objeto, los resultados, los vestigios y los instrumentos. Esta es una clasificación que entiende cuatro diferentes elementos, apreciados desde el punto de visto el delito mismo. Para entender mejor esta clasificación podemos ver un homicidio como ejemplo; donde el objeto es el cuerpo propio

de la víctima, el resultado es la herida en el cuerpo, los vestigios podrían ser la sangre derramada o una presunta bala utilizada, por cuanto los instrumentos será la pistola utilizada. Todas estas podrían ser pruebas periciales que nos servirán para usarlas en la investigación y como pruebas.

Es posible, si las circunstancias lo permiten, solicitarle al juez que haga un reconocimiento del lugar de los hechos, pero es más común en un proceso penal, que sea únicamente el fiscal el que haga el reconocimiento del lugar y a través del levantamiento de vestigios y la cadena de custodia que este los presente en audiencia del juicio oral ante el juez para que este los pueda valorar.

También cabe mencionar, aunque lo veremos igualmente dentro de la cadena de custodia, que esta prueba periciales también nos brinda la posibilidad de realizar diferentes exámenes a la misma para estudiar diferentes factores mediante la realización de exámenes. Así podremos construir más elementos de prueba, los cuales son ideales, esto es lo que llamamos prueba pericial.

Según el cumplimiento de la cadena de custodia podremos tener la premisa de que estas pruebas periciales tienen certeza y por consiguiente si son bien realizados los exámenes periciales podrán tener eficacia probatoria. Fuerza probatoria que se ve consolidada pues son procedimientos científicos que normalmente dejan nada o casi nada de incertidumbre de lo estudiado.

Cuando partimos que el juez desconoce totalmente del hecho es vital que logremos entregarle al juez de la mejor forma posible el orden de los sucesos que llevo al cometimiento

de un delito y mientras más logre decir una prueba y con mayor eficacia será mejor para la parte que la haya presentado. Esto es lo que logra en gran medida la prueba pericial.

La policía judicial que está a cargo del fiscal están delegados a reunir los indicios, puede ser que existan muchos de estos pero también es facultad del fiscal evaluar cuales son los elementos pertinentes dentro los intereses del caso y en general de la fiscalía como departamento. Así transformaremos a los simples vestigios en pruebas a través de la cadena de custodia.

Es indispensable aclarar que con la entrada en vigencia del COIP, la prueba material pasó a ser llamada prueba pericial. Su cambio en el nombre significa también un cambio en el concepto mismo de esta prueba. Es decir entonces que todas las huellas, vestigios, objetos y demás que sean encontrados como elementos materiales del posible delito, sin el COIP, queda a libertad el peritaje, sin embargo actualmente deberán estar sometidos al peritaje respectivo y bajo el imperio de toda la normativa que establece el Art 451 en lo que nos respecta a los peritos y tomando así también el criterio de valoración que establece el COIP en 457 ya analizado en su parte final cuando nos dice:

“... sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales. “

Por lo tanto es bastante notable el interés del Estado por un cambio en el sistema probatorio, en aras a la búsqueda de una veracidad a través de técnicas científicas y experticias de la evidencia, es así que no se admitirá prueba material sin que esta haya

alcanzado el carácter de prueba pericial con su respectivo informe y análisis por parte del perito.

Dentro de este contexto sería terriblemente limitante y poco garantista considerar que solo la prueba sometida a peritaje o cadena de custodia será introducida en el proceso, pues donde quedaría el principio de libertad probatoria de las partes, sin embargo es notable que dentro de nuestro sistema acusatorio oral, la legalidad es un principio constitucional que nos rige y su aplicación es obligatoria, aunque como veremos más adelante el mismo COIP nos faculta de otras posibilidades para la introducción de la prueba en el proceso.

8.3.1 Autenticación de los objetos utilizados como medio de prueba

Es importante analizar sobre este tema pues, constituye un subtema crucial dentro del desarrollo del proceso. Los objetos que van a ser introducidos al proceso deben tener un nexo causal o una conexión que permita al juzgador advertirle del significado procesal que tendrán estos, caso contrario su fuerza para persuadir al juzgador se verá claramente limitada.

Es así que el fiscal el momento de presentar los objetos al tribunal debe proporcionarle la relación directa con delito una estrategia procesal, contraria en su totalidad a la idea una simple presentación de los mismos.

Esta operación del todo simple no es más que la forma mediante la cual estos objetos quedan acreditados o autenticados. Siendo el método más común la cadena de custodia.

Sin meternos aún en el análisis de la cadena de custodia, sino más bien para esclarecer lo dicho en este contexto llamaríamos por lo tanto cadena de custodia a la serie ordenada que

asiente avalar la autenticidad, veracidad de un objeto como prueba material del hecho delictivo, reconociendo y aceptando que este fue recogido u obtenido durante uno de los actos de investigación.

En corolario, la presentación que se realizará de la prueba pericial, deberá proceder se por medio de los investigadores, agentes de la fiscalía, peritos que acrediten la relación de esta prueba con el ilícito en discusión. La presentación de la prueba material, actualmente la referida prueba pericial, entonces, debe hacerse por medio de la cadena de custodia, es decir, por medio de uno de los investigadores o agentes de la fiscalía o peritos que pueden acreditar ese objeto como el que en efecto, guarda relación con el delito.

De tal manera, que es de suma importancia, tanto como estrategia procesal o como ayuda al juzgador, llamar a los investigadores y peritos a que ellos mismo demuestren ya sea la obtención de la prueba en el lugar de los hechos o en su caso el peritaje realizado, para garantizar su fuerza persuasiva y veracidad dentro del proceso.

8.3.2 La presentación de la prueba pericial

Es durante el juicio oral que se hará la presentación de la prueba, seguida de la contradicción instantáneamente de la misma. Es decir en un mismo acto se realizará la presentación, la contradicción y la autenticidad de la prueba.

8.3.3 Actos de prueba pericial

Como se ha dicho, el objetivo de esta clase de prueba es muy concreto, la percepción judicial en forma directa por parte del juez o tribunal de los resultados de la

infracción, de los instrumentos con los que se ha cometido y los vestigios que esta dejó. A esta finalidad, sin embargo puede llegarse de diversas maneras.

- Reconocimientos.-
- Incautaciones.-
- Los actos periciales.-
- Reconstrucción de los hechos..-

LA CADENA DE CUSTODIA DE LA PRUEBA

1.1 Generalidades.-

Con el moderno sistema acusatorio oral penal, como ya mencioné en el capítulo anterior se divide por una parte la labor del juzgador en una actividad netamente jurisdiccional; y por otro lado, es el fiscal el que se encarga de la investigación del proceso, es decir toda la etapa de investigación previa, y posterior acción penal de ser este el caso.

La acción penal aparece como como parte fundamental y de donde nace la actividad procesal dependiendo del caso, debemos partir de la palabra acción proviene del vocablo latin *actionem*, ac. de *actio*, proveniente del participio *actum* del verbo agere que evoca al movimiento o actividad dirigida hacia un fin específico.³⁰

*“La acción para los romanos era considerado como el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido”*³¹ de tal manera que nos este concepto nos remite a la idea de la pre-existencia misma de un derecho.

En mismos términos del autor Bedeta es

“La acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre determinada relación de derecho penal.”³²

³⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Consulta en Línea: 09-09-2015:
<http://dle.rae.es/?id=0KZwLbE&o=h>

³¹ BEDETA, Cristian. La Acción del Derecho, Edit. Primera 1980 Pg. 245

³² BEDETA, Cristian. La Acción del Derecho, Edit. Primera 1980 Pg. 245

Entonces con esta cita entendemos que la acción penal es aquella preponderante que caracteriza todo el proceso penal, pues su rol es iniciar el proceso y adelantarlos hasta permita el cumplimiento de su finalidad.

Esta acción como es conocido ya por todos toma su inicio con la Fiscalía, en todos aquellos casos que están previstos por la ley, por lo tanto esta actividad no podría estar tomada ni entendida como un derecho subjetivo público, sino se refiere directamente a una función pública dada a los miembros de la fiscalía y que lleva consigo el interés de la sociedad de manera intrínseca.

De tal manera que es un poder jurídico, que permite reclamación a la función jurisdiccional, es así un derecho subjetivo procesal autónomo, que permite accionar el aparato judicial con la finalidad de establecer un pronunciamiento o sentencia que finalizara la movilidad de la acción. Pero la esta actividad no solo es manifestada a través de la acusación, o una pretensión punitiva sino también por la exigencia de una pena. Dentro de la etapa de investigación se crean los actos preparatorios para esta.

Si hablamos de la acción penal con el paso de la historia esta ha evolucionado de tal manera que la idea de simple venganza o cualquier manifestación de autodefensa se encuentra totalmente prohibida dentro del estado de derecho moderno, pues queda solo a potestad la autoridad competente esta función, y donde a los particulares quedan excluidos de toda justicia por mano propia, pues es el estado quien responde por la afección a la sociedad con un delito. En resumen cuando hablamos de acción penal nos referimos a dos ideas la primera se refiere como un poder del estado y la otra como derecho para tutelar

jurisdiccionalmente y efectivamente, respecto del ciudadano que se ve afectado por la comisión de un delito.

Lo común dentro de los diferentes sistemas que presentan los estados y como es el caso del nuestro país, el impulso de la acción penal está dada a la Fiscalía, y solo excepcionalmente se le conceda a los particulares en casos específicos. Es entonces, la acción penal es la que garantiza el debido proceso en razón de todos los derechos y garantías que de esta se desprenden. Nuestra constitución lo recoge en el Art 76 :

*“En todo proceso en el que se determina derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurara el derecho al debido proceso”.*³³ (Asamblea Nacional, 2008)

*“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, como en el caso de los penales, se asegurará las garantías que integran el debido proceso, garantías de la defensa para la persona procesada y garantías para las víctimas, que deben ser canalizadas a través de la ley penal”*³⁴, así es como lo recoge también el considerando del Código Orgánico Integral Penal.

(CABANELLAS de las TORRES, 2006, pág. pp 111) Nos presenta el siguiente concepto de debido proceso:

³³ Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República*. Montecristi - Ecuador Artículo 76.

³⁴ *Código Orgánico Integral Penal (COIP)*. (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

*“Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo en cuanto a la posibilidad de defensa y producción de pruebas”*³⁵

Iñaki Esparza Leibar, sostiene:

*“Debido proceso es aquel proceso que es debido – entendido como derecho subjetivo cuando los poderes de la administración se movilizan con el objetivo de privar a un individuo de su vida, libertad o propiedad”*³⁶

El Dr. Pedro Pablo Camargo, citando a Héctor Fix Samudio, define al debido proceso como:

“El conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados”
(CAMARGO, 2000, pág. p.122)³⁷

En la Constitución de la República del Ecuador, aprobada en el referéndum del año 2008, en el artículo 76 y 77 están establecidas las garantías que le asisten al debido proceso.

Estas resurgen como como un instrumento de libertad del ciudadano, y como un principio limitativo del poder del estado, es así que desde esta perspectiva, los derecho y las garantías constitucionales que se proclaman hoy en día, se los conoce con el nombre de principios constitucionales, ya que estos nacen de la ley suprema, que otorga los fundamentos

³⁵ CABANELLAS de las TORRES, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta .

³⁶ ESPARZA, LEIBAR IÑAKI; op. cit.; pág. 72. 19

³⁷ CAMARGO, P. P. (2000). *El debido proceso*. Bogota: Leyer.

de validez al ordenamiento jurídico y conforman la base política, la que regula al Derecho Penal del Estado.

Por lo tanto, las garantías constitucionales, son aquellos mecanismos que la ley pone a disposición de los ciudadanos para que defiendan sus derechos, pueda reclamar si están en peligro o van a ser vulnerados, restringidos, y obtener la reparación correspondiente si son violados. Son los procesos de instituciones cuyo objetivo principal es proteger los derechos constitucionales y velar por el respeto de supremacía de la Constitución. De tal manera, el Debido Proceso, un derecho fundamental, que está garantizado y reconocido en nuestra constitución, y con un ámbito de aplicación que va más allá del penal. Este ha sido incorporado en las legislaciones constitucionales de Europa y Latinoamérica, ha sido contemplado en convenios internacionales, es así que, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, suscrita el 10 de Diciembre del año de 1948,

Nos dice: “ Art. 10.- *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derecho y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”*³⁸ (Declaración Universal de los Derechos del Hombre. , 2015)

Así también, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de Diciembre del año de 1966, en el artículo 14, también en la

³⁸Declaración Universal de los Derechos del Hombre.
<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948->

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en Costa Rica, el 22 de noviembre del año de 1969, en su artículo 8.

Hoy en día, tenemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de Diciembre de 1948; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de Noviembre de 1950. Resumiendo el derecho a un debido proceso, es el derecho que tenemos todos los ciudadanos dentro de un estado de derecho a tener un justo proceso, donde no se dé una transgresión o una negación a lo legítimamente asignado; y si duda, es este en su claro, certero y transparente cumplimiento, permite efectivizar el derecho material.

