UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

NIVEL DE POST GRADO

MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

CONSTITUCIONALIDAD Y VALORACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO EN EL ECUADOR

Tesis previa a optar el título de magister en Ciencias Penales

AUTORA:

Dra. Aura Janeth Pardo Montero

DIRECTOR:

Dr. GABRIEL PAZ COSTA MG. SC.

LOJA-ECUADOR

2013

Dr. GABRIEL PAZ COSTA

CATEDRATICO DE LA CARRERA DE DERECHO, AREA JURIDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CERTIFICO:

Haber dirigido y revisado, durante todo su desarrollo el presente trabajo de investigación jurídica, que lleva por título "CONSTITUCIONALIDAD Y VALORACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO EN EL ECUADOR"; y por cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, autorizo su presentación y sustentación.

Loja, marzo de 2013

Dr. Gabriel Paz Costa
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Los conceptos, procedimientos de investigación y las consultas realizadas en el presente trabajo denominado "CONSTITUCIONALIDAD Y VALORACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO EN EL ECUADOR"; son de exclusiva responsabilidad de la autora, salvo las citas textuales que constan como tales.

Dra. Janeth Pardo Montero

AGRADECIMIENTO

Mi gratitud a la Universidad Nacional de Loja, y al Nivel de Post grado de la Carrera de Derecho, por la oportunidad que me ha brindado de realizar la formación universitaria de cuarto nivel dentro de sus aulas; mi en hora buena por el empeño de las autoridades por cumplir con la Misión y Visión de nuestra Alma Mater lojana en pro de quienes nos hemos propuesto obtener el grado de Magister en Ciencias Penales.

Mi especial agradecimiento, al Dr. Gabriel Paz Costa, Director el presente trabajo de tesis, por su aporte intelectual eficiente e incondicional y así mismo a todas las personas que prestaron su colaboración para el desarrollo de este trabajo.

LA AUTORA

DEDICATORIA

***A mis hijos**: Sergio, Ricardo, José David y Evelyn, lo mejor que la vida me ha dado y quienes me han impulsado a seguir superándome.*

***A mis padres**: incansables luchadores por formar mujeres y hombres de bien.*

***A mi familia y mis amigos** más allegados, por el apoyo incondicional que he recibido de ellos.*

Gracias por ser parte de este logro

Janeth

TABLA DE CONTENIDOS

Portada

Autorización

Autoría

Agradecimiento

Tabla de Contenidos

1 TITULO

2 RESUMEN

2.1 ABSTRACT

3 INTRODUCCIÓN

4 REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 EL PROCESO PENAL

4.1.1.1 EL PROCESO PENAL INQUISITIVO

4.1.1.2 EL PROCESO PENA ORAL

4.1.2 SUJETOS PROCESALES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO PENAL

4.1.2.1 EL FISCAL

4.1.2.2 EL OFENDIDO

4.1.2.3 EL PROCESADO

4.1.3 EL PAPEL DEL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES

4.1.4 ETAPAS DE INVESTIGACIÓN DEL DELITO

4.1.5 DERECHOS HUMANOS

4.1.5.1 OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO

4.1.6 DERECHOS DE PROTECCIÓN

4.1.7 GARANTÍAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO

4.1.7.1 EL DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO Y EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO

4.1.7.2 LA ORDEN JUDICIAL

4.1.8 LA CADENA DE CUSTODIA

4.1.8.1 IMPORTANCIA DE LA CADENA DE CUSTODIA EN EL PROCESO PENAL

4.1.8.2 INTEGRANTES DE LA CADENA DE CUSTODIA

4.1.9 LA PRUEBA

4.1.9.1 EVOLUCIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

4.1.9.1.1 LAS ORDALIAS

4.1.9.1.2 LA CONFESIÓN

4.1.9.1.3 LA PRUEBA TESTIMONIAL

4.1.9.1.4 LA PRUEBA INDICIARIA

4.1.9.2 CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA

4.1.9.3 LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

4.1.9.4 LA PRUEBA ILÍCITA

4.1.9.5 EL PROCESO VICIADO

4.1.10 NULIDADES PROCESALES

4.1.11 EL DELITO

4.1.11.1 ELEMENTOS DEL DELITO

4.1.12 EL DELITO DE NARCOTRÁFICO

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 LA INVESTIGACION CRIMINAL EN LOS DELITOS DE NARCOTRAFICO

4.2.2 LA TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO, ORIGEN Y ANTECEDENTES

4.2.3 FUNDAMENTO DE LA TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO

4.2.4 EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU INCIDENCIA EN LOS PROCESOS DE NARCOTRÁFICO

4.3 MARCO JURIDICO

4.3.1 ANÁLISIS DEL ART. 76# 4 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

4.3.2 ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES QUE IMPONEN RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PROCESADOS

4.3.3 ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS: 79, 80, 81, 84 y 92 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

4.3.4 ANALISIS DEL ART. 114-A DEL CODIGO PENAL

4.3.5 EXCLUSIÓN DE PRUEBAS EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA DEL JUICIO

4.3.6 LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS

4.3.7 LEGISLACIÓN COMPARADA EN CUANTO A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

5 MATERIALES Y METODOS

5.1 MATERIALES

5.2 MÉTODOS

5.3 TÉCNICAS

6 RESULTADOS

6.1 RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

6.2 RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

6.3 ESTUDIO DE CASOS

7 DISCUSIÓN

7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

7.3 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

8 CONCLUSIONES

9 RECOMENDACIONES

10 BIBLIOGRAFIA

11 ANEXOS

INDICE

1. **TITULO:**

“CONSTITUCIONALIDAD Y VALORACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO EN EL ECUADOR”.

2. RESUMEN

Dentro del proceso penal es fundamental la observancia de las garantías básicas del debido proceso, con la finalidad de garantizar la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las partes. La seguridad jurídica se logra mediante la aplicación de las normas jurídicas establecidas en la Constitución y la ley.

Para que las evidencias obtenidas en un proceso tengan validez, y alcancen el valor de prueba, los medios para obtenerlas deben ser lícitos y todos los actos procesales deben realizarse respetando las garantías del debido proceso, pues los jueces, en la etapa del juicio, deben valorar y constatar la constitucionalidad de las pruebas obtenidas; circunstancia que he considerado importante investigar al tratarse de delitos de narcotráfico, pues en este tipo de delitos, con frecuencia se vulneran las garantías básicas del debido proceso, al realizar las investigaciones y recoger evidencias, lo que afecta al proceso por viciarlo de ilegalidad.

Al respecto, la doctrina ha dado lugar a la "teoría del fruto del árbol envenenado" o "el fruto del árbol podrido" que establece que "*si se utilizan medios ilegales para conseguir un fin, ese fin, una vez conseguido y por bueno y justo que sea, no tendrá validez alguna porque será tan ilegal como los medios".* Esta doctrina, al igual que en otras legislaciones, nuestro país la recoge, en el artículo 76 numeral 4 de la Constitución de la República.

En el trabajo teórico y de campo de la presente tesis me permitió obtener criterios con fundamentos claros y precisos, los mismos que me ayudaron a la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis planteada permitiéndome apoyar los cambios propuestos al régimen legal del procedimiento penal en delitos de narcotráficos.