Una vez desarrollada la idea de acción penal dentro de nuestro ordenamiento el nuevo código orgánico integral en su artículo 410 establece que:

“El ejercicio de la acción penal es público y privado.

- *El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa.*
- *El ejercicio privado de la acción penal corresponde únicamente a la víctima, mediante querrela.”*³⁹ (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014)

³⁹ *Codigo Organico Integral Penal (COIP)*. (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 410

De lo antes ya dicho el Art 411 del mismo cuerpo normativo nos dice que la Fiscalía, es quien ejercerá la acción penal pública cuando elle obtenga todos los elementos de convicción justos, suficientes, necesarios que demuestren la existencia del delito , conjuntamente con la responsabilidad de la persona quien será procesada. Este articulo nos dice también que:

“La o el fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal, cuando:

1. *Se pueda aplicar el principio de oportunidad.*
2. *Se presente una causal de prejudicialidad, procedibilidad o cuestiones previas.”*⁴⁰

(Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014)

El principio de oportunidad nos aclara la idea de que será en el fiscal quien iniciara la acción y que posee casos donde puede abstenerse como cuando se trate de un delito con pena privativa hasta de 5 años, salvo que comprometan el interés público o del Estado; o cuando se trate de infracciones donde el procesado sufra un daño físico que le imposibilite tener una vida normal.

Sin embargo se establece también que existen ciertos casos donde el fiscal se ve en la obligación de iniciar la investigación como el caso de derecho intencional humanitario, violación de derecho humano, delito contra la integridad sexual violencia contra la mujer o la familia, delitos de odio entre otros.

⁴⁰ *Codigo Organico Integral Penal (COIP)*. (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 411

El principio de prejudicialidad se encuentra en el Art. 414 del COIP donde nos dice que:

*“En los casos expresamente señalados por la Ley, si el ejercicio de la acción penal depende de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que exista auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial.”*⁴¹ (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014)

En lo que respecta a la acción penal privada nos podemos limitar actualmente cuando nos encontremos en infracciones como: calumnia, usurpación, estupro y cuando se trate de lesiones o enfermedad de máximo 30 días, con excepción si se trata de violencia contra la mujer o familia.

Entonces es la acción penal sea esta pública o la privada la activa el aparato punitivo del Estado, para dar con la responsabilidad de un delito. Es una parte primordial dentro del sistema penal es así que el autor (GUERRERO VIVANCO, 2004):

“El Derecho Procesal penal es la ciencia que se encarga de orientar y disciplinar el amplio campo de la jurisdicción y de la competencia de los jueces; del ejercicio de la acción; de la pruebas que puedan introducirse en el proceso para comprobar la existencia del delito y la responsabilidad del infractor; del proceso que debe seguirse para hacer efectivo la

⁴¹ Codigo Organico Integral Penal (COIP). (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 414

*pretensión punitiva del Estado; y la formas como deben ejecutarse las penas impuestas a los infractores...*⁴²

Luego de esta breve referencia a la acción penal y dejando claro que la acción penal pública es la que debe ser promovida por el fiscal, me permito y continuando con el tema fundamental de este capítulo regresar a un paso previo, anterior a que esta acción sea ejercida e inicie procesalmente; me refiero a la etapa investigativa y la que es materia fundamental de análisis de este capítulo y de donde vamos a clasificar a la cadena de custodia.

El Art 442 del (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014) nos dice:

*“La Fiscalía dirige la recepción de los testimonios anticipados aplicando investigación preprocesal y procesal penal e interviene los principios de inmediación y contradicción, así hasta la finalización del proceso.”*⁴³

Del artículo anterior se desprende algunas ideas, sin embargo las que interesan a nuestro estudio encontramos que por un lado su funciones desde una óptica amplia radican en 3: primera es la toma de testimonios, la segunda es la investigación preprocesal; y la tercera es la actividad procesal penal que como ya vimos tiene su origen el acción penal pública.

⁴² GUERRERO VIVANCO, W. (2004). *Los Sistemas Procesales Penales*. QUITO: PUDELECO.

⁴³ *Codigo Organico Integral Penal (COIP)*. (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 442

Ahora bien, hemos encontrado la etapa previa a la procesal me refiero a la investigativa y que queda en manos de la fiscalía, establecido en las atribuciones del fiscal en el Art 443 del COIP.

“Organizar y dirigir el Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses.

Dirigir el Sistema de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso.

Expedir en coordinación con las entidades que apoyan al Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o con el organismo competente en materia de tránsito, los manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones investigativas.”⁴⁴ (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014)

A más de estas funciones como vemos que son de cierta forma generales el COIP en el Art 448 a previsto con mayor especificidad y claridad esta actividad diciendo que tanto en materia procesal como preprocesal a la Fiscalía le corresponde organizar y dirigir el Sistema Integral de Investigación, medicina legal y ciencias forenses quienes participan de carácter fundamental en el proceso por su especialidad con la ayuda científica y técnica para la administración de justicia en general.

⁴⁴ *Codigo Organico Integral Penal (COIP)*. (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 443

Este Sistema no podría realizar estas actividades por sí solo, es por eso que cuentan con el apoyo a su vez de la Policía Nacional y personal civil de investigación, para cumplir los dinamismos necesarios establecidos en el COIP. Empero, estarán sometido a la dirección de Fiscalía y administrativamente ellos dependerán del ministerio de rama.⁴⁵

El personal del sistema especializado integral de investigación, ciencias forenses y medicina legal ostenta algunas atribuciones dentro de su especialidad, pero para nuestro interés mencionaremos algunas. Primeramente ellos dan aviso de forma inmediata de la noticia “Criminis”, es decir la noticia que anuncia la existencia de un ilícito; si han receptado denuncias de igual manera dan aviso inmediato siempre que estas respondan delitos del ejercicio público de la acción penal.⁴⁶

Es menester que citeamos dos funciones de este sistema:

“Realizar las primeras diligencias investigativas, tales como: entrevistas, vigilancias, manejo de fuentes y otros, las que serán registradas mediante grabación magnetofónica o de video.

Vigilar, resguardar, proteger y preservar el lugar donde presuntamente se comete la infracción y recoger los resultados, huellas, señales, armas, objetos, instrumentos y demás vestigios.

⁴⁵Codigo Organico Integral Penal (COIP). (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 448

⁴⁶ Codigo Organico Integral Penal (COIP). (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 449

*Proceder al levantamiento e identificación del cadáver.*⁴⁷ (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014)

De lo expuesto en el párrafo anterior tomado del COIP podemos desprender con facilidad la idea de la cadena de custodia, como una figura dentro del proceso investigativo dirigido por la fiscalía pero subrogada su actividad al sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses.

1.2 ¿Qué es la cadena de custodia?

Habiendo esclarecido el posicionamiento de la cadena de custodia dentro de la investigación del sistema penal actual, el objetivo de este estudio es contextualizar al lector de este trabajo investigativo dentro del principal objeto de estudio, la cadena de custodia. Merece ser analizado de esta manera ya que es un procedimiento de tal importancia que ha llegado a tener una respetabilidad “institucional”, dentro del derecho penal.

Nos enfocaremos ahora en el estudio de este procedimiento dentro de la ciencia arriba mencionada, pues es el campo que nos ocupa en esta investigación y porque ha sido esta ciencia la que ha abordado el estudio de la importancia de este procedimiento y su aplicación. Aunque cabe decir que también lo han hecho algunas de sus ciencias auxiliares como la criminalística o las ciencias forenses, pero precisamente como ciencia auxiliar a la labor y el estudio de derecho penal.⁴⁸ (LOPEZ ABREGO, 2012)

⁴⁷ Ibidem

⁴⁸ LOPEZ ABREGO, J. A. (2012). Criminalística actual. Estado de México: Ediciones Euromexico, S.A. de C.V. pp. 511

De manera especial, es necesario un buen entendimiento de en qué consiste este procedimiento para más adelante sentar conclusiones claras de cuáles son los problemas que surgen de su mala aplicación. Puesto que las ciencias mencionadas ya han exacerbado este tema, nosotros nos limitaremos a describir lo que ya se ha identificado claramente: quienes son los que intervienen dentro de esta cadena, cuáles son sus aspectos importantes, que se entiende por cadena de custodia y cuáles son los pasos que deben seguir las personas que intervienen para un eficaz desenvolvimiento del mismo, según el modelo ecuatoriano, su doctrina y legislación

Sin más, podemos continuar nuestro análisis dirigiéndonos al concepto de cadena de custodia por su sentido más lógico y natural, el que encontramos en el diccionario, pues es un término compuesto de dos palabras de uso común y que nos pueden dar pistas claras de lo que debemos entender por cadena de custodia.

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, entre las acepciones para la palabra “cadena” encontramos dos que son claves: la primera, es la que todos normalmente conocemos:

“1. f. Serie de muchos eslabones enlazados entre sí. Se hacen de hierro, plata y otros metales o materias.”

Y la decimotercera que se refiere a un ámbito más bien social, que es al que queremos referirnos:

“13. f. Sucesión de hechos, acaecimientos, obras, etc., relacionados entre sí.”⁴⁹
(Diccionario de Real Academia de la Lengua., 2015)

Con relación a la palabra custodia, en el diccionario hallamos la siguiente acepción:
“1. Guardar con cuidado y vigilancia”⁵⁰.

Entonces de acuerdo con estos dos significados, una cadena de custodia viene a ser un conjunto de personas enlazadas entre sí para resguardar y vigilar algo, indicios en nuestro caso, agregaría yo, de que estas personas enlazadas siguen un proceso reglado para la protección de estos indicios.

Como ya hemos dicho, la cadena de custodia es un procedimiento que le compete de manera especial a las ciencias penales, es por eso que lo encontramos regulado de manera general dentro de nuestro ordenamiento jurídico en el Código Orgánico Integral Penal, COIP, y de una forma especial en el Manual de Cadena de Custodia de la Policía Nacional. Aunque es preciso mencionar por ahora, porque lo analizaremos más adelante, se encuentra también en nuestra Constitución y en otros cuerpos normativos. El manual de cadena de custodia de la Policía del Ecuador define a la cadena de custodia de esta manera: “Es el conjunto de procedimientos tendientes a garantizar la correcta preservación de los indicios encontrados en el lugar de los hechos; durante todo el proceso investigativo, desde que se produce la

⁴⁹ *Diccionario de Real Academia de la Lengua.* . (17 de Agosto de 2015). Obtenido de <http://lema.rae.es/drae/>

⁵⁰ *Ibídem.*

colección hasta su valoración por parte de la autoridad competente.”⁵¹ (Consejo Directivo de la Policía Judicial , 2015)

Dentro del concepto citado, me gustaría desarticular algunas de sus partes para un cabal entendimiento. Primero, interpretar el sentido de las palabras “durante todo el proceso investigativo”, pues, es en este segmento del concepto, el que ubica donde utilizaremos la cadena de custodia. Con ello, queda claro que la cadena sirve para situaciones donde se han cometido uno o más delitos y, por ende, es necesario una investigación para establecer cómo sucedieron los hechos y si el hecho es imputable a una persona.

A partir de esto, podemos analizar la otra parte del concepto que me parece vital para el estudio: “procedimientos tendientes a garantizar la correcta preservación de los indicios”⁵². Me parece necesario en este aspecto comprender bien cuál es el significado de “indicio”, una buena forma de entenderlo es observar las diferencias que tiene este término con lo que entendemos como vestigio, evidencia y prueba, según los explica el libro “Criminalística actual”⁵³:

Debemos entender que un mismo bien puede ser vestigio, indicio, evidencia o prueba; eso depende de la instancia en la que nos hallemos dentro de la cadena de custodia y principalmente del momento procesal en el que nos encontremos.

⁵¹ Consejo Directivo de la Policía Judicial . (7 de Octubre de 2015). *Compras Públicas en el Ecuador*. Obtenido de MANUAL DE CADENA DE CUSTODIA DE LA POLICIA : <http://monicaaltamirano.blogspot.com/2012/02/manual-de-cadena-de-custodia-de-la.html>

⁵² LOPEZ ABREGO, J. A. (2012). *Criminalística actual*. Estado de México: Ediciones Euromexico, S.A. de C.V. pp. 511

⁵³ *Inbidem*, pp. 529

El vestigio viene a ser todo lo que puede estar en la escena del delito; indicio por otra parte se refiere más bien a determinados vestigios que pensamos podrían ayudar para esclarecer el presunto delito, decimos que aquí inicia la actividad pericial de campo y como dice el concepto que analizamos, aquí se inicia la cadena de custodia; evidencia es, entonces, cuando comienza la actividad del fiscalía y la prueba, cuando comienza la actividad jurisdiccional.

En el manual, instructivo y protocolos de investigación emitido por la (FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, 2014, pág. 117) establece también una diferenciación clara de lo que entendemos por evidencia e indicio, estableciendo que es:

“Evidencia.- Todo que ha sido usado, abandonado, dejado, quitado, cambiado o contaminado durante la comisión de un delito, sea por el sospechoso o la víctima. Certeza clara y manifiesta de una cosa. “

“Indicio.- Fenómeno que permite conocer o inferir la obtención de la prueba.”⁵⁴

Por otra parte, el COIP nos indica cuando debemos aplicar la cadena de custodia; el artículo 456:

“Cadena de custodia.- Se aplicará 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

⁵⁴ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. (2014). *Manuales, Protocolos, Instructivos del Sistema Especializado Integral de Investigación Medicina legal y Ciencias Forenses*. Quito: Registro Oficial. Pp 117

recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos y se incluirán los cambios hechos en ellos por cada custodio.