Frente al problema planteado, se establece la necesidad de que las investigaciones especialmente en los delitos de narcotráfico, se realicen con el mayor profesionalismo posible, obteniendo primero la autorización judicial en caso de requerirlo, pues lo contrario es actuar contra la ley, cuya consecuencia inmediata es la ineficacia de la prueba obtenida, pues no podrá ser valorada por el Tribunal de Garantías Penales para que sirva de sustentación en el fallo; por el contrario, los errores que se cometan al obtenerla acarrearán responsabilidad al Estado por el pago de indemnizaciones que se verá obligado a realizar por la vulneración de derechos; el respectivo derecho de repetición que se ejecutará en contra del servidor público o funcionario judicial y lo más grave es que por más contundente que sea la prueba, ésta carecerá de valor probatorio, por haberse obtenido ilegalmente, dejándose libre a un culpable por falta de prueba idónea.

2.1. ABSTRACT

In Criminal process is essential the observance of the basic safeguards into the due process, in order to ensure the effective protection impartial and expeditiously from rights of the parties. The legal security is achieved through the application of legal rules established in the Constitution and the law.

For the evidence obtained in a process have validity and achieve the test value, the means for obtain them must be lawful and all procedural acts must be done respecting the guarantees of due process, therefore the judges in the judgment stage, must value and verify the constitutionality of obtained evidence; circumstance that I have considered important to research when dealing with drug crimes, because in this type of crime, frequently infringe the basic guarantees of due process, at the conducting their investigations and collect evidence which affects the process by contaminate of illegality.

In this regard, the doctrine has given rise to the "theory of the poisonous tree" or "the rotten tree" which states that "if used illegal means to achieve an end, that end once achieved per good and just as it is, it will haven`t any value, because it will illegal as the means". This doctrine, as well as in other legislations, our country is covered in Article 76 number 4 of the Constitution of the Republic.

The theoretical work of the present research allowed me to get criteria based on clear and precise fundamentals, the same that helped to the verification and

testing of raised hypotheses and sub hypotheses, with the purpose to support the proposed changes to the statutory criminal procedure in drug trafficking crimes.

Faced to the problem, is established the need that the research drug trafficking crimes be made with the highest possible professionalism, by first obtaining the judicial authorization in case of need, otherwise this is acting against the law, whose immediate consequence is the ineffectiveness of the obtained evidence, therefore cannot be assessed by the Court of Criminal Guarantees so that it serves as supporting in the ruling; on the other hand, the made mistakes will be entail by the State for the payment of the indemnities will be forced to perform for the breach of rights; the respective repetition right that will be executed against of judicial officer or public server and the worst thing is that it is the strongest proof this lack of probative value, having been obtained illegally, leaving free of guilty for lack of suitable evidence.

3. INTRODUCCIÓN

El Estado ecuatoriano, se define como un "*Estado constitucional de derechos y justicia social…"*; para que ese postulado se cumpla, es imprescindible que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y tratándose de un proceso, que se respeten las garantías del debido proceso.

La valoración de la prueba en el proceso penal, se realiza en la etapa del juicio, y sólo podrá ser valorada si ha sido obtenida con observancia de la constitución y la ley; o sea sin que al obtenerla NO se hayan vulnerado ninguna de las garantías básicas del debido proceso, así la constitucionalidad de la prueba esta sujeta a que las actuaciones del fiscal e investigadores del proceso se haya apegado a la constitución y la ley.

El trabajo que presento a continuación hace referencia a la *"Constitucionalidad y valoración de la prueba en el proceso penal en los delitos de narcotráfico en el Ecuador"*

Para su desarrollo y presentación he estructurado el trabajo de la siguiente manera:

Inicio haciendo el resumen del trabajo para luego pasar a la introducción que estoy desarrollando.

Luego de las páginas preliminares que son de rigor, he desarrollado la revisión literaria, la que se desglosa a su vez en:

Marco conceptual, que hace mención a la conceptualización de las categorías del problema planteado, así se analiza temas referentes a: El proceso penal, su evolución; los sujetos procesales que intervienen en el mismo; El papel del juez de garantías penales; las etapas de investigación del delito; luego hago mención a los Derechos Humanos; derechos de protección; garantías del debido proceso; la Cadena de custodia y su importancia. Seguidamente se aborda el tema de la Prueba, evolución, para pasar al tema mismo de la investigación abordando lo referente a la constitucionalidad y valoración de la prueba; se analiza también la prueba ilícita, la prueba contaminada y el proceso viciado, finalmente se aborda también las nulidades procesales, el delito y para concluir con el marco conceptuar el "delito de narcotráfico".

En el Marco Doctrinario se hace mención a la "Teoría del Fruto del árbol envenenado", su fundamento y aplicación en los procesos penales. En este apartado también se hace mención al derecho penal del enemigo y su incidencia en los procesos de narcotráfico.

En el desarrollo del Marco Jurídico, se hace un análisis jurídico de las normas constitucionales y legales que hacen referencia a la valoración de la prueba.

Más adelante se realiza un análisis de la legislación comparada en cuanto a la valoración de la prueba en el proceso penal.

De acuerdo a la normativa institucional, menciono los materiales y métodos utilizados en la investigación y su aplicación en el desarrollo del trabajo de tesis.

Respecto a los resultados, me he permitido presentar mediante cuadros estadísticos y gráficos el resultado de la investigación de campo, en la que también incluyo un estudio de casos.

En la discusión presento la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis; y termino formulando la Fundamentación jurídica.

Concluyo el trabajo con la presentación de conclusiones y recomendaciones.

En la bibliografía hago mención a las fuentes de consulta utilizadas.

Como anexos presento el proyecto de investigación, y la encuesta aplicada.

Desarrollado así el trabajo, ha sido redactado de conformidad a los requerimientos institucionales, el mismo que pongo a consideración de los lectores y más estudiosos del Derecho, esperando que sirva de fuente de consulta a las presentes y futuras generaciones.

4. REVISION DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 EL PROCESO PENAL

En sentido general un proceso es un conjunto de fases sucesivas respecto a un determinado caso.

El procedimiento, tiene una connotación más amplia que se aplica a las ramas del derecho y constituye el desarrollo de un conjunto de actividades que se encuentran establecidas previamente en una ley, las que se inician luego de producirse un hecho con la finalidad de resolverlo por un medio jurisdiccional, cuya decisión emana de la autoridad.

Haciendo referencia al **proceso penal,** podría decirse que es el modo legalmente regulado de la realización de la administración de justicia, que se compone de actos que se caracterizan por concluir con la sentencia y su ejecución

Para Zavala Baquerizo, "*…el proceso penal es una institución jurídica única, idéntica, íntegra y legal que teniendo por objeto una infracción, surge de una relación jurídica establecida entre el juez y las partes y éstas entre sí, conforme a un procedimiento preestablecido legalmente y con la finalidad de imponer una pena a los agentes de la infracción….*"[1]

[1] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge.- ***Tratado de Derecho Procesal Penal***.- Editorial Edino.- Tomo I.- Pág. 39

El proceso penal es un instrumento legal que se utiliza en el campo penal, cuyas fases a seguir están claramente establecidas en el Código de Procedimiento Penal, que en su desarrollo debe regirse a las normas constitucionales establecidas para un "debido proceso" dentro de los derechos de protección, con la finalidad de que lo actuado tenga plena validez.