La cadena inicia en el lugar donde se obtiene, encuentra o recauda el elemento de prueba y finaliza por orden de la autoridad competente. Son responsables de su aplicación, el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, el personal competente en materia de tránsito y todos los servidores públicos y particulares que tengan relación con estos elementos, incluyendo el personal de servicios de salud que tengan contacto con elementos físicos que puedan ser de utilidad en la investigación.”⁵⁵

Para profundizando en lo mencionado por la doctrina, citaremos lo dicho en el libro “Criminalística actual”, donde se manifiesta lo siguiente:

- *“La cadena de custodia es el sistema de aseguramiento de la evidencia física, compuesto por personas, normas, procedimientos, informaciones, contenedores y lugares, que al avalar el cumplimiento del principio de mismidad, garantiza la autenticidad de la evidencia que se recolecta y analiza, y que se exhibe en la audiencia pública del juicio oral”⁵⁶ (MORA IZQUIERDO, 2012, pág. p.p. 505)*

Para sintetizar estos dos conceptos nos parece menester citar un tercero pues nace de una norma de especial importancia para este tema, “Manuales, Protocolos, Instructivos del

⁵⁵ Código Orgánico Integral Penal (COIP). (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

⁵⁶ MORA IZQUIERDO, R. S. (2012). Técnicas de investigación criminal en el sistema acusatorio. En J. A. Abrego, Criminalística Actual. México D.F: Euroméxico. Pp. 505

Sistema Especializado Integral de Investigación Medicina legal y Ciencias Forenses” el mismo que es emitido por la (FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, 2014, pág. 204). En lo que respecta a la cadena de custodia en su glosario nos dice:

“Es el conjunto de actividades y procedimientos secuenciales que se aplican en la protección y aseguramiento de los indicios y/o evidencias físicas y digitales desde la localización en la escena del delito o lugar de los hechos, hasta su presentación ante el Juzgador y/o disposición final”⁵⁷

Visto esto, podemos definir que la cadena de custodia es un “técnica” o, mejor dicho, un procedimiento que realizamos en una investigación penal, ya sea en las investigaciones pre procesales y/o dentro de la misma investigación, pero es necesaria pues es posible que los implicados argumenten que las pruebas presentadas fueron sembradas, modificadas o alteradas.

El libro “Criminalística actual” nos plantean ciertas preguntas interesantes que los autores dicen deben hacerse “antes que un indicio se convierta en prueba” estas son: *¿Cómo se puede saber que un determinado indicio pertenece a un caso y no a otro similar? ¿Cómo tener la seguridad de que un determinado indicio no ha sido manipulado con el propósito de tener un resultado favorable o adverso?” Las respuestas a estas preguntas se resumen en una efectiva cadena de custodia.*⁵⁸

⁵⁷ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. (2014). *Manuales, Protocolos, Instructivos del Sistema Especializado Integral de Investigación Medicina legal y Ciencias Forenses*. Quito: Registro Oficial. Pp 204

⁵⁸ LOPEZ ABREGO, J. A. (2012). *Criminalística actual*. Estado de México: Ediciones Euromexico, S.A. de C.V pp. 507.

Más adelante este tratado nos menciona cuando es necesario una cadena de custodia, lo cual es importante citar para tenerlo presente: 1. Cuando el material es fungible. 2. Cuando los testigos no pueden identificar cabalmente el objeto. 3 Cuando puede existir un engaño. Lo que nos deja una idea bastante clara de que es la cadena de custodia y para qué sirve.

2.3 Importancia de la cadena de custodia.

La tutela efectiva de los derechos constitucionales es el más alto deber del Estado. La cadena de custodia está enmarcada dentro del cumplimiento adecuado de este objetivo, pues, se encarga de proteger los derechos que están dentro del capítulo octavo de la Carta Política ecuatoriana de 2008, lo que esta llama como “los derechos de protección”, derechos que tenemos las personas frente a la facultad punitiva del Estado, el *IUS PUNIENDI*.

Durante mucho tiempo esta prerrogativa del Estado ha sido uno de las que más conflictos ha generado, porque ha sido una de las mayores fuentes generadoras de violaciones a los derechos humanos; es, por ello, que nuestra Constitución y nuestro Código Penal están encaminados a proteger y a valorizar los derechos de las víctimas y de las personas procesadas y aquí la cadena de custodia tiene una importancia superlativa.

La cadena de custodia es precisamente una piedra angular dentro de los derechos del debido proceso, pues, para que un juez penal pueda acabar con la presunción de inocencia de una persona, deberá primero tener la certeza de que las pruebas presentadas por parte del fiscal tiene completa veracidad y relación con los hechos; caso contrario, un juez ante la duda en las pruebas, deberá aplicar lo más favorable al presunto infractor, *INDUVIO PRO REO*.

De no ser así, estaríamos prestando una inadecuada administración de justicia y sobretodo probablemente estaríamos enviando a un posible inocente a cumplir una pena que no merece.

La cadena de custodia es un proceso reglado y perfectamente delimitado para que el fiscal pueda llevarlo cabalmente dentro de las diferentes etapas de sus labores; una demostración de lo sucedido en actos que se creen puede ser antijurídicos para así presentarlos ante un juez competente y determinar si existe la posibilidad de imputar a una persona por estos hechos. Es así que funciona nuestro sistema acusatorio, pero sin la buena aplicación de la preservación de los indicios este sistema no funcionaria.

Es importante recalcar que la cadena de custodia no sirve solamente para proteger los derechos de la persona procesada sino, como ya dijimos, también los de la víctima, pues, uno de los derechos que nuestra constitución consagra para estas, es el derecho a la verdad, derecho que considero importantísimo dentro de todo proceso penal, ya que la verdad es uno de los caminos a la justicia, es la cadena de custodia que permite verificar la veracidad de los hechos; intenta objetivar los procedimientos.

También en este sentido es importante la cadena de custodia, pues, permitirá que no exista una re-victimización. Como se ha analizado dentro de la doctrina, repetir un interrogatorio o un procedimiento no adecuado podría a la víctima o a terceros implicados, causarles daño psicológico; por el contrario, si cumplimos con la cadena de custodia, obtendremos los indicios sin perturbar a la víctima y con la cadena tendremos una manera de proteger las pruebas que hemos obtenido de la víctima y no volver a hacerlo.

2.4 Etapas de la Cadena de Custodia

Hemos dicho que el nuestro objeto de estudio es un procedimiento; es por eso que podemos decir que tiene etapas. En la legislación internacional y en la doctrina existe cierto consenso de cuáles son las etapas que conforman esta; al menos, son casi todas similares en el fondo, aunque en la forma de redactarlas, hay obviamente diferencias. Hemos escogido lo que se encuentra dentro del Código Federal de procesos penales⁵⁹ (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión., 2015) de México, donde se sintetiza de buena manera cuáles deben ser las etapas por las que se transcorre cuando debemos hacer este procedimiento.

Encontramos en ese cuerpo legal siete etapas que las analizaremos; las tres primeras a profundidad y las 4 últimas más ligeramente, cada una de estas ajustando con la normativa actual de nuestro país.

2.5 Conocimiento de la comisión de delitos por los policías o el agente fiscalía

Antes de todo, es necesario que se sepa de un suceso, un hecho antijurídico en el cual es necesario la intervención del derecho penal. En este punto, puede ser cualquier persona que puede llegar a tener conocimiento del hecho, es decir, un servidor público o un particular, lo importante es que quien quiera que fuese dé aviso inmediato a la autoridad competente, solo así podremos continuar con un eficaz desenvolvimiento de la cadena de custodia.

⁵⁹ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (26 de junio de 2008). CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Obtenido de www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp_mex-int-text-cpp.pdf

Será necesario que la persona que haga el hallazgo precise el lugar exacto, describiendo el domicilio y las particularidades de la zona. Con esto, todas las personas que sean necesarias podrán acudir a realizar los procedimientos oportunos, no importa que el hallazgo lo haga un particular, la policía o el fiscal. En muchas circunstancias se necesitará de la cooperación de órganos públicos, la presencia de diferentes personas, como ya veremos, por eso, debe estar claro de la manera más pronta, cuál es el lugar a donde estos deben acudir.

Es importante que la persona que haga el hallazgo no intervenga en lo que desde ahora llamaremos la escena del delito, pues, podría contaminarla o alterarla, ya que esta intervención en dicha escena es algo que debe hacerse con métodos cuidadosos solamente a cargo de peritos; si alguien altera la escena perjudicará la labor de los peritos y del fiscal. Podría ocurrir que, por intervenir esta persona, deje sus huellas y se lo implique en el delito.

La persona que hace el hallazgo puede observar la situación, que alguien necesita ayuda o que realice alguna acción para proteger un bien superior; en estos casos se puede intervenir en la escena.

2.6 Preservación del lugar de los hechos.

Aunque los delitos informáticos han roto el concepto de que necesariamente debe existir un lugar del cometimiento del delito, no es menos cierto que comúnmente tenemos un espacio en donde se ha consumado el hecho, lo que conocemos como escena del delito. Resulta trascendental no alterar, modificar, dañar o sustraer los vestigios que se encuentran dentro del perímetro del lugar del presunto delito, como ya hemos dicho.

Por lo dicho, lo primero que se debe hacer es delimitar el lugar de los hechos, acción que debe hacerse con perspicacia, pues, es crucial para lo que vendrá más adelante. Después debemos acordonarse el lugar, de preferencia con una cinta apropiada, para prevenir cualquier tipo de los peligros mencionados. Es aquí donde se inicia la cadena de custodia propiamente dicha, impidiendo que personas que no pertenezcan a la policía judicial u otras competentes intervengan en este espacio y alteren la ubicación de los objetos que se encuentran alrededor.

El acordonamiento puede ser hecho por cualquier persona, aunque lo más normal es que lo haga personal de la policía nacional, de tránsito o policía judicial. Pero la experiencia dicta que una cinta no suele bastar para proteger el sitio, a veces sucede lo contrario, pues, es la cinta la que atrae personas. Es por esto que después de haber hecho el acordonamiento es igual de importante instaurar una vigilancia para contralar que se respete el perímetro establecido; esto ya es una tarea de la policía, la misma que puede evitar incluso con uso de la fuerza que cualquier persona, extraña o no implicada en los hechos como también una víctima, traspase la cinta, sin que antes el fiscal y los peritos puedan realizar las investigaciones pertinentes.

A más de esto, cabe considerar que la escena del delito puede ser muy amplia. En estos casos, debemos establecer puestos de control, para lograr un resultado igual al deseado cuando implantamos la vigilancia. Es probable que, en casos de este tipo, necesitemos que diferentes organismos coadyuven, por ejemplo, un incendio provocado, es un delito que

necesitará la ayuda del cuerpo de bomberos y que luego se necesite peritos para saber cómo, por qué y por quien pudo haber sido provocado el delito; o, puede ser el caso, que existan personas que deben ser rescatadas. Puede pasar que se dé un crimen organizado, en donde interviene fuerzas armadas irregulares. Puede existir un sinnúmero de situaciones que necesitarán respaldo o peritajes y estos deberán ser preservados para no alterar los vestigios y proteger el lugar hasta la llegada de los expertos.

Se deberá hacer una observación general del lugar, para poder así en esta etapa realizar dos aspectos de vital importancia. Primero, y de suma importancia, es la seguridad de las víctimas y de terceras personas que se encuentren en la escena, de la cual son responsables todos los agentes de la policía. Después, es importante que se realice la localización de los testigos que se encuentre en el lugar e intentar convencer a estos que se presenten a rendir testimonio de ser necesario en el futuro. Pues, tal vez después sea muy tarde para localizarlos.

De lo antes dicho y acorde con lo establecido la (FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, 2014, pág. 211) en su manual protocolo e instructivo para la investigación y cadena de custodia:

“La observación consiste en el examen completo, metódico y prolijo del lugar de los hechos, con el fin de encontrar todos los indicios posibles para establecer su relación con el hecho punible. Para alcanzar el éxito en la observación del lugar de los hechos es importante tomar en cuenta las siguientes consideraciones: Programar las actividades que pueden llevarse a cabo en el lugar de los hechos. Especificar cuáles son las actividades y

*responsabilidades de la servidora o servidor del sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses que realizará la inspección ocular. El plan de trabajo dependerá de las características generales del lugar de los hechos; si se trata de un espacio abierto, cerrado o mixto. Actuar con calma, seriedad y profesionalismo. Establecer los métodos de observación de acuerdo al tipo de escena.”*⁶⁰

2.7 Procesamiento de los indicios por las Unidades de la policía facultada para ello, o por los peritos dirigidos por la Fiscalía Nacional

En esta etapa ya actúa directamente la policía judicial, bajo las órdenes del fiscal o peritos que ameriten el caso; los podemos denominar peritos de campo para diferenciarlos de los peritos que harán los análisis en los laboratorio; por ejemplo, de existir muertos necesitaremos personal de medicina legal que dé pronta indagación al hecho y así también permitir con un buen levantamiento del cadáver realizar posteriormente los exámenes pertinentes en el laboratorio; puede ocurrir que el personal judicial haga el levantamiento de huellas para igualmente hacer los análisis correspondientes.