La naturaleza del proceso penal *"consiste en una síntesis entre la dinámica propia de la persecución penal y las fuerzas garantizadoras que buscan poner freno a la posible arbitrariedad de la potencia investigadora y ejecutora del poder penal del Estado. En efecto, dentro del proceso penal hay un choque de fuerzas entre el poder penal que quiere realizarse y las garantías ciudadanas que, en cierto modo, se oponen a la aplicación de ese poder. Así, en todo proceso penal comporta una síntesis en esta oposición de fuerzas antagónicas"* [2]

Como parte de la naturaleza jurídica del proceso penal se establecen derechos y obligaciones entre el juez y las partes, y entre las partes mutuamente, éste vínculo que se origina por el proceso, se mantiene de principio a fin, pues los actos procesales conllevan la finalidad de formar el proceso penal que debe ser garantizado por el juez, en cuanto al cumplimiento de las normas legales y constitucionales del debido proceso, para restablecer el orden jurídico vulnerado por el cometimiento de una infracción penal.

[2] BINDER, Alberto.- ***Ideas y materiales para la reforma de la Justicia Penal.***- ad-hoc.- Buenos Aires.- Pág. 94

El proceso penal se inicia con la denuncia de la comisión de un delito, luego se actúan todas las pruebas pertinentes para que el órgano jurisdiccional resuelva la situación jurídica del procesado, archivando el proceso, absolviendo al procesado o condenándolo.

El fin esencial del procedimiento penal es la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia. El fin general mediato del proceso penal es la defensa social; el fin general inmediato consiste en la aplicación de la ley penal en el caso concreto.

4.1.1.1 EL PROCESO PENAL INQUISITIVO

Según se conoce por la Historia, *"el papa Gregorio IX publicó en el año de 1.231 la Constitución Excommunicamus, que dejaba los procesos heréticos bajo la dirección papal e instituía el Tribunal del Santo Oficio (la Inquisición)..."* [3] Bajo estos lineamientos se rige el proceso penal inquisitivo, que es una forma de entablar un juicio de manera unilateral; de tal forma que la misma autoridad puede realizar el papel de acusador y juzgador.

Este sistema que se utilizaba para perseguir a los herejes y brujas, admitía la tortura como modalidad de represión y realización del poder penal del Estado, sin embargo de manera muy contradictoria, también "*se establecían*

[3] **Microsoft ® Encarta ® 2009**. © 1993-2008 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

normas que limitaban y reglamentaban el recurso a la tortura: estaba especificado de modo estrictamente casuístico hasta qué limites y con qué instrumentos debía torturarse según el delito. Había por ejemplo, la institución de la territio, de la cual era obligatorio mostrar previamente al acusado los instrumentos con los que se le iba a torturar, a fin de que se amedrentara y confesara; o la ·ratificación posterior·, que consistía en que, después de torturado, debía ratificar su confesión, esta vez sin tortura"[4]

Este modelo inquisitivo de procesos penales con el correr de los siglos se ha conservado en algunas legislaciones penales y puede decirse inclusive que existen rezagos del mismo en la mayoría de las legislaciones vigentes. A decir de Adolfo Alvarado Velloso, "*puede decirse que sus características son:*

- *El **propio juez** comienza, oficiosamente o por denuncia, las actuaciones del caso y se preocupa por hacer adelantar el juicio mediante el puntual ejercicio del impulso procesal;*

- *El **mismo juez** se encarga de investigar y buscar las pruebas que puedan resultarle aceptables para lograr el convencimiento de la rectitud de su acusación y, así, poder dormir en paz sin sufrir el peso de un cargo de conciencia por eventuales injusticias cometidas (cuando hay parte interesada también en la producción de alguna prueba, la actividad se*

[4] BINDER, Alberto.- ***Ideas y materiales para la reforma de la justicia Penal***. Ob. Cit.- Pág. 95

cumple igual mediante el ejercicio de las denominadas ***medidas para mejor proveer);***

- *El* ***mismo juez*** *—que primero* ***investigó,*** *luego* ***imputó*** *y después* ***probó*** *la imputación— es quien ahora* ***juzga;***

- *Ya no interesa que el juicio sea escrito u oral, secreto o público. En rigor, el sistema pasa por el papel preponderante que el juez ejerce durante todo el proceso, para poder cumplir el compromiso que —se le ha enseñado— tiene con la Verdad y la Justicia...*[5]

Por las características descritas, es evidente que en el sistema inquisitivo el proceso se desarrollaba de manera unilateral, concentrando la potestad de investigar, administrar justicia y juzgar en una sola persona, que a decir por los resultados de ninguna manera podía ser imparcial ni mucho menos cumplir con la función de Garantes del respeto a los Derechos Humanos y Garantías del Debido Proceso, puesto que de acuerdo a este sistema se administraba justicia al libre arbitrio o discrecionalidad de quien "administraba justicia".

Frente a este tipo de atropellos, se vio la necesidad de implementar un nuevo sistema de procedimiento penal, en el que el Juez se convierta en garante de los derechos de los sujetos procesales y se respete por encima de toda norma

[5] ALVARADO VELLOSO Adolfo.- *El debido proceso de la Garantía Constitucional.-* material para la reforma de la justicia penal.- 2001

los derechos humanos y las normas del debido proceso, dando así paso al Sistema procesal oral.

4.1.1.2 EL PROCESO PENAL ORAL

Un proceso es el conjunto de fases sucesivas, que en el ámbito penal se suceden a partir de la noticia del delito, la cual se promueve la acción, y la sentencia. Iniciado el proceso, los actos que ocurren sin marcha atrás, hasta el momento de la sentencia y su ejecución.

Al hacer referencia al **proceso penal ecuatoriano,** que es un instrumento jurídico en el campo penal, debe seguirse las fases que están claramente establecidas en el Código de Procedimiento Penal las cuales se inician con la fase pre procesal que es la indagación previa y concluyen con la etapa del juicio en la que se dicta sentencia por parte del Tribunal de Garantías Penales.

La serie de abusos que se denunciaban en el desarrollo de los procesos penales inquisitivos dieron lugar a que se busque una reforma del sistema procesal penal, desde la norma constitucional; así en nuestro país se impone la obligación Constitucional a la "Congreso Nacional" de aquel entonces, de implementar el **sistema procesal oral** en todos los ámbitos de la Administración de Justicia.

En cuanto al ámbito penal se inició implementando la Audiencia del Juicio en forma oral, aunque otras instancias aún se llevaban en inicio de forma escrita;

actualmente y de conformidad con las últimas reformas del Código de Procedimiento Penal, se ha implementado una serie de audiencias orales para dar paso al proceso penal, como una forma previa en caso de que se vean afectados los derechos de un ciudadano.