Cabe mencionar también que existen diferentes tipos de “escenas del crimen”. Existen las “abiertas” que son las que escenas que están en espacios al aire libre. Existen espacios cerrados que son los que tienen paredes o algo que proteja como casas, edificios, galpones,

⁶⁰ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. (2014). *Manuales, Protocolos, Instructivos del Sistema Especializado Integral de Investigación Medicina legal y Ciencias Forenses*. Quito: Registro Oficial. Pp 211

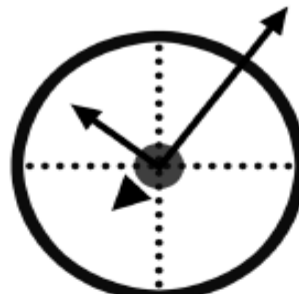
etc. como existen también una escena “mixta” que como podemos predecir como aquella que comparte un espacio abierto y un espacio cerrado.

Dicho esto, tendremos que tener presente que, para esta búsqueda, debemos tener las mejores condiciones posibles; por ejemplo, existirán ocasiones que sean necesaria mucha luz entonces será mejor si lo hacemos en la mañana, aunque por otro lado puede existir un espacio abierto donde sea necesario hacer el reconocimiento del lugar lo más pronto posible, pues, algunos elementos al intemperie pueden alterarse o hasta destruirse.

Los agentes de la policía judicial deberán hacer una investigación más profunda del lugar, es decir, sistemática, metódica, minuciosa y completa. Se intentará encontrar cualquier objeto que dé pistas a la investigación. Para ello existen algunas metodologías. Las que hoy se considera más efectivas son ocho:



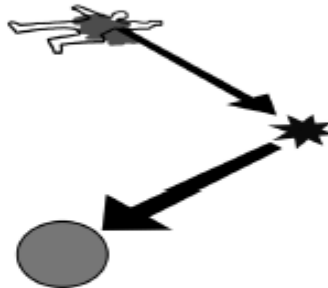
Método de zonas



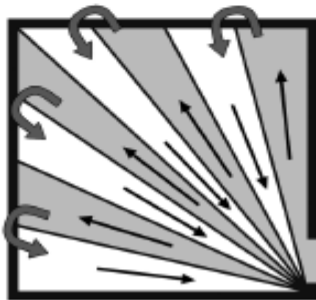
Método radial



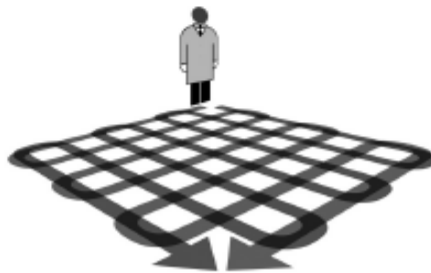
Método de espiral



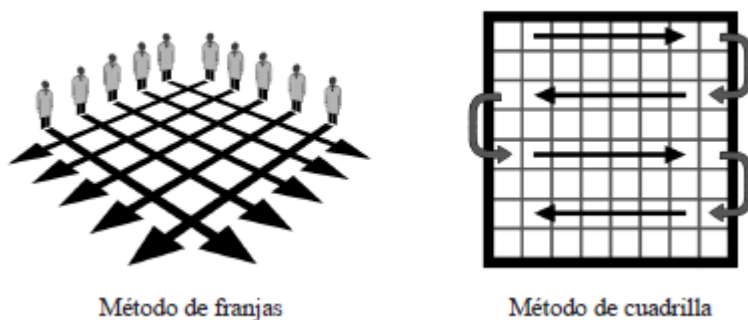
Método punto a punto



Método de abanico



Método de criba



⁶¹ (SANTIAGO, 2015)

Con buen criterio, habrá que identificar cuál de estas técnicas puede ser más eficiente para cada caso. Una vez ubicados los indicios, según el libro de criminalidad (LOPEZ ABREGO, 2012, pág. pp 541) deberemos:

“proceder a su fijación mediante la filmación, planimetría, cintas magnetofónicas o por escrito”⁶².

Después de esto deberemos describir el indicio detallando su color, tamaño, estado y todo lo que pueda caracterizar el objeto, como también deberemos identificarlo asignando un número el cual lo diferenciara con otros indicios. Una vez hecho esto, tendremos hacer el levantamiento de cada elemento según la pericia que exija cada uno, ya que es diferente el procedimiento a realizar en el levantamiento de una huella digital y otro es de una presunta sustancia psicotrópica.

⁶¹ SANTIAGO., M. J. (11 de octubre de 2013). Servicios Periciales Sólidos. Obtenido de <http://peritosoaxaca.blogspot.com/>

⁶² LOPEZ ABREGO, J. A. (2012). Criminalística actual. Estado de México: Ediciones Euromexico, S.A. de C.V. p, p 541

Una vez realizado todo esto podemos proceder a realizar el embalaje y el traslado. Cuando embalamos un indicio debemos elegir correctamente el paquete que usaremos, por tanto algunos indicios necesitarán un envase de plástico y en otros casos de otro material. En el recipiente, pondremos el número que le habíamos asignado en una etiqueta, como también debemos anotar la fecha y la hora, número de registro, observaciones, domicilio del escena y la firma y nombres de las personas que fueron responsables de esta etapa. Esta terminará cuando el empaque se haya sellado y trasladado al fiscalía público, teniendo en cuenta que el traslado también puede requerir ciertas condiciones, como por ejemplo en una temperatura determinada para las muestras de sangre.

Hay que recordar la diferenciación que habíamos hecho entre vestigio, indicio y evidencia. Con la información dada, aquí podemos identificar que hasta la anterior etapa eran tan solo vestigios, en esta ya estamos hablando de indicios y en la siguiente cuando ya esté a cargo del fiscal diremos que ya es una evidencia.

2.8 Cuatro etapas finales

El análisis detenido de las tres primeras etapas fue necesario para observar que existen parámetros generales con los que se debe actuar, pero no considero obligatorio hacer lo mismo con las siguientes, pues, no permiten un análisis como lo hemos hecho en abstracto, sino que dependerá del caso en concreto, es decir, de la investigación, del delito, de los indicios encontrados, del fiscal y los peritos. Por eso haremos solo consideraciones generales.

La cuarta etapa es aquella cuando la cadena de custodia llega a una sede ministerial, para la integración de la averiguación previa correspondiente. En otras palabras, aquí el fiscal tiene lo suficiente para armar una teoría del caso y encaminar la veracidad de su teoría y en lo futuro demostrarla ante el juez; esto lo hará cuidando la cadena de custodia, conseguidos en etapas previas y con testigos.

Así también, deberá ahondar en los análisis, investigaciones conclusiones a los que les lleve las evidencias que tiene; pero, para ello, es sustancial que el fiscal observe si en las etapas anteriores se ha cumplido cabalmente la cadena. Por lo mismo el tendrá el deber de preservar las evidencias sin que se dañen, alteren o destruyan.

Aquí el fiscal tendrá todas las evidencias y según su criterio habrá de determinar si existen elementos necesarios para la formulación de cargos y pasar de la fase pre investigativa a la investigación. De ser así, enviará a la sede pericial para que se realicen las pruebas necesarias sobre las evidencias; a esto adjuntará al informe de la investigación previa y el registro de la cadena de custodia, así se podrá observar quienes son los que hasta ese momento han mediado en el proceso. El fiscal podrá ordenar que se aseguren las pruebas, que se devuelvan a sus dueños o que se destruyan. Aunque antes, necesariamente estas tendrán que pasar por las pruebas periciales que comentamos arriba. Lo que de cualquier manera nos lleva a la siguiente etapa, pero será el mismo fiscal quien ordene el traslado de las pruebas a una sede pericial y la realización de ciertos exámenes.

La cadena de custodia en una sede pericial para la realización de las pruebas periciales que sean necesarias, es la quinta etapa. Esta etapa dependerá de lo investigado y dispuesto por el fiscal ya que el perito al que se le encargue obedecerá a lo que pretenda demostrar el fiscal. El perito recibirá los elementos de la cadena de custodia embalados, sin haber sido alterados, además un original y una copia del registro de la cadena de custodia, para estar al tanto como se ha procesado a la evidencia y para que él llene la información que le corresponde.

Lo que es importante aquí es que en el análisis el perito tendrá manipulación directa con la evidencia, es menester por eso que tenga sumo cuidado. Existirán procedimientos en donde el perito pueda conservar la evidencia, pero existen otros que necesariamente alteraran o destruirán los mismos. En los dos casos, el perito describirá el estado en el recibió la evidencia, a que pruebas las sometió, en que consiste estas pruebas y que conclusiones se pueden obtener de estas. Así mismo, después de estas pruebas los peritos deben embalar y sellar los indicios nuevamente.

Después de los análisis periciales tenemos la penúltima etapa, el almacenamiento de indicios que se dará cuando lo disponga el fiscal, después de haber recibido por parte del perito nuevamente la evidencia. Así lo plantea el manual, instructivo, protocolo y formato para la investigación medicina y ciencias forense al referirse que:

“Toda servidora o servidor del Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses ejecutarán las acciones de orden técnico, con el fin de recolectar, embalar, sellar, rotular y transportar los indicios a los centros de

acopio temporales o permanentes del Sistema, en condiciones de preservación y seguridad, de tal forma que se garantice la identidad, integridad, continuidad y registro de todos los elementos físicos o digitales, según su naturaleza.

Quien entrega y quien recibe los indicios y/o evidencias debe verificar que el embalaje, sello y rotulado este perfecto e íntegro, registrando en el formato de Cadena de Custodia. En el caso de detectar alguna alteración en el embalaje, sello o rotulado elaborará un informe que se remitirá a Fiscalía. La o el Fiscal o autoridad competente dispone el envío de los elementos físicos o digitales, ya sea al centro de acopio temporal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, teniendo en cuenta los principios de pertinencia, utilidad y legalidad de los indicios y/o evidencias. Los peritos del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, realizarán los análisis y exámenes pertinentes siguiendo las técnicas y procedimientos establecidos según el caso; y elaboraran el informe pericial elevándolo a la o el Fiscal o autoridad competente, dejando constancia en el formato de Cadena de Custodia de su actuación de acuerdo al instructivo.

El fiscal los trasladará y enviará también el registro de la cadena para anotar las debidas observaciones de lo acontecido en esta etapa. Servirá para conservar las evidencias en buen estado, proteger que personas alteren las pruebas y así presentarlas como pruebas, cuando sea la audiencia correspondiente o para que se realice lo que se considere necesario según lo dispuesto por el juez según veremos

*en lo anotado sobre la siguiente etapa.*⁶³ (FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, 2014, pág. 211)

2.9 Eficacia Probatoria

En todo proceso penal, la forma de determinar la presunción de inocencia de una persona lo hacemos a través de pruebas. Existen diferentes tipos de pruebas, las que hemos analizado en la cadena de custodia son las que llamamos pruebas periciales, como también existen las documentales, que a veces pueden necesitar de una cadena de custodia y también existen las pruebas testimoniales.

Estas últimas, no cuentan con objetividad y fiabilidad, porque las personas pueden anteponer sus intereses, es también cierto que el testimonio de la persona dependerá de la perspectiva que haya tenido esa persona, es decir, la apreciación de una persona por ser parcial resulta no siempre convincente y tampoco podemos tener una alta confianza en la memoria de una persona.

Por otro lado, con todo lo anotado, podemos ver que lo que se pretende con la cadena de custodia es precisamente darle a una prueba pericial una eficiencia o “fuerza” probatoria, de tal manera que el juez no pueda separarse de las conclusiones que inevitablemente se desprendan de las evidencias que se presente como resultado, de la cadena.

⁶³ FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. (2014). *Manuales, Protocolos, Instructivos del Sistema Especializado Integral de Investigación Medicina legal y Ciencias Forenses*. Quito: Registro Oficial. Pp 211

Es importante tener en cuenta que la evidencia que tendremos con una cadena de custodia es incluso mucho más precisa; por ejemplo, podríamos lograr que una persona testifique que vio salir sangre de la víctima, pero es más contundente que se halle rastros de sangre y que se verifique que son de la víctima. Otro ejemplo interesante es que alguien puede testificar que X persona tenía un arma de fuego pero, si encontramos un arma en la escena del crimen, hacemos que pase por una cadena de custodia, analizando las huellas y sus características, como número de serie, será mucho más valioso.

Pero qué pasa si alguien tiene interés en inculpar a una persona o si alguien alteró los vestigios dejados en el lugar por imprudencia, ignorancia o negligencia. ¿Tendría para el juez el mismo valor probatorio? Es indudable que no. Es por eso que existe la necesidad de una cadena de custodia, pues, así mostramos al juez cómo se encontraron los vestigios y que pasó con ellos hasta llegar al juicio.

Para tener una efectiva cadena de custodia existen algunos “criterios que inciden en la cadena de custodia” como lo encontramos en el libro “Criminalística actual que, en la página 525, define estos “criterios” que nos ayudan a autenticar los vestigios y transformarlos en evidencias:

- **Estado original:** Al juez, deberemos demostrar que la evidencia se encuentra en el mismo estado que cuando se produjo el hallazgo del vestigio; esto permitirá saber que no ha sido alterado o intercambiado con otro. Aunque, como habíamos dicho antes,

los peritos en ocasiones deben modificar la prueba por culpa de sus análisis, esto debe registrarse e informar al juez.

- **Identidad:** El mismo libro nos dice que son todas las características que puedan individualizarlo y diferenciarlo con los otros tales como:

*“peso, medidas presentación, etc.”*⁶⁴ (LOPEZ ABREGO, 2012, pág. pp. 525)

Deberemos también establecer la ubicación dentro de la escena del crimen donde se la ubico y darle un numero especifico tal y como habíamos explicado en la tercera etapa de la cadena de custodia. Todo esto deberá estar registrado.

- **Condición de recolección:** En la etapa tercera, dijimos que el levantamiento del indicio debe ser realizado con la técnica correcta y con un meticuloso cuidado, pues, es ante el juez que deberemos exponer que efectivamente esto se dio, narrando los procedimientos que se utilizaron y por escrito.
- **Embalaje:** En la tercera etapa, igualmente dijimos que la policía judicial está encargada después del levantamiento de poner los indicios en un recipiente adecuado, como fundas de plástico, tubos de ensayo, etc., así aseguramos la preservación y la legitimidad de los indicios.

⁶⁴ LOPEZ ABREGO, J. A. (2012). Criminalística actual. Estado de México: Ediciones Euromexico, S.A. de C.V. pp. 525

- **Preservación:** Recordemos que una vez embalada y empaquetada, la prueba es trasladado donde el fiscal; es responsabilidad de este preservar la evidencia, como también después de los análisis periciales, aunque como dijimos también puede ser destruida o devuelto a su dueño, según el caso. Este criterio se interrelaciona con el primero “el estado original”, ya que solo con una buena preservación podremos demostrar este otro.
- **Seguridad:** Debemos verificar que solo las personas competentes han tenido acceso a los elementos de la cadena de custodia y que no ha sido posible que alguien acceda a los indicios sin registrarlos, por la vigilancia que se le ha dado. Debemos desvirtuar la posibilidad de que alguien externo al Fiscalía haya sustraído o cambiado el bien; así como también mostrar que los propios funcionarios públicos han actuado idóneamente, evitando la negligencia o la corrupción.
- **Registro:** dentro de las etapas, muchas veces mencionamos al registro; en el libro que hemos venido citando “Criminalística actual” se lo define como:
*“Historial detallado de la entrega y manejo de los indicios, entre el personal pericial de campo, autoridad ministerial, personal pericial de laboratorio y autoridad judicial.”*⁶⁵ (LOPEZ ABREGO, 2012)

⁶⁵ LOPEZ ABREGO, J. A. (2012). Criminalística actual. Estado de México: Ediciones Euromexico, S.A. de C.V. pp. 528

Este es un elemento crucial de la custodia. Aquí podremos verificar todo el proceso, las técnicas usadas, el lugar y fecha en que cada uno recibió el objeto. Quien hizo el hallazgo, quien lo entregó, a quién, es decir, aquí vamos a verificar como se enlazan los eslabones de la cadena, entonces identificar quienes serán los responsables, tema que veremos más adelante. Es también en este registro donde deberemos sentar por escrito cualquier particularidad que sea importantes para el caso.

- **Continuidad:** Una vez que existe el hallazgo del vestigio todo el proceso tiene que darse de manera continua, de tal manera que no se rompa con la cadena y poder realizar cada una de los pasos, según la etapa de vestigios a indicios, prueba y finalmente evidencia.⁶⁶

De estos criterios se desprenden dos formas de acreditar una cadena de custodia. En primer lugar, si desvirtuamos la posibilidad de que los indicios han sido manipulados por personas que no fueren las competentes, estamos manifestándole al juez que la evidencia exhibida está en un estado íntegro y original.

El segundo mecanismo para acreditar es asegurar que el embalaje ha permitido que su contenido conserve su modo original y que no ha sido maltratado por autoridades o terceros. El perito tiene como responsabilidad informar cualquier tipo de anomalía que encuentre en la prueba o en el embalaje mismo, al realizar su peritaje.

⁶⁶ Ibídem

Como resultado de los criterios señalados y los métodos que sirven para acreditar nuestra cadena, nos podemos dar cuenta que cada persona que ha intervenido en la cadena es importante para el proceso penal, es por eso que cuando se está llevando el juicio existe la necesidad de llamar a cada persona que participó en el proceso de la cadena de custodia, desde la persona que hizo el hallazgo hasta las personas que estaban encargadas de su preservación, pasando por los peritos o la policía y por supuesto el fiscal. Así, el juez tendrá la oportunidad de conocer de manera directa que pasó con la cadena de custodia, verificar lo que se encuentra en el registro y como es normal podrá resolver cualquier inquietud sobre el procedimiento.

2.10 Evidencia Contaminada

Puede ocurrir que uno de las personas no cumplió cabalmente con el procedimiento. En este caso, deberemos de tratar de subsanar de la mejor manera los errores y continuar con la cadena. Cuando se presente como evidencia, deberemos detallar lo sucedido y como es obvio ese indicio tendrá menos valor para el juez y es posible que no permita que este se haga de una convicción necesaria para resolver el caso. A esto le conoce como “interrupción de la cadena de custodia”.

Cualquier interrupción debe ser señalada describiendo los problemas y que pasó en la realización del mismo. Igualmente, dentro del registro, deberemos escribir en qué momento sucedió y a cargo de quien estaba al momento de la interrupción, como las medidas que se tomaron para poder continuar con la cadena. Puede ser el caso de que el daño sea

verdaderamente grave, lo cual generará que la prueba no se pueda presentar ante el juez, como también puede pasar que la interrupción no afecte en lo absoluto en la autenticidad del elemento probatoria, esto habrá que justificarlo ante el juez.

Finalmente, es importante decir que las personas en general tenemos derechos y obligaciones, pero de manera especial los servidores públicos tienen que observar el mandato de la Constitución y la ley competencias y responsabilidades, lo cual sobretodo está encaminado a llevar una prestación de servicio eficiente y de calidad. En nuestro caso, nos referimos a la administración de justicia, donde la cadena de justicia, como ya hemos dicho, protege diferentes derechos, este proceso tienen una gran responsabilidad; es, por esto, que están obligados a un buen empleo de la normativa y de las técnicas de seguridad, de lo contrario, si alguien contamina los indicios se podría enfrentar a responsabilidades tanto penal, civil como administrativa; es por eso que podemos afirmar que el manejo de la cadena de custodia es un trabajo verdaderamente sensible.

Analizados a cabalidad todos los aspectos importantes de la cadena custodia y finalmente que pasa con la como parte fundamental del proceso investigativo, encuentro el momento preciso para dar respuesta a la pregunta del objetivo mismo de esta tesis, ¿cuáles son las consecuencias al incumplimiento de la cadena de custodia? La respuesta se ha esclarecido, en el transcurso de este análisis llevándonos a una respuesta directa, pero con mucho a ahondar como lo es la prueba ilícita que la trataremos a continuación.

CAPITULO 3

LA PRUEBA ILICITA.

3.1 La Legalidad de la Prueba.-

Para continuar con este capítulo es importante establecer de donde nace esta idea, y en términos claros la figura de la prueba ilícita tiene su polaridad en el principio de LEGALIDAD de la prueba, radicando su importancia en las bases mismas de la prueba y ya generalmente mencionados en los capítulos precedentes pero para un entendimiento concordante es menester integrarla en este tema.

La justicia es la estrella tutelar de nuestro derecho penal procesal, es así que la Constitución ha establecido a más de un debido proceso una serie de derechos y garantías dentro del mismo, en participación conjunta con principios inamovibles y previamente establecidos.

Así el Art. 83 de nuestro último Código de Procedimiento Penal prescribía que la prueba solo tendrá valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio de conformidad a lo prescrito y ordenado por este mismo cuerpo normativo. De tal manera que cualquier otro medio queda prohibido o cualquier mecanismo de obtención contrario a la normativa constitucional, internacional y demás del ordenamiento jurídico, quedan indudablemente excluidos para la obtención de la prueba.

Con el nuevo Código Orgánico General de Procesos elaborado por (ASAMBLEA NACIONAL, 2015) se establece en su Art 160 que: *“Para ser admitida, la prueba*

*debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad.”*⁶⁷

Y (ASAMBLEA NACIONAL, 2015) el Art. 164 complementa el anterior en la medida en la que nos dice que:

“Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

*La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.”*⁶⁸

Con la vigencia del COIP es el Art 454 quien regula este tema y nos dice: “El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios:

1. **Oportunidad.**- Es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio.

Los elementos de convicción deben ser presentados en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. Las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio.

⁶⁷ ASAMBLEA NACIONAL. (2015). *CODIGO ÓRGANICO GENERAL DE PROCESOS*. QUITO: Ediciones Legales.

⁶⁸ *Ibídem*

Sin embargo, en los casos excepcionales previstos en este Código, podrá ser prueba el testimonio producido de forma anticipada”. (NACIONAL, 2015)⁶⁹

De lo dicho en el artículo anterior podemos inferir que la legalidad de la prueba se construye por medio de cuatro momentos claves estos son: solicitud, disposición, práctica e incorporación dentro del proceso penal, para que esta goce de completo valor jurídico, para se garantice su vigencia y aplicabilidad es indispensable que esté sometida exclusivamente a las disposiciones legales del ordenamiento jurídico, no puede entenderse su vida sin la estricta aplicación de las disposiciones; en el caso de las constitucionales que se refieren a las garantías que se tomaran en cuenta en la recepción y producción de la prueba.

Como sabemos la prueba en materia penal es aquella que estará sometida a un procedimiento exclusivamente formal pues serán la partes procesales como son: el fiscal, el querellante (de ser el caso) el imputado y el defensor en representación de los intereses del imputado que con su intervención consciente que la reproducirán dentro procesal.

En razón de la intervención de las partes la prueba tiene:

- a) Fase de investigación
- b) Fase de descubrimiento de las pruebas
- c) Fase de ofrecimiento o anuncio de pruebas Derecho Procesal Penal.
- e) Fase de valoración.

- a. La Fase de Investigación.- En términos del autor (ROXIN, 2000) muestra un análisis manifestando que, en contraposición al proceso civil en el proceso penal rige el principio de investigación, también llamado principio de la verdad material o principio instrucción o inquisitivo.⁷⁰

Con esto el autor quiere ahondar más profundo en las importancia de la investigación en el derecho procesal, pues a diferencia del derecho civil este debe escavar hasta lo más esencial para obtener los indicios que puedan dar con la responsabilidad del acto, a su vez servirá todo este trabajo para el momento probatorio y finalmente nos ayudara al juzgador con claridad y certitud sobre la responsabilidad y la posible o no posible sanción para el imputado. Es importante destacar que no el trabajo del fiscal como ya lo he mencionado en el capítulo anterior sería nada eficaz y por decirlo en otros términos, nulo sin la colaboración de la policía judicial, medicina legal y forense, peritos quienes participan como un todo en la investigación.

Aclarando, es en este momento procesal donde la investigación está a cargo del fiscal y está siempre será oficial, durante esta instancia el objetivo es procurar que la fiscalía obtenga todos los medios probatorios idóneos, conducentes y que permitan fundir una imputación con bases sólidas, fuertes, para de reconstruir los hechos pasados tal y como ocurrieron.

Pero no podemos dejar lado y solamente considerar una imputación del hecho delictual sino adherida a la indagación de la verdad real, es por esta razón que en esta

⁷⁰ 10 ROXIN, Claus. (2000). Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.. p. 99

fase el fiscal se cuenta con el apoyo de la policía judicial y de peritos. Es entonces en la investigación procesal vista como parte elemental del proceso penal pues permite tres situaciones claramente vistas, de tal virtud que: en primer lugares con la cual se obtendrá los indicios que permitirán acusar o no a una persona determinada; en segundo lugar con estos mismos indicios deberán ser justificados (cumpliendo el principio de nexo causal ya mencionado) en la etapa probatoria con la aportación de pruebas y finalmente poder declarar la responsabilidad o en su caso la absolución del imputado.

- b. La fase de descubrimiento.- A diferencia de la etapa anterior esta etapa no goza de oficialidad de la etapa precedente pues con esta cualquiera de las partes que intervienen en el proceso puede encontrar las pruebas necesarias es decir, elementos, testigos, y demás que serán introducidos al proceso con el fin de establecer una prueba lo suficientemente sólida. Por ejemplo en el caso del fiscal, el puede obtener todos los indicios, vestigios, elementos etc, sin embargo la defensa al mismo tiempo puede encontrar elementos probatorios para argumentar en su defensa. Es importante recalcar que esta etapa es por lo tanto una importante Así como el fiscal de su investigación puede encontrar los elementos que utilizará como pruebas (testigos, indicios, etc) también la defensa puede encontrar este tipo de elementos probatorios.