El proceso penal oral tiene como finalidad agilitar la administración de justicia y garantizar la observancia de los Derechos Humanos y el irrestricto respeto a las normas del debido proceso, puesto que para que no exista interferencia de funciones, éstas se encuentran claramente establecidas en la Legislación Procesal Penal; a decir de Luis Abarca Galeas, "*en el sistema Procesal Oral las funciones procesales se encuentran a cargo de los sujetos procesales, especialmente la función investigativas para la obtención de las fuentes de prueba y la función probatoria y contradictoria de las pruebas, que las ejercen ante el Órgano Jurisdiccional que interviene en función de Garante de que tales funciones las ejerzan los sujetos procesales con observancia de los Derechos Humanos y Garantías del Debido Proceso; y precisamente, para el ejercicio de la función de garantista se requiere de formación jurídica profesional especializada … la función Garantista del Juez o tribunal tiene mayor relevancia que la función jurisdiccional, puesto que sin el respeto de tales derechos y garantías no existe el debido proceso y por lo tanto no existe el presupuesto fundamental para el*

ejercicio de la función jurisdiccional, que por exigencia constitucional lo constituyen la observancia de la garantías del debido proceso…" [6]

Para subsanar esta falta de imparcialidad en un proceso que vulnera las más elementales normas del debido proceso, algunas de las legislaciones latinoamericanas, entre ellas la nuestra emprendió en una serie de reformas al Código de Procedimiento Penal, con la finalidad de imponer el sistema oral en los procesos penales; sin embargo de ello, el hecho de que los operadores de justicia sigan siendo en gran parte jueces de formación inquisitiva, es un obstáculo para que podamos superar definitivamente aquella época de procesos inquisitivos. Por los resultados obtenidos, en algunos casos, más bien me uno a los estudiosos del Derecho que consideran que en nuestro país tenemos aún un sistema mixto; ya que pese a la implementación de audiencias, parte del proceso se sustancia por medio de escritos; así, aún faltan algunos detalles para implementar verdaderamente el Sistema procesal oral.

4.1.2 SUJETOS PROCESALES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO PENAL

Son las personas que intervienen en el juicio de alguna u otra forma, caracterizándose porque en el curso del proceso ejercen funciones procesales específicas y necesarias para el desarrollo del mismo, sin que por ello pueda decirse que su función se ejerza a su arbitrio; por el contrario, a decir de Luis

[6] ABARCA G. Luis.- ***Fundamentos Constitucionales del Sistema Procesal Oral Ecuatoriano.-*** Quito-Ecuador.- Enero 2006.- Pág. 13

Abarca Galeas "…*necesariamente deberá ejercerla con observancia de las Normas del Debido Proceso, porque en cuanto las transgrede, el titular del órgano jurisdiccional en el ejercicio de la función de garante necesariamente debe obligar a respetarlas, imponiendo orden y disciplina procesal; y para el caso de que, el juez omita el cumplimiento de la obligación jurídica constitucional de ejercer la función de garante, los demás sujetos procesales pueden ejercer el derecho de objeción ante el titular del órgano jurisdiccional para que el ejercicio de la función de garante, obligue al sujeto procesal infractor a que ejerza su función procesal con observancia de las normas del debido proceso, con el respeto de los Derechos humanos y la observancia de las garantías del debido proceso…"* [7]

Los sujetos procesales han sido puntualmente determinados en la ley procesal penal, en la que se ha determinado sus funciones, derechos y obligaciones; según lo que establece nuestro Código de Procedimiento Penal, son: la Fiscalía, el ofendido, el procesado y el defensor público; a los que a continuación me referiré.

4.1.2.1 EL FISCAL Y LA FISCALIA

El Fiscal es el representante del Ministerio Público que actúa de cómo uno de los sujetos procesales en un juicio penal, encargado de la investigación desde que se tiene conocimiento de un delito; actuación que deberá sujetarse a

[7] ABARCA Galeas, Luis.- ***Fundamentos Constitucionales del Sistema Procesal Oral Ecuatoriano.-*** Quito-Ecuador- 2006.- Pág. 103.

los principios de **oportunidad** y **mínima intervención;** con especial atención al interés público y a la víctima; dirigirá entonces su actuación tomando en cuenta que el principio de oportunidad puede expresarse como la potestad que le confiere la ley como órgano encargado de la persecución penal, por razones de política criminal o procesal; para no iniciar la persecución o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva (sólo a algunos delitos o a algunos autores y no a todos), o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurran las condiciones ordinarias para "perseguir y castigar"; o la autorización de aplicar penas inferiores a la escala penal fijada para el delito por la ley, o eximirlos de ella a quien lo cometió; de esta manera podrá canalizar la enorme selectividad propia del ámbito penal, evitando desigualdades en contra de los más débiles, ajustándola a criterios predeterminados y racionales. Y por otro lado, satisfacer la necesidad de descongestionar el saturado sistema judicial.

La norma constitucional vigente en el Art. 194 establece que *"La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la función judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso."* [8]

[8] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008.- Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito –Ecuador. Art. 194.

El ámbito de acción se establece en los siguientes términos: *"La Fiscalía dirigirá de oficio o a petición de parte la investigación pre procesal y procesal penal, durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De haber mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.*

Para cumplir sus obligaciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección de víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley" [9]

Acorde a las disposiciones constitucionales, el Código de Procedimiento Penal establece que, "*La Fiscal o el Fiscal o el fiscal intervendrá como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública.*

No tendrá participación en los juicios de acción privada.

Es obligación de la fiscal o el Fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no solo a las circunstancias de cargo sino también a las que sirvan para descargo del imputado."

[9] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008.- Art. 195

… La Fiscal o el fiscal debe formular sus requerimientos y conclusiones motivadamente mediante un análisis prolijo de los elementos de convicción y de los puntos de derecho.

Debe proceder oralmente en la indagación previa, así como en todas las etapas procesales, sin perjuicio de su obligación de llevar registros de las diligencias ordenadas y practicadas por los medios técnicos e idóneos que garanticen su conservación y reproducción"[10]

La norma procesal acorde a la norma constitucional establece cuales son las funciones del Fiscal y su participación como sujeto procesal, que actuará en el proceso penal desde el momento que se tiene conocimiento del cometimiento de un delito hasta la conclusión del proceso

"…en razón de una eficiente utilización de los recursos disponibles para la investigación penal y de los derechos de las partes, podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de ella…" en observancia del principio de oportunidad.

Así mismo, debe desarrollar su intervención con estricta observancia de las normas del debido proceso y los Derechos Humanos; con la ayuda del personal especializado deberá recoger todos los elementos de convicción para conocer la verdad histórica de los hechos; elementos que servirán para probar

[10] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO.-2012. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito –Ecuador. Art. 65.

la culpabilidad o inocencia del procesado, pues el Fiscal como representante del Ministerio Público *mediante un análisis prolijo de los elementos de convicción y de los puntos de derecho, debe formular sus requerimientos y conclusiones motivadamente,* para en caso de **hallar mérito** acusar a los **presuntos infractores.**

4.1.2.2 EL OFENDIDO

En términos generales **ofendido** es quien ha recibido alguna ofensa.

El delito implica tanto la existencia del ofensor como del ofendido; así nuestro Código de Procedimiento Penal establece el Art. 68 que, "*se considera ofendido:*

1. *Al directamente afectado por el delito, y a falta de éste a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;*
2. *A los socios, respecto de los delitos que afectan a una sociedad, cometidos por quienes la administren o controlen;*
3. *A las personas jurídicas, en aquellos delitos que afecten a sus intereses;*
4. *A cualquier persona que tenga interés directo en el caso de aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos; y,*
5. *A los pueblos y a las comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo*." [11]

[11] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO.- 2012. Art. 68.

A continuación, en el Art. 69 se manifiestan también los **derechos del ofendido** entre los que se determina el derecho a la información de la indagación pre procesal, de la instrucción y del resultado final del proceso; a presentar quejas y peticiones ante el fiscal; a que se proteja su persona y su intimidad y a reclamar indemnización civil una vez ejecutoriada la sentencia.

El **ofendido** es uno de los sujetos procesales que dentro de un proceso penal tiene la potestad de solicitar que se practiquen todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento del hecho; sin embargo, se hace una diferencia entre lo que es el ofendido de un delito de instancia oficial, al ofendido en un delito de instancia particular; puesto que en los delitos de instancia oficial no se requiere que se proponga acusación particular ni que impulse un proceso; la norma procesal penal establece que "…El *ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente a la fiscal o el fiscal.."* a diferencia de los delitos de acción privada que deben ser impulsados por el ofendido, pues *"… El ejercicio de la acción privada corresponde únicamente al ofendido mediante querella"*[12].

Cabe recalcar también que la posición del ofendido y del ofensor son diferentes, ya que para que se imponga un castigo al procesado no se exige la existencia actual del ofendido ni la identificación del mismo, pues en el caso de un homicidio el primer ofendido ya no existe; igual sucede cuando no se ha podido determinar aún la identidad del ofendido. Basta con que haya ocurrido el

[12] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO.- Art. 33.

delito y se haya identificado al responsable del mismo para proceder a procesarlo e imponer la sanción.

4.1.2.3 EL PROCESADO

Según el Diccionario de la Lengua Española, "procesado" es una persona que ha sido objeto de procesamiento.

En términos jurídicos, el procesado también llamado imputado en algunas legislaciones se determina "*como "objeto" del proceso. Este (en el sentido estricto del Derecho Procesal) indica sobre que recae el proceso, que se pretende resolver según lo acaecido, y el Derecho aplicable y la pretensión planteada."* [13]

A decir de Jorge Zavala Baquerizo, es "… *la persona a la cual se le atribuye un acto… el hecho es que se trata de una persona a la cual se le ha sometido a un proceso penal por cuanto se le imputa la comisión de un delito…"* [14]

Según el Art. 70 del Código de Procedimiento Penal, "***se denomina procesado*** *a la persona a quien la fiscal o el fiscal atribuya participación en un acto punible como autor, cómplice o encubridor; y acusado, la persona contra la cual se ha dictado auto de llamamiento a juicio o en contra de la cual se ha presentado querella.*

[13] ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.- Versión digital.- Tomo P .-Pág. 82
[14] ZAVALA Baquerizo Jorge.- ***Tratado De Derecho Procesal Penal***.- Editorial Edino.- Tomo II. Pág. 367

El procesado y el acusado tienen los derechos y garantías previstos en la Constitución y demás leyes del país, desde la etapa pre procesal hasta la finalización del proceso"[15].

Es importante hacer mención también a que la denominación del ahora "procesado" ha cambiado de acuerdo a las diferentes reformas que han tenido el Código de Procedimiento Penal de nuestro país, así en el Código de 1983 y los anteriores a éste, al sujeto pasivo del proceso le dieron la denominación de "sindicado"; posteriormente se le da la denominación de imputado; en la primera etapa del proceso; y si era llamado a juicio se denominaba acusado y si era condenado tenía la denominación de sentenciado; lo cierto es que sea cual fuere la denominación, nos estamos refiriendo al sujeto pasivo del proceso, o la persona frente a la que se exhibe la pretensión punitiva del Estado, quien de ser juzgada deberá cumplir una condena de privación de libertad e incluso resarcir los daños causados.

4.1.3 EL PAPEL DEL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES

La doctrina establece que "*El **juez** es la autoridad pública que sirve en un tribunal de justicia y que se encuentra investido de la potestad jurisdiccional. También se caracteriza como la persona que resuelve una controversia o que decide el destino de un imputado, tomando en cuenta las evidencias o pruebas presentadas en un juicio, administrando justicia… La potestad del juez es*

[15] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Art. 70

conferida por el Estado, a través de diversos procedimientos, otorgada, según el país y fundamentalmente según la tradición jurídica que éste comprenda." [16]

…"*el juez es el titular del órgano jurisdiccional penal. Su legitimación surge de las normas constitucionales y legales. El Juez en su acepción general puede ser unipersonal, o pluripersonal. Cuando es pluripersonal se lo conoce con el nombre de "tribunal", que se integra por un conjunto de personas que componen un cuerpo colegiado que, como tal, es el titular del órgano jurisdiccional… tiene el poder de dirección y decisión en los procesos penales…"* [17]

El Juez de Garantías Penales, como lo ha denominado la legislación ecuatoriana, es el funcionario judicial que se encuentra investido de potestad para administrar justicia en los Juzgados y Tribunales de Garantías Penales, es el encargado de GARANTIZAR los derechos del procesado y ofendido en un PROCESO PENAL, de conformidad con las disposiciones establecidas en la Constitución de la República, del Código de Procedimiento Penal y los Instrumentos Internacionales de protección de los Derechos Humanos, para ello es necesario que la función de juzgar que le ha sido encomendada esté garantizada por la independencia e imparcialidad que es característica de los órganos jurisdiccionales, respetando sobre todo la independencia de poderes; sólo de esta manera podremos decir que existe una verdadera seguridad jurídica.

[16] www.derecho.com.- ***El Juez de Garantías Penales***.- mayo 2011.
[17] ZAVALA Baquerizo Jorge.- ***Tratado de Derecho Procesal Penal.-*** Editorial Edino.- Tomo II. Pág. 314

4.1.4 ETAPAS DE LA INVESTIGACION DEL DELITO

El Estado es el encargado de brindar seguridad a sus habitantes, y por tanto debe contar con políticas encaminadas a hacer realidad este derecho; para ello se ha establecido dentro del sistema de justicia órganos encargados velar por el bienestar y seguridad ciudadana. Así, ante el cometimiento de un delito, es la Fiscalía, como órgano autónomo de la función judicial, quien dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, ejerciendo la acción pública durante el proceso.

"Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley"[18].

La normativa procesal penal establece que el Fiscal contará con el apoyo de la Policía Judicial para realizar la investigación de los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal.

Al respecto, la Constitución de la República, establece la función de la Policía Nacional en el Art. 163, que textualmente señala: "*La Policía Nacional es una institución estatal de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada,*

[18] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008.- Art. 195

disciplinada, profesional y altamente especializada, cuya misión es atender la seguridad ciudadana y el orden público, y proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional

Los miembros de la Policía Nacional tendrán una formación basada en derechos humanos, investigación especializada, prevención, control y prevención del delito y utilización de medios de disuasión y conciliación como alternativas del uso de la fuerza…"[19]

El papel que cumple, y ha venido cumpliendo la Policía Nacional, es histórico, pues, le ha correspondido velar por la seguridad ciudadana, desplegando para ello un sistema de investigación pre delictiva (Inteligencia Antidelincuencial e Inteligencia Estratégica) y un sistema de investigación pos-delictiva (Investigación del Delito).