- c. La fase de ofrecimiento o anuncio de pruebas es importante ya que le da validez procesal a las pruebas y a la vez las hace viables para el conocimiento judicial, estas pruebas deberán ser incorporadas al proceso cumpliendo las formalidades exigidas, esta etapa se encargará la parte que propone las pruebas. En esta etapa procesal el principio de igualdad de las partes, faculta a cada una de ellas solicitar las pruebas que creyeren pertinentes.
- d. La fase de presentación es específica, se lo hará en el momento de la audiencia oral y pública, en donde se valorarán, acreditarán e introducirán al proceso ante el juez las pruebas obtenidas, este las observará, escuchará o realizará cualquier acto orientado a conocer el contenido de las pruebas presentadas.
- e. La fase de valoración que es la etapa de juicio y la de mayor importancia pues deben llevar a que al convencimiento del juzgador; pues, en la cual el juez valora en su conjunto todas las pruebas aportadas, en base a la sana crítica, lógica jurídica y la normativa vigente, por lo cual el tribunal deberá fundar su sentencia, sin más, que en toda la prueba aportada por los sujetos procesal, aunque de ser pertinente puede recurrir a la incorporación de otra, con el fin de obtener una real y cierta convicción para la emisión de su dictamen final.

Es entonces que la prueba debe estar actuada en base a toda la normativa jurídica vigente, garantías, derechos, fundamentalmente por principios los principios de publicidad, inmediación es decir el juez presencia por sí mismo de todos los actos probatorios a mas que se pose el poder de dirección y de decisión en el proceso, el principio de libertad probatoria para las partes también está vigente, a su vez el de contradicción garantiza a las partes la presentación de la prueba y el derecho a rebatir o de así necesitarlo solicitar la exclusión de la prueba.

Resumiendo, y de manera lógica la prueba posee ciertas formalidades para su legalidad que son:

1. Con respecto a la carga material, es al acusador particular a quien le corresponde probarla.
2. Las partes deberán abstenerse de presentar pruebas por medios ilícitos
3. La prueba obtiene carácter de tal cuando es introducida al juicio oral subsumida a los principios de contradicción, inmediación y publicidad.
4. Los medios probatorios empleados deben ser tales que no se basen en meras presunciones.
5. La valoración la realiza el ente juzgador.
6. Libertad probatoria para los sujetos procesales
7. Las pruebas deberán tener un nexo causal es decir directa o indirecta relación con el hecho delictual.

Una vez clara la legalidad de la prueba y en lo que desencadena su importancia el autor (FERRAJOLI, 1995) nos trae una interesante reflexión: “La tercera garantía procesal de segundo grado, apta para garantizar la satisfacción y el control de todas las demás, es el desarrollo de las actividades judiciales, y sobre todo de las probatorias, según formas y procedimientos predeterminados por la ley. Es claro que no quedaría asegurada la actuación de ninguna de las garantías procesales si no estuvieran prescritas y sancionadas sus modalidades. El conjunto de estas modalidades y formalidades que conforman el rito fue instituido, como dice Carrara, para frenar al juez. Un código de procedimiento que prescribiera ciertas formas, sin decretar la anulación de los hechos con que a ellas se contraviniera, sería una mixtificación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacerle creer al pueblo que se provee a la protección de las personas honradas, en tanto que a nadie se protege. Por ello, la observancia del rito no es sólo una garantía de justicia, sino también una condición necesaria de la confianza de los ciudadanos en la justicia”⁷¹

Entendida la legalidad de la prueba no solo desde una visión procesal de respeto al debido proceso y a la vigencia del ordenamiento jurídico de un estado de derecho, sino desde una visión de justicia social, voy a continuar con el tema cardinal de este capítulo.

⁷¹ LUIGI FERRAJOLI, 1995, Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, España, Pág. 121

3.2 La Prueba Ilícita.-

Dentro de la doctrina no existe uniformidad de criterios con respecto a este tema, es así que como prueba ilícita la terminología no es nada precisa o única, es así que para llamarla se han utilizado indistintamente términos tales como prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular o incluso de prueba clandestina.

El autor (CAFFERATA NORES, 1988, págs. 197-198) nos dice en un sentido amplio que:

*“En el proceso penal se debe hacer operativa las garantías constitucionales, de suerte que se debe privar de valor, no sólo a las pruebas que constituyan el corpus de su violación, sino también a aquellas que sean la consecuencia necesaria e inmediata de ella, descalificando así tanto sus quebrantamientos palmarios o evidentes, como los larvados o encubiertos.”*⁷²

Nos referimos en este caso toda vez que una prueba es obtenida violando, despuntando o quebrantando las barreras normativas legales y las éticas con el objeto de incorporarlas en el proceso penal y que producen al mismo tiempo un menoscabo a la dignidad humana, en lo que nos respecta esta prueba resulta procesalmente inadmisibles y, por consiguiente, debe ser apartada o excluida como elemento de juicio.

⁷² CAFFERATA NORES, J. I. (1988). *La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales: Temas de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Depalma. Pp 197-198

Es decir puede ser entendida en su significado elemental como aquella prueba que viola derechos fundamentales o garantías constitucionales, significa por lo tanto toda prueba que sea obtenida en estas condiciones carece de toda validez legal, de tal manera que se convierte en una prueba nula de pleno derecho, con esta dialéctica de comprensión podemos dirigirnos hacia lo que plantea nuestra Constitución de Montecristi, que establece que:

“Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna”⁷³

Lo que notamente nos plantea por lo tanto este artículo para el sistema ecuatoriano es el PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN ABSOLUTA, de la prueba ilícitamente obtenida.

En la práctica jurídica lo que ocurre es que los fiscales, y abogados tienden a modificar las pruebas con la finalidad de abalizar su teoría y justificar que los hechos ocurrieron de una manera y no de otra, armando un proceso mental de lo que sucedió, y modificando la prueba. Sin embargo, es menester dejar clarísimo que esta prueba carece de eficacia probatoria, vista tanto por una óptica nefatadamente jurídica o en su caso también carece ética profesional generando una afectación directa hacia la sociedad.

De lo dicho y en términos del Dr. Alfredo Zambrano Pazquel existe una necesidad fortísima de excluir la prueba ilícita dentro del sistema jurídico.

⁷³ Constitución de la República; 2014 registro oficial. Art 76

3.3 Prueba ilícitamente obtenida.-

Como ya he dicho en capítulos precedentes en cuanto a prueba se trate, el rol del juzgador es en primera instancia verificar si la prueba aportada no adolece de alguna ilicitud sea esta constitucional o legal, en otras palabras que es decir que ha sido obtenido mediante procedimientos contrarios a la normativa vigente, también que afecta derechos fundamentales o de las personas pues la fuente de donde esta surgió los violenta o es ilegal; también puede ser posible que no preservó u mantuvo en observancia a la cadena de custodia, y finalmente pues esta prueba ha sido incorporada sin respetar las disposiciones legales de obligatorio cumplimiento y observancia por ser derecho PÚBLICO.

Corroborando al principio constitucional de Exclusión Absoluta de la prueba el legislador en el COIP ha ratificado su posición sin nada decir sobre la legalidad, observancia de disposiciones o respeto a derechos fundamentales para obtención de esta prueba, por el contrario el inc.1 del Numeral 6 del Art 454 del COIP, a preferido ordenar la exclusión de estas pruebas y su ineficiencia probatorio.

3.4 La teoría de los Frutos del Árbol envenenado.-

Esta teoría posee sus cimientos en la idea de que cualquier prueba sea esta directa o indirectamente presentada y mediante un nexo sin que importe cual sea, se le pudiera asociar claramente con una prueba nula, de ser esta la situación debía ser tener un trato igualitario y será estimada como nula; es decir, y en otras palabras para la obtención de una prueba que no alcanza o supera un control mínimo de legalidad será excluida. Dentro de esta idea

tenemos los casos en los que si se obtuvo los elementos probatorios vulnerando por ejemplo el derecho a la intimidad, o la inviolabilidad del domicilio, (garantías claramente establecidas en la constitución) se convierte en ilegítima y su nulidad del todo insubsanable, acarreará y arrastrará las nulidad de todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas.

El antes mencionado método concede al sistema penal que los efectos de una prueba declarada nula obtiene un nombre bastante metafórico como la teoría de los frutos del árbol envenenado; esta metáfora comparativa se presenta en el sentido de que cuando un árbol esta envenenado todo los frutos que este posee en sus ramas también estará contagiados por la enfermedad que este posee.

Esta teoría posee su centro de origen de en el caso Silverthorne Lumber Company contra Estados Unidos, el 26 de enero de 1920 con el nombre en inglés del Fruit of the poisonous tree doctrine; esta mostró que cuando los agentes del Gobierno estadounidense allanaron las oficinas de Frederick W. Silverthorne y fueron este empresario junto con su padre detenidos fundamentado esta decisión en los libros contables que fueron encontrados en aquel registro, y que con posterioridad este acto fue declarado ilegal, apelando a la cuarta enmienda constitucional del Estado Unidos de Norte América. La decisión resolutive dictada por el Tribunal Supremo estadounidense, en aplicación de un recurso de apelación, puntualizó esta teoría, sin embargo aún no se llegaba a establecerla en el nombre poético ya mencionado.

Es por el contrario es con el caso Nordone contra Estados Unidos el 11 de Diciembre de 1939, la primera vez que en sentencia que se mencionó expresamente cuando se interceptó

a el teléfono a un contrabandista de alcohol: en este contexto sabemos que es el juez el que debe dotar la oportunidad de demostrar a los acusado que una parte de sustancial importancia que la acusación sobre ellos recaía era resultado o románticamente conocido como el fruto de un árbol envenenado. (VACA ANDRADE, 2015) ⁷⁴

3.5 Estándares de la Prueba Ilícita.-

Para el autor Miguel Carbonell según lo cita el autor Alfonso Zambrano en su estudio introductorio al COIP nos dice:

“La Fracción IX del apartado A del artículo 20 incorporado a nivel constitucional, a partir de la reforma publicada el 18 de junio de 2008, un principio que ya figuraba en varios códigos de procedimientos penales y que es muy conocido en el derecho comparado. Nos referimos al principio de exclusiones de las pruebas obtenidas ilícitamente. En el caso específico de la fracción mencionada se establece que dicha ilicitud acontece cuando la prueba se sostiene violando derechos fundamentales y además se señala que la consecuencia será la nulidad de la misma, es decir su inexistencia para cualquier otro que se inicie con posterioridad” ⁷⁵ (CARBONELL, 2008, págs. pp 20-22)

Con esto el autor quiere dejar claro que la no aceptación de hechos viciado de inconstitucionalidad y de ilicitud, y conjuntamente que las autoridades sea el personal de

⁷⁴ VACA ANDRADE, R. (2015). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Tomo II*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.

⁷⁵

criminalística, de investigación o el fiscal, no puedan violar derechos fundamentales en investigación, pero en el caso de hacerlas que estas queden “neutralizadas”, dentro del proceso penal, con independencia a las posibles sanciones que les acareara por el cometimiento de dichos actos.⁷⁶ (ZAMBRANO PAZQUEL, 2013, pág. p 70)

Si se admitiera esta idea, nos encontraríamos frente a dos violaciones, por un lado el hecho mismo que lleva a la violación del derecho y por otro lado que esta se usada en el proceso en contra de la misma persona que sufrió la primera violación.

En el sistema norte americano se han tomado ciertas teorías que permiten por decir de esta manera, el ingreso en el proceso de pruebas obtenidas con violación de derechos y que claramente son nulas pero que argumentan lo contrario de lo dicho en el párrafo anterior, pues apuntan hacia la inexistencia de conexión entra la violación primera y la incorporación posterior de la prueba al proceso, en razón de que prime la idea de esclarecer al juez todos los hechos.

Estas teorías son:

3.5.1 La Limitación de la “Fuente Independiente”.

Esta teoría más que estar en contra de la exclusión de la prueba ilícita lo que nos muestra es una exclusión a esta teoría pues nos habla de la obtención de una prueba de una fuente independiente por ende una prueba limpia. En otras palabras los datos que se hayan obtenido

⁷⁶ Zambrano Pasquel, Alfonso (2013) Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral. Tomo III Ed. Corporacion de Estudios y Publicaciones. Quito. Pg 70

en primera instancia se puede pensar que se hagan intocables e inaccesibles, pero si su conocimiento ha sido alcanzado por una fuente independiente, pueden probarse como cualquier otro.

La sentencia Silverthorne de 1920, es la que da origen a esta teoría pues en esta se sostuvo que donde la regla general de la exclusión absoluta no quiere decir que imperiosamente los hechos conseguidos ilegalmente puedan ser transformados en sacros e inaccesibles. Por este motivo si el conocimiento de las circunstancias se lo hace a través de una fuente independiente, que da claro que pueden ser utilizados en el proceso. Como mencione anteriormente el análisis que recae sobre esta sentencia con el trascurso del tiempo, nos a permito concluir que no se trata en estricto sentido de un excepción al principio de la exclusión absoluta de la teoría de los frutos del árbol envenenado sino por el contrario se trata del evento en el que los hechos se hayan obtenido por fuentes completa y perfectamente separados de un acontecimiento ilegal, libre de vicios.

A lo que podría decir que se trata de aquellos existen dos caminos distintos, uno legal y otro ilegal para la demostración de un mismo hecho, y notamente entre ellos dos no existe ningún vínculo. Sin embargo el rol difícil esta dado al juez pues, es el quien debe definir con exactitud cuáles son los hechos que provienen del árbol envenenado y cuales proviene del árbol sano.⁷⁷ (GUERRERO PERALTA, 2013)

En corolario, la teoría “Independent source” no es más que la formula negativa de las

⁷⁷ GUERRERO PERALTA, O. J. (2013). *FUNDAMENTOS TEORICO CONSTITUCIONALES DEL NUEVO PROCESO PENAL* . Bogota : Nueva Jurídica. Pp. 435 - 439

otras reglas de exclusión probatoria, pues si estamos frente a toda prueba ilícita y por lo tanto indebidamente actuada, no podrá ser otra indiferente a que sea independiente de ella.

3.5.2 La limitación del nexo causal atenuado, tacha saneada o fuente cuasi-independiente.

Es este caso la limitación de la “fuente independiente”, toma su punto de partida de la premisa de que la fuente que va producir la prueba final se mantiene completamente aislada del efecto de aquella que violó algún derecho fundamental. Es decir entonces que , ambas pruebas, a pesar de su presunta conexión, se conservan, y efectivamente sin relación alguna entre ellas.

Para el autor (ZAMBRANO PAZQUEL, 2013, pág. pp 72)

*“La teoría de la conexión atenuada, se considera que no es aplicable la regla de exclusión cuando la distancia entre la prueba viciada y una segunda prueba no permita considerar que la primera afecta a la otra, de forma que la manscha original haya sido “borrada”. Así lo sostuvo la Suprema Corte estadounidense en Nordone versus United States, de 1939, y en el caso Wong Sun versus United States”*⁷⁸

Esta teoría procesal penal norteamericana nos presenta ciertos elementos que se ha ido armando con el pasar del tiempo para establecer ciertas circunstancias en las que una

⁷⁸ ZAMBRANO PAZQUEL, A. (2013). *Estudio Introductorio al Código Organico Integral Penal. referido al Libro Segundo TOMO III*. Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones CEP. pp. 72

“mancha” puede ser considerada como limpia de tal manera que no afecta la admisión de los elementos probatorios dentro del proceso. Nos referimos a estos factores:

- A. Cuando el tiempo transcurrido entre la primera ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas. A mayor tiempo existirá más probabilidades de la admisión.
- B. Cuando existen acontecimientos que participan entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas. Si la serie de estos acontecimientos es extenso, la prueba será con mayor facilidad admitida, por el contrario si esta cadena lógica es corta, la inadmisibilidad es mucho más probable.
- C. La gravedad de la violación originaria, es decir si el árbol más envenenado se encuentra más lógico es la idea que la prueba será inadmitida, y lo mismo en el caso contrario.
- D. Finalmente la naturaleza de la prueba.⁷⁹ (ZAMBRANO PAZQUEL, 2013)

3.5.3- La Limitación del “descubrimiento inevitable”

Fue concebida en principio como una variante de la doctrina de la fuente independiente. Se diferencia de esta en que, en el caso de la fuente independiente, existe un cotejo inevitable entre dos fuentes con respecto a un hecho, en el descubrimiento inevitable lo que realmente existe es un análisis comparativo entre una fuente ilegal y un “camino legal hipotético que inevitablemente hubiese llegado a la misma conclusión”. Se trata de considerar

⁷⁹ ZAMBRANO PAZQUEL, A. (2013). *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. referido al Libro Segundo TOMO III*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP.

si la prueba encontrada como consecuencia de una ilicitud previa habría sido descubierta “inevitablemente”, de cualquier forma, por un método legal.

La razón de la validación de esta prueba, radica en que, inevitablemente, y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado en prueba de lo descubierto, no obstante, por vía irregular.

El “descubrimiento inevitable” se diferencia pues de la “fuente independiente” en que lo importante a considerar no es si la policía en realidad consiguió la prueba confiando en una fuente no contaminada, sino en si la prueba adquirida de hecho gracias a una violación constitucional, habría sido, de lo contrario, descubierta por medio de una fuente sin tacha. Con esta teoría plantea que la exclusión de la prueba no aplicara cuando estemos frente a una prueba ilegal que dista mucho de la segunda.

3.6 La teoría del fruto del árbol envenado en el Ecuador.

Como ya se ha mencionado el Art. 76 numeral 4 de la Constitución de 2008, establece claramente la inadmisibilidad o ineficiencia de la prueba que no cuenta con una autorización escrita de un juez penal dirigida al fiscal para que la realice, por ejemplo se inicia un proceso por grabaciones de video u audio que de muto propio podría hacer cualquier ciudadano. De lo dicho se desprende notamente que el Principio de exclusión absoluta de la prueba ilícita prevalece constitucionalmente.

Es a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi el 15 de Octubre de 2008 que se consagra al Ecuador como un Estado constitucional derechos y justicia, de

tal manera que las actuaciones de los servidores públicos estará encaminada siempre al cumplimiento y vigencia de principio y disposiciones constitucionales desde una óptica objetiva con el fin primero de garantizar los derechos de los ciudadanos; segundo como sistema limitante al poder estatal y tercero para la realización de la justicia.

Pues de los ejemplos mencionados en primer párrafo se desprenden el art 76 que establece que entre las garantías de las personas está el derecho a la intimidad personal y familiar en su numeral 20, y también derecho a la inviolabilidad de correspondencia física y virtual, estas pueden ser abiertas y examinadas como excepción, bajo la previa intervención por parte de juez. Es así que dentro de estas excepciones el COIP lo ha previsto de exhaustivamente los casos y sus procedimientos: en el Art 475 establece la retención de correspondencia, el Art 476 la interceptación de comunicaciones o datos informáticos. Lógicamente el juez esta investido de la competencia para autorizar a petición motivada del fiscal dentro de los actos investigativos y probatorios que acarrea con notable transparencia la limitación a los derechos de intimidad y buen nombre protegidos por la constitución. (ZAMBRANO PAZQUEL, 2013) ⁸⁰

Es importante mencionar que respecto al derecho a la intimidad puede que la información obtenida llegara lesionarlo por lo que existe una excepción procesal penal perentoria, de ineficacia probatoria por vicio improcedendum que lo establecido el Código Procesal Penal en el año 2009. Pues con las reformas al del 2000 se permite que se

⁸⁰ ZAMBRANO PAZQUEL, A. (2013). *Estudio Introductorio al Código Organico Integral Penal. referido al Libro Segundo TOMO III*. Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones CEP.

introduzcan prueba obtenida de grabaciones de cámaras de seguridad o de lugares públicos sin autorización del juzgador, así también se permite que se divulguen grabaciones de audio o de video obtenidas por uno de los intervinientes. Constituye por lo tanto un menos cabo al derecho de la intimidad pues la persona afectada pudo no haber emitido su consentimiento para que se efectuó la grabación. Dentro de este mismo contexto actualmente el COIP concede a la fiscalía en sus representantes el uso para la investigación de medios técnicos, electrónicos, telemáticos, informáticos, bajo previa autorización del juez.

Es imprescindible saber que todos los elementos de la investigación, sometidos a cadena de custodia y estudios científicos y técnicos sometidos a peritaje deben estar siempre supeditados a mostrarlos como elementos probatorios íntegros, auténticos bajo el respeto imperioso hacia las garantías y derechos fundamentales establecidos en la ley y la constitución de la república

Cuando estemos frente a casos donde el hecho constitutivo del delito se encuentra registrada en filmaciones o grabaciones registradas con total espontaneidad al momento mismo de la perpetración, a través de cámaras de seguridad ubicadas en lugares públicos o medios de comunicación social, podrán ser usados tanto en la investigación como para ser introducidos en la etapa del juicio como elemento probatorios para el proceso.

Dentro de las bases del derecho en general sabemos que será total obligación legal, ética y moral de las partes procesales y la fiscalía de ofrecer al juzgador la prueba de forma transparente, libre de vicios, de engaños, de artimañas, o de alteraciones entre otros que degeneren en un menos cabo para la voluntad, o pueden inducir a la comisión de la infracción

de tal manera que estaríamos frente a actos de extrema lealtad y de total vulneración de los derechos del imputado.

El COGEP en su afán garantista dentro del art 160 nos dice que:

“En la audiencia preliminar la o el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente.

La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley.

Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir.”⁸¹ (ASAMBLEA NACIONAL, 2015)

De todo lo dicho podemos conceptualizar que la prueba ilícita en nuestro sistema rige con el principio de exclusión absoluta de esta prueba, en conjunta participación de la teoría del árbol envenado esta garantiza la no introducción de ningún indicio probatorio que haya violado la cadena de custodia, o haya sido adquirida de forma ilegítima, ilegal para interés de las partes y sujetos procesales.

La mayoría por no decir la totalidad de la prueba aportada al proceso, estará sometida a cadena de custodia y/o al examen pericial de los indicios y vestigios encontrados con el fin

⁸¹ ASAMBLEA NACIONAL. (2015). *CODIGO ÓRGANICO GENERAL DE PROCESOS*. QUITO: Ediciones Legales.

de que sea la ciencia y la técnica las que reinen en el proceso en la medida en la que colaboren directamente para lograr en convencimiento del juzgador.

Sin embargo es el mismo ordenamiento jurídico que emite otras normas que yo las considero unas salvedades con el fin de garantizar la justicia, una verdad no solo subjetiva sino material, y amparada en varios principios constitucionales y normativos como por ejemplo la libertad procesal. Pues si estamos notamente frente a un tema donde exista prueba ilícita dentro de un proceso penal, sabemos con certitud que por su estado va excluirse del proceso, no obstante que pasa si esta pruebas de vital importancias para establecer responsabilidades y dar con el esclarecimiento mismo del hecho delictivo?

En razón de este argumento el (Codigo Organico Integral Penal (COIP), 2014) en el párrafo final del Art. 453 se establece que:

“La demostración de la autenticidad de los elementos probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presenta.”⁸²

Es sin duda con este artículo una excepción a la prueba ilícita que se podrá realizar durante la etapa de juicio, por las partes que lo haga y que no hayan aparentado dentro de la investigación previa como elementos, indicios o vestigios de la cadena de custodia.

Esta excepción no debe confundirse con la nueva prueba que nos trae el COGEP en el Art 164, (y sabemos que nos dirigimos a este cuerpo normativo pues el COIP nada dice sobre este tema)

⁸² *Codigo Organico Integral Penal (COIP)*. (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

“Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. La o el juzgador podrá aceptar o no la solicitud de acuerdo con su sana crítica.”⁸³
(ASAMBLEA NACIONAL, 2015)

Por lo tanto esta figura se establece con la finalidad de ponderar principios como la libertad probatoria y sobre todo la veracidad al proceso de aportar elementos que en su momento no fueron obtenidos y que son nuevos, en definitiva son necesarios para el proceso y la decisión que posteriormente emitirá el juzgador.

⁸³ ASAMBLEA NACIONAL. (2015). *CODIGO ÓRGANICO GENERAL DE PROCESOS*. QUITO: Ediciones Legales.

CONCLUSIONES

La prueba dentro del sistema acusatorio penal oral se constituye como un elemento objetivo en el proceso que tiene como finalidad permitir al juez la obtención de una verdad; sobretodo esta nueva verdad que deja de ser solo subjetiva para transformarse en una verdad objetivamente presentada. En otras palabras, que el acto ilícito, cometido en un tiempo y espacio determinados o determinable, con una conducta antijurídica de quien o quienes actuaron o participaron concordante con la tipicidad de la normativa y que ocurrió en el pasado serán y deberán ser mostradas al juzgador o al tribunal, con el finalidad dirigida a establecerse en la formación de un criterio en la autoridad jurisdiccional, misma que propende sistemáticamente que de manera clara y veraz sea alcanzada la convicción de la autoridad.

El sistema de valoración de la prueba del juzgador estará dado por la autenticidad, legalidad, técnica y ciencia de la pericia, y la cadena de custodia; en este sentido garantiza la utilización de la prueba netamente legal y autentica, con un grado de técnica y ciencia a través del peritaje y respeto a la cadena de custodia; en otros términos busca que la prueba al adquirirse e incluirse con estos cuatro elementos sea transparente y legal. Al cumplir la prueba con estos principios para ser valorados, eleva esta actividad a con mas técnica, ciencia, y legalidad, de tal manera que la decisión futura del juez no estará fundamentada en la duda, sino al contrario en establecer su convicción del acto y la responsabilidad de las personas. De esto es notable remarcar que aparece un nuevo sistema de valoración de la prueba poco

definible con sistemas valorativos anteriores, y que busca con nuevos criterios alcanzar a una forma de valoración que no es del todo clara, y que podría generar confusión y contradicción con el sistema de la sana crítica que establece el COGEP, entre otros cuerpos normativos. Empero no se puede dejar de lado la doctrina neo-constitucional que llama al juez a retirarse la venda de los ojos y ver con claridad los sucesos, ver y escuchar a las partes y terceros con la finalidad de alcanzar la ya mencionada, verdad objetiva para tomar una decisión.