El trabajo que deben realizar los miembros de la Policía se basa en labor de inteligencia policial, por medio de la búsqueda de información, recolección, procesamiento y análisis, para luego difundir la inteligencia policial y efectivizar el éxito de las operaciones policiales encaminadas a reprimir jurídicamente el delito.

La investigación del delito se realiza mediante varias actividades técnicas y científicas, a través del trabajo en equipo, para ello se cuenta con

[19] CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008.- Art. 163

especialistas policiales en cada una de sus áreas de investigación (criminalística, balística, medicina forense, etc.) quienes deben actuar con irrestricta observancia de las normas del debido proceso y respeto a los derechos y garantías de las personas, sin violentar su integridad física ni psicológica, sino, empleando procedimientos técnico científicos y tecnología de punta profesionalmente, para levantar todo tipo de indicios y de pruebas que puedan constituirse en elementos esenciales de convicción y orientar la investigación criminal, para determinar la responsabilidad de quienes participaron el la comisión del delito.

"En este sentido, la investigación científica del delito, asume dos dimensiones dentro del debido proceso:

a) ***La Investigación del Delito:*** *Esta fase se configura institucionalmente en dos etapas, siendo que la primera se refiere a la aplicación del ciclo de producción de la inteligencia policial, cuyo fin es proporcionar un campo estratégico en las operaciones policiales en contra de su lucha antidelincuencial; y, la segunda etapa, un proceso de aplicación metodológico, continúo, organizado, especializado y preciso de la investigación policial del delito, su análisis y síntesis, etapas éstas en las que tanto el analista de inteligencia como el investigador criminal, desarrollan un sistema coordinado de planificación tendiente a la prevención, control y sanción de la perpetración de un delito, a fin de lograr con bases sólidas las condiciones ideales de información delictiva previa para asegurar el éxito de las operaciones policiales y la seguridad de los*

miembros policiales; así como, de su esclarecimiento de haberse cometido, al reunir suficientes elementos esenciales de convicción de responsabilidad, participación o encubrimiento en el hecho delictivo.

b) ***El Proceso Penal:*** *Se hace referencia al desarrollo del debido proceso, asumido como un conjunto de procedimientos legales y constitucionales, que se utilizan durante el desarrollo del proceso penal (Indagación Previa, Instrucción Fiscal, Etapa Intermedia, Juicio y Etapa Impugnación) para explicar el fenómeno del delito, el delincuente, la víctima y las acciones del Estado (Policía, Fiscales, Defensores, Jueces, etc.), que permitirán sancionar un hecho delictivo o antijurídico; así como, disminuir los índices de impunidad.*

Es importante por tanto, tener presente que la recolección de información errónea, la omisión en asegurar la prueba disponible (Cadena de Custodia) o la inexactitud de la investigación, en el desarrollo de un proceso legal de juzgamiento, puede ocurrir como consecuencia un extravío de justicia.

"La investigación criminal es una incesante actividad de análisis y síntesis continua; es decir, la descomposición de un problema en sus elementos que la integran, el análisis de esos elementos y que por inducción e inferencia, se recomponen e interrelacionan para formular conclusiones menores y a partir de

ellas por el mismo proceso de inferencia para extraer conclusiones lógicas y con base en realidades" [20]

Para colaborar de mejor manera en las investigaciones, las Direcciones Nacionales de Policía y las Unidades de Investigación Especializadas adjuntas a las diferentes Direcciones que conforman actualmente la estructura del Sistema de Investigaciones de la Policía Nacional son:

- Dirección Nacional de la Policía Judicial (DNPJ)
- Dirección Nacional Antinarcóticos (DNA)
- Dirección Nacional de Inteligencia (DNI)
- Dirección Nacional de seguridad Pública (DNSP)
- Dirección Nacional de Policía especial de Niños Niñas y Adolescentes (DINAPEN).

Las Unidades Especiales Investigativas, son:

- Unidad de Lucha Contra el Crimen Organizado (ULCO)
- Unidad Antisecuestros (UNASE)
- Unidad de Protección del Medio ambiente (UPMA)

[20] http://eem.policiaecuador.gob.ec/fileadmin/eem-repositorio/biblioteca/modelo_de_investigacion_del_delito_01.pdf

- Unidad de Investigaciones de Accidentes de Tránsito (UIAT)
- Unidad de Inteligencia Antidelincuencial (UIA),
- Unidad Especial Antisicariato (UEA)
- Unidad de investigación de Delitos Aduaneros y Tributarios (UDAT)
- Unidad de Investigación de delitos de hidrocarburos (UIDH)
- Unidad de lavado de Activos (ULA)
- Unidad de Investigación de la Policía Antinarcóticos (UIPA)
- Servicio de Investigación de Puertos y Aeropuertos (SIPA)
- Unidad Interagencial Antidelincuencial (UIA)
- Departamento de Violencia Intrafamiliar (DEVIF)
- Servicio de Inspección Ocular y Técnica (SIOT).

Estas unidades especializadas, realizan el trabajo de acuerdo a su especialización; y a los requerimientos de la Fiscalía; tomando en consideración que la investigación de delitos es el conjunto de procedimientos aplicables a la búsqueda de material del delito para llegar a obtener las pruebas necesarias que permitirán conocer la verdad de los hechos y servirán para que los jueces puedan determinar en el juicio la culpabilidad o inocencia de una persona.

El trabajo para la investigación de un delito se lleva a cabo teniendo en cuenta las siguientes fases:

- Conocimiento del hecho
- Formulación de hipótesis
- Planeación de la investigación
- Desarrollo investigativo
- Consolidación de la prueba
- Informe de investigación.

EL CONOCIMIENTO DEL HECHO se fundamenta en las cuatro fuentes (hechos, personas, bienes, lugares), que brinda la posibilidad de llegar al conocimiento de un hecho.

Establecido el conocimiento del hecho (sencillo o complejo), se comprende la dinámica de ocurrencia del delito estableciendo relaciones entre ellos, la relación se logra a través de las propias actividades de investigación, se aplica una metodología de tratamiento de datos concluyendo:

- motivos.
- modos de operar
- posibles relaciones con otros hechos.

FORMULACION DE HIPOTES:

La formulación de hipótesis consiste en que a partir del conocimiento organizado del hecho a investigar, es posible ir más allá de la mera descripción de lo sucedido.

PASOS:

- Verificar si aparece registro de casos similares.

- Relación de las personas involucradas, con otros hechos semejantes.

- Relación de los bienes con otro hecho, en caso de que exista.

PLANEACION DE LA INVESTIGACION

Dentro de la planeación de la investigación es importante tomar en cuenta los siguientes pasos:

- Se establecen las preguntas a las cuales se les busca respuesta.
- Se identifican los vacios que existan y la manera como se van a obtener los datos que la complementaran.
- Que actividades se van a adelantar, quienes lo van a hacer y con que recursos se cuenta.
- Es importante tener en cuenta:
    - Organizar cuidadosamente la información.
    - El tiempo en el que se va a ejecutar la misión

DESARROLLO INVESTIGATIVO Es un ciclo que se repite hasta que la información se va depurando al punto en que alcanzamos un conocimiento que nos facilite avanzar al siguiente caso.