Nuestro sistema continuando con los cambios, se encuentra dotado claramente de uno sustancial que pesquisa elevar a la prueba a un nivel tal científico que nos cambia la concepción típica de que poseíamos sobre la prueba material, actualmente llamada prueba pericial, nombre que nos dirige a la conceptualización de esta, en la medida en la que todos los indicios, vestigios, elementos probatorio obtenidos en la investigación, en la escena del delito, por el sistema de investigación, ciencias forenses y medicina legal estarán sometidas al peritaje. Es sistema pretende que con la participación de un docto, de un experto en un tema específico y el cual domina, como es el perito, quien colabora con el juzgador con su informe y testimonio dentro del proceso, este obtendrá una veracidad material y no subjetiva de lo incorporado al proceso.

Es de esta premisa en la que nos insertamos al momento un tanto romántica del sistema penal, sobre el cual se cimenta el papel fundamental y correlacionado que posee dentro de nuestro sistema actual la etapa investigativa y la cadena de custodia. Debido a que como sabemos el fiscal será quien conozca la noticia criminis cuando se esté frente a delitos de acción penal pública, y bajo su cargo estará la dirección estará la investigación con la

colaboración del sistema investigación, de medicina legal y ciencias forenses. Con el fin de obtener todos los elementos necesario y de convicción, sin que quede eslabones sueltos, con respeto total a los procedimientos normativamente establecidos y toda la normativa constitucional y garantista, para ser incorporados y analizados en su etapa procesal.

La cadena de custodia jugando un rol un tanto defensivo y de ataque del sistema nos introduce en la noción de que todos lo que podría ser utilizado como prueba y obtenidos resultado del delito deben ser recolectados, embalados, protegidos, y preservados desde que sea entregados a los peritos, luego para el juicio, e inclusive se considera indispensable una preservación posterior al juicio. Evitando de toda forma su alteración, modificación o contaminación.

Se ha hecho esfuerzos normativos por regular de una manera idónea los temas referentes a la cadena de custodia para así garantizar los diferentes derechos que esta protege. Aunque estos no serán del todo bastos para el cabal cumplimiento de los mismos, es decir reconocemos un avance formal del sistema investigativo de medicinal lega y ciencias forences mas no por el momento un avance material.

Empero, y siendo el tema fundamental de este trabajo analítico las consecuencias al incumplimiento de la cadena de custodia en los elementos probatorios nos dan como resultado, como ya he mencionado la PRUEBA ILICITA, es decir que todo prueba obtenida con violación a la normativa, ilegítima o que haya sido obtenida de forma ilegal no podrá ser incorporada al proceso. Sabiendo que este sistema exclusivista absoluto parte desde la constitución, se expande y travesa los demás cuerpos normativos en este nuestro caso los

penales, fundamentada en el idea garantista de la normas y principios, del debido proceso y la justicia. Es por lo tanto que el sistema ecuatoriano penal adquiere y plasma esta figura en La Teoría de los Frutos del Árbol envenado, si bien es un teoría optada por en su origen por el sistema anglosajon, actualmente doctrinarios de nuestro sistema como lo son Ricardo Vaca Andrade y Alfonso Zambrano Pazquel, dejan claro que dentro de nuestro sistema debe manejarse esta prueba de tal manera que la absoluta exclusión al proceso, se transforma en una necesidad, un hecho y sobre todo un imperativo obligatorio, con el fin de recubrir al proceso de criterios netamente legalistas que alcanza su fundamento en la rehinvindicación a todos las irregularidades vividas en los anteriores cuerpos normativos.

Finalmente como corolario, el COIP presenta algunos problemas que dentro de Estado Constitucional de Derecho y Justicia pueden verse confundidos. Nuestra constitución cuenta con principios y garantías que la travesra, característico del neo-constitucionalismo y del garantismo que posee. Por un lado si bien el COIP procura conherencia con la carta magna del país con muchos avances para nuestro sistema acusatorio oral penal, es, en este cuerpo normativo donde se plasman también algunos retroceso por ejemplo, en lo que respecta a penas y sanciones el volcamiento o retorno hacia un sistema inquisitivo, que podrían mezclarse de tal manera que, se podría mutar al Estado, en uno con un carácter extra punitivo y legalista, que si bien desde ópticas doctrinarias diversas y practicas facilita la administración de justicia pues reivindica las irregularidades procesales a sistemas procesales precedentes y que tuvieron total vigencia en el Ecuador, sin embargo en todo el contexto

ecuatoriano penal generaría confusión entre el garantismo constitucional vigente y la intensión poco clara del COIP. Por citar otro ejemplo de lo dicho en la que respecta también al sistema acusatorio vigente es un claro híbrido entre el casualismo y el finalismo, sus disposiciones son en su mayoría presente un serio análisis causa-efecto; y otras en menor cantidad con un análisis finalista, pero que dificulta la labor del juzgador, y introduce una obscuridad al todo el ordenamiento jurídico penal.

En lo que respecta de forma sistemática a lo positivo actualmente donde se establece nuevos tipos penales, reglas de juego funciones; donando un moderno aire hacia lo científico técnico, veraz, colaborativo; institucionalizando y sometiendo protocolos tanto procedimientos como actuaciones para todo el sistema penal e investigativo; por otro lado aborda con mayor conciencia temas de rehabilitación e inserción del delincuente que no deja de ser un importantísimo logro. Empero no se puede despojarse y apartar por los extremos formalismo y legalismos de la noción que nos direcciona y es estrella tutelar del derecho, la justicia, que es eje transversal de la Constitución, del Estado de derecho y una necesidad básica de la humanidad.

RECOMENDACIONES

Una vez concluido el análisis materia de este trabajo, es necesario realizar las observaciones y recomendaciones prácticas que he podido desarrollar durante la realización de este trabajo investigativo, estas son:

CONSIDERAR a la prueba como un medio indispensable para alcanzar la convicción del juez y el tribunal; y NO CONFUNDIRLO con una simple finalidad del sistema procesal, pues debido que a esta figura pondera su poder como un potente colaborador de la justicia y su correcta administración dan una dialéctica optima al proceso, bajo el respeto imperioso del ordenamiento jurídico.

VELAR por acercamiento material a el ejercicio practico de un correcto manejo de lo prescrito por la norma de tal manera los esfuerzos de la administracion publica estén encaminados a efectivamente el derecho penal sea de ultima ratio y en caso de necesitar al derecho punitivo, este logre una tutela efectiva de los derechos de la víctima y del procesado; pudiendo observar en el día al día este cumplimiento.

ASEGURAR el respeto a los procedimientos y protocolos establecidos para el manejo investigativo del hecho delictivo, tanto por el fiscal, el sistema investigativo, medicina legal, ciencias forenses y demás colaboradores, sin que ello conlleve un menos cabo a los derechos del procesado, la víctima, las partes y sujetos procesales,

INCULCAR, a la fiscalía, al sistema investigativo integral, medicina legal ciencias forenses, la policía nacional y sus colaboradores un conciencia de respeto sobre los indicios,

su manejo, cuidado y preservación de tal manera que su actuar no se encuentre mediatizado por presiones externas, intereses personales, irresponsable e ilegales, que no respondan a un actuar transparente y justo.

IMPLEMENTAR un respeto hermético al respeto y manejo de la cadena de custodia por todos quienes en ella participan en la investigación, y a su vez

DESARROLLAR capacitaciones jurídicas y sanciones para quienes acuden a la escena del delito, incluido médicos y policía nacional no judicial, que participan en estas actividades sin una conciencia, ni una formación jurídica criminalística, de tal manera que alteran los indicios y evidencia que posteriormente establecerá la responsabilidad o no del procesado, en resumen, esta irresponsabilidad pondrá en juego la libertad o no de una persona, o la violación de sus deberes fundamentales.

PROMOVER que reine la justicia y nos simples formalismos, la exclusión absoluta ilícita como ha sido una copia norteamericana, ha generado problemática sin embargo ellos han elaborado 3 alternativas adaptables con el fin de no caer en extremismo de exclusión que limitan la finalidad misma del ordenamiento jurídico y finalmente generan también un menoscabo a los derechos fundamentales de justicia.

VELAR por el cumplimiento absoluto de los principios del debido proceso, y del proceso penal, en lo que respecte la libertad probatoria

CONCEVIR al debido proceso, a los principios recogidos por el Constitución y el COIP y demás normativa del sistema penal como el camino sagrado para conseguir la tan anhelada justicia y el resguardo de los derechos fundamentales del ser humano.

Bibliografía

Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República* . Montecristi - Ecuador .

ASAMBLEA NACIONAL. (2015). *CODIGO ÓRGANICO GENERAL DE PROCESOS* .

QUITO: Ediciones Legales.

CABANELLAS de las TORRES, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos

Aires: Heliasta .

CAFFERATA NORES, J. I. (1988). *La prueba obtenida por quebrantamientos*

constitucionales: Temas de Derecho Procesal Pena. Buenos Aires: Depalma.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (12 de Octubre de 2015). *CÓDIGO*

FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Obtenido de

www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp_mex-int-text-cpp.pdf

CAMARGO, P. P. (2000). *El debido proceso*. Bogota: Leyer.

CARBONELL, M. (2008). No admitamos las Pruebas Ilícitas. En A. ZAMBRANO

PAZQUEL, *Estudio Introductorio Al Código Orgánico Integral Penal* (págs. 20-

22). Mexico.

Codigo Organico Integral Penal (COIP). (2014). Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Consejo Directivo de la Policía Judicial . (7 de Octubre de 2015). *Compras Públicas en el Ecuador*. Obtenido de MANUAL DE CADENA DE CUSTODIA DE LA POLICIA : <http://monicaaltamirano.blogspot.com/2012/02/manual-de-cadena-de-custodia-de-la.html>

Declaración Universal de los Derechos del Hombre. . (9 de Agosto de 2015). Obtenido de <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948->

DEVIS ECHANDÍA, H. (1981). *Teoría general de la prueba judicial. Quinta Edición. Tomo I*. Bueno Aires: Victor P. de Zavallia.

DEVIS ECHANDÍA, H. (2007). *Compendio de la prueba judicial. Tomo I* . Buenos Aires : Rubinzal Culzoni .

Diccionario de Real Academia de la Lengua. (17 de Agosto de 2015). Obtenido de <http://lema.rae.es/drae/>

FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. España : Trota.

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. (2014). *Manuales, Protocolos, Instructivos del Sistema Especializado Integral de Investigación Medicina legal y Ciencias Forenses*. Quito: Registro Oficial.

FRAMARINO DEI MALATESTA, N. (1964). *Lógica de las Pruebas. Tomo II* . Buenos Aires: General Lavalle .

GUERRERO PERALTA, O. J. (2013). *FUNDAMENTOS TEORICO CONSTITUCIONALES DEL NUEVO PROCESO PENAL* . Bogota : Nueva Jurídica.

GUERRERO VIVANCO, W. (2002). *Los Procesos Penales*. Quito : PUDELECO .

GUERRERO VIVANCO, W. (2004). *Los Sistemas Procesales Penales* . QUITO: PUDELECO.

LOPEZ ABREGO, J. A. (2012). *Criminalistica actual*. Estado de México: Ediciones Euromexico, S.A. de C.V.

MORA IZQUIERDO, R. S. (2012). Técnicas de investigación criminal en el sistema acusatorio, Criminalistica Actual. En J. A. Abrego, *Criminalistica Actual* . Mexico D.F.: Euroméxico.

Nacional, A. (2015). *CODIGO ORGANICO DE PROCESOS* . QUITO: Ediciones Legales .

NACIONAL, A. (2015). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Ediciones Legales.

ODERINGO, M. (1978). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Segunda Edicion.

PELLEGRINI, A. (1997). *Pruebas Ilícitas en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal*.

(Buomadre J., Coordinador). Buenos Aires : Abeledo, Perrot .

ROXIN, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial del Puerto s.r.l.

SANTIAGO, M. J. (11 de Octubre de 2015). *Servicios Periciales Sólidos*. Obtenido de

<http://peritosoaxaca.blogspot.com/>

SERRA Dominguez, M. A. (2006). *Aspectos Prácticos de la Prueba*. Barcelona : M. Bosh .

VACA ANDRADE, R. (2015). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Tomo II*. Quito:

Ediciones Legales EDLE S.A.

ZAMBRANO PAZQUEL, A. (2013). *Estudio Introductorio al Código Organico Integral Penal. referido al Libro Segundo TOMO III*. Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones CEP.

ZAVALA BAQUERIZO, J. (2002). *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III*. Guayaquil - ECUADOR: EDINO.