CONSOLIDACION DE LA PRUEBA El proceso de investigación culmina en el momento en que se logra la consecución de la prueba suficiente para tomar una decisión judicial.

La importancia de la información respecto a la prueba es que va a servir de marco orientador en la búsqueda de la verdad de los hechos. La información es la materia prima que conduce al punto donde se encuentran las pruebas.

La consolidación de la prueba es tan importante que el mal manejo de una de ellas puede dañar el resultado obtenido del desarrollo sistemático de todo el proceso investigativo.

INFORME DE INVESTIGACION

El trabajo desarrollado debe quedar plasmado en el Informe de Investigación, donde se registra en forma sucinta las diligencias investigativas pertinentes, realizadas por el funcionario.

El informe debe:

- Cumplir con los requisitos legales.
- Contener los principios (investigación criminal)

Se constituyen las bases para la práctica de pruebas útiles e indispensables, concluyendo sobre la certeza del hecho y la responsabilidad de los autores y participes.

ESQUEMA DEL MODELO INVESTIGACION CRIMINAL

HECHO

CUALQUIER DELITO

CONOCIMIENTO COMPROBACION

-LLAMADA
-DENUNCIA
-REFERENCIA
-FLAGRANCIA
-HALLAZGOS DE CADAVER

DILIGENCIAS PRELIMINARES

-AISLAMIENTO Y PROTECCION DEL LUGAR DE LOS HECHOS.
-LLEGADA AL LUGAR
-VERIFICACION DEL ACTO DELICTUOSO
-INSPECCION
-DESCRIPCION DEL LUGAR (ELABORACION DEL ACTA)
-ELABORACION DEL CROQUIS
-TOMA DE FOTOGRAFIAS JUDICIALES
-RECOLECCION Y ENVIO AL LABORATORIO DE ELEMENTOS MATERIALES DE PRUEBA
-PROTECCION DE HUELLAS
-INSCRIPCION TECNICO – CRIMINALISTICA
-ESTUDIO TECNICO-CIENTIFICO DE LAS PRUEBAS

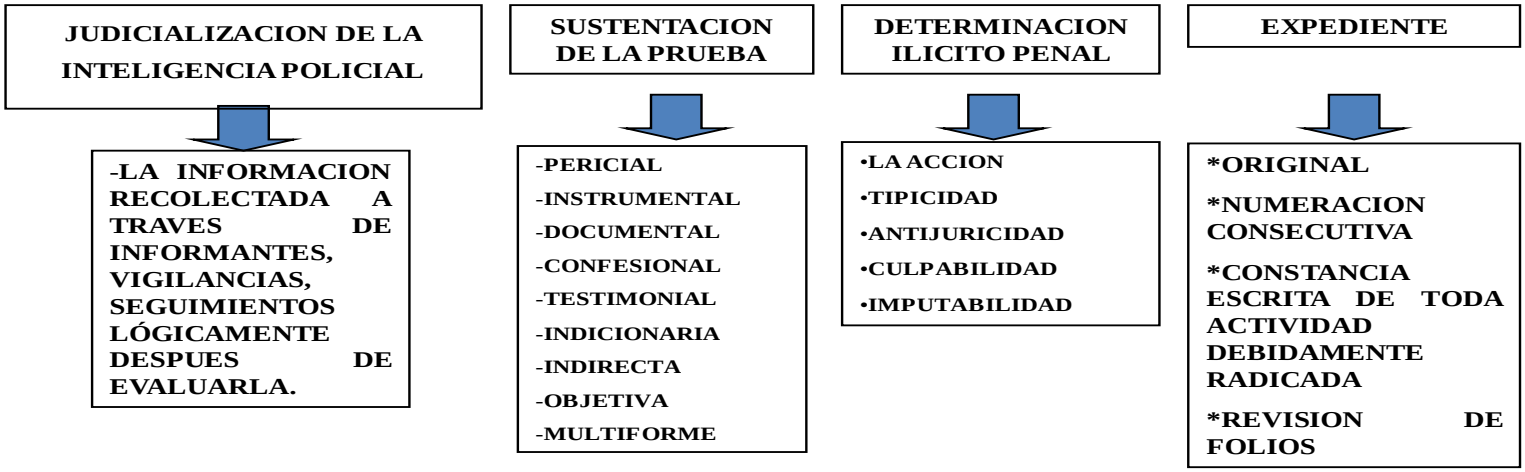
PLANEAMIENTO DE LA INVESTIGACION

*DETERMINACION DEL TIPO DE MODALIDAD.
*PROBLEMA
*ESTABLECIMIENTO DE HIPOTESIS SOBRE LA VICTIMA, AUTOR, CIRCUNSTANCIAS Y MEDIOS.
*ESTRATEGIAS DE RESOLUCION
*RESPONSABLES DE CADA PASO

RECOLECCION DE INFORMACION

•TESTIMONIOS
•VERSIONES
•ENTREVISTAS
•MANEJO DE INFORMANTES
•SEGUIMIENTOS
•INSTALACION DE FACHADAS
•UTILIZACION DE ARCHIVOS NACIONALES.
  •Propiedad
  •Vehículos
  •Bancos
  •Impuestos
  •Otros

ESQUEMA DEL MODELO INVESTIGACION CRIMINAL



[21] ZARATE MILTON.- ***Fases de la Investigación Criminal***.- Maestría en Ciencias Penales.- UNL.- 2009

Las investigaciones que realiza la Policía nacional por medio de sus unidades especializadas debe realizarse con observancia irrestricta de las normas del debido proceso, y los investigadores conocen las reglas a seguir; esto con la finalidad de que el trabajo realizado sirva como prueba en la etapa del juicio, pues de lo contrario, las pruebas obtenidas con vulneración a la constitución y la ley no tendrán ninguna eficacia probatoria, por el contrario, viciarían el proceso y no cumplirían con el fin que se persigue que es administrar justicia.

4.1.5 LOS DERECHOS HUMANOS

Se define a los derechos humanos como prerrogativas que el hombre posee por el mero hecho de ser un *ser humano*. Son inherentes a la persona sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Se proclaman sagrados, inalienables, imprescriptibles, fuera del alcance de cualquier poder político, por tanto, todos los seres humanos tenemos los mismos derechos. Los Derechos Humanos son pues plasmación de ideales *iusnaturalistas* (de derecho natural).

Provienen de la dignidad intrínseca de la persona humana, por ello son considerados como indivisibles e interdependientes. Se considera que la unidad integral de los derechos humanos, es la base de la libertad, la justicia y la paz social propia de un estado constitucional de derechos y justicia.

Las constituciones de todos los países han acogido como parte de sus normas los derechos humanos, por tanto son considerados como universales; además para garantizar su cumplimiento se han establecido las garantías constitucionales que son también parte del texto constitucional.

Se garantiza también su cumplimiento, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional.

El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

Se definen como universales e inalienables considerando *que "el principio de la universalidad de los derechos humanos es la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos. Este principio, tal como se destacara inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, por ejemplo, se dispuso que todos los Estados tenían el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.*

Todos los Estados han ratificado al menos uno, y el 80 por ciento de ellos cuatro o más, de los principales tratados de derechos humanos, reflejando así el consentimiento de los Estados para establecer obligaciones jurídicas que se comprometen a cumplir, y confiriéndole al concepto de la universalidad una expresión concreta. Algunas normas fundamentales de derechos humanos gozan de protección universal en virtud del derecho internacional consuetudinario a través de todas las fronteras y civilizaciones.

Los derechos humanos son inalienables. No deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y según las debidas garantías procesales. Por ejemplo, se puede restringir el derecho a la libertad si un tribunal de justicia dictamina que una persona es culpable de haber cometido un delito.

Son interdependientes e indivisibles pues *"Todos los derechos humanos, sean éstos los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y la libertad de expresión; los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación; o los derechos colectivos, como los derechos al desarrollo y la libre determinación, todos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes.*

El avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.

Son iIguales y no discriminatorios.-La no discriminación es un principio transversal en el derecho internacional de derechos humanos. Está presente en todos

los principales tratados de derechos humanos y constituye el tema central de algunas convenciones internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El principio se aplica a toda persona en relación con todos los derechos humanos y las libertades, y prohíbe la discriminación sobre la base de una lista no exhaustiva de categorías tales como sexo, raza, color, y así sucesivamente. El principio de la no discriminación se complementa con el principio de igualdad, como lo estipula el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" [22].

También tienen una característica que hace que incluyan tanto derechos como obligaciones, pues los estados que suscriben convenios y tratados internacionales de derechos humanos, asumen obligaciones y deberes de respetar, proteger y realizar acciones en pro de los derechos humanos. De esta forma, deben abstenerse de limitar el disfrute de los derechos humanos de sus conciudadanos, o limitarlos; en caso de incumplimiento deberán ejercerse las acciones por medio de garantías jurisdiccionales, luego de lo cual los casos pasarán a la Corte Constitucional y posteriormente a los organismos internacionales de protección de los derechos, pudiendo éstos organismos imponer sanciones a los Estados miembros que han incumplido con el respeto a los Derechos humanos.

[22] http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx

El respeto a los derechos humanos es recíproco, pues así como exigimos que se respeten nuestros derechos, también debemos respetar los derechos de los demás. Así mismo, es indispensable que quienes integran la administración de justicia en todas y cada una de sus actuaciones observen un irrestricto respeto de los derechos humanos.

4.1.5.1 OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

La proclamación de los Derechos Humanos tiene una connotación de normas supranacionales, que han sido reconocidas en los textos constituciones de cada país, de tal forma que se han establecido constitucionalmente, una serie de derechos a favor de los ciudadanos.

Nuestra Constitución de la República en el Art. 3 se refiere a los Deberes primordiales del Estado, estableciendo en el numeral 1 la obligatoriedad de "*garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales….*"[23]. Así, recogiendo los postulados de los Derechos Humanos se establecen en el Título II los DERECHOS de los ciudadanos; a partir del Art. 75, los Derechos de Protección, dentro de los que se incluyen las garantías básicas del debido proceso, acordes con la proclamación de los derechos del hombre y el ciudadano y los Derechos Humanos.

También, se establece dentro de las normas constitucionales, aquellas que se refieren a la administración de justicia, disponiéndose que *"las juezas y jueces*

[23] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.- 2008. Art. 3.

administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley" [24]

La Constitución de la República tiene carácter de supremo, autoproclamándose como tal en el artículo 425 del texto constitucional y reconociendo que conjuntamente con los **Tratados Internacionales de Derechos Humanos** ratificados por el Estado que sean más favorables a los contenidos en la Constitución, **prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.**

En atención a las disposiciones constitucionales, el Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 5 establece el *principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional*, y al respecto establece: "*Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial,* ***aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos*** *cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.*

Los derechos consagrados en la Constitución ***y los instrumentos internacionales de derechos humanos*** *serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución,*

[24] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.- 2008. Art. 75.

para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos." [25]

De la normativa constitucional mencionada, se establece que la administración de justicia en el Ecuador, debe regirse por el irrestricto respeto a los Derechos Humanos, y recoge tanto en el texto constitucional como en el ordenamiento jurídico los postulados de los mismos, de tal forma que toda persona que se encuentre interviniendo como sujeto procesal dentro de un juicio tenga a su alcance las herramientas jurídicas para hacer efectivo el goce de sus derechos y la seguridad jurídica que necesita en pro de sus derechos.

4.1.6 DERECHOS DE PROTECCIÓN ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN.

Los derechos, son aquellas prerrogativas a favor de los ciudadanos que han sido reconocidos en los textos internacionales y acogidos por las legislaciones de todos los países; en nuestra Constitución de la República vigente, en Título II que se refiere a los derechos, capítulo octavo, se ha reglamentado los DERECHOS DE PROTECCION dentro de los que están contendidas las garantías básicas del debido proceso, que como ya he mencionado recogen los lineamientos de los Derechos Humanos; es por ello que se han denominado "derechos de protección", pues están encaminados a "proteger" a los ciudadanos, es así que claramente establece el Art. 75, "*toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los derechos de*

[25] ASAMBLEA NACIONAL.- ***Código Orgánico de la Función Judicial.-*** marzo de 2009. Art. 5.

inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"[26].

Para dar fuerza a estos derechos de protección, a partir del Art. 76 se establecen todas y cada una de las garantías básicas del debido proceso. Es imprescindible, que dentro de la administración de justicia se respete de principio a fin las garantías básicas que debe observarse en todo proceso, a las cuales hago mención en el siguiente acápite.

4.1.7 LAS GARANTÍA BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO

Los Derechos de Protección establecidos en la Constitución de la República del Ecuador engloban las **garantías básicas** que aseguran el derecho al debido proceso; así en el Art. 76 se establece en siete numerales estas garantías, de las cuales en el numeral 7 se hace referencia a aquellas que tienen relación con el derecho a la defensa de las personas.

Se entiende que el debido proceso es el conjunto de derechos que alcanzan la categoría de garantías constitucionales, "***que por su gran trascendencia jurídica y social, la Constitución no solo que las reconoce y garantiza, sino que también establece los medios jurídicos constitucionales de protección jurídica para que en la práctica procesal o en el curso de un determinado proceso penal se hagan efectivas; así como también los medios para reparar el daño que se***

[26] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008.- Art. 75

ocasionare el procesado como consecuencia del desconocimiento o vulneración de las garantías del Debido Proceso" [27]

Cabe destacar en cada una de las garantías básicas del debido proceso se hace mención a los principios constitucionales que rigen la administración de justicia como el principio de legalidad, de inocencia, In dubio pro reo, proporcionalidad, entre otros.

Respecto al tema de estudio del presente trabajo de investigación que tiene que ver con la valoración de la prueba en los procesos penales, el numeral 4 del Art. 76 establece que:

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

Esta es una garantía constitucional del debido proceso que se constituye en una sanción a las pruebas obtenidas con transgresión a la constitución y la ley, pues durante la actuación probatoria deben aplicarse las normas del procedimiento respetando todas las garantías constitucionales establecidas, caso contrario y dependiendo de la naturaleza de las pruebas obtenidas, la sanción de invalidez puede afectar a una o varias actuaciones probatorias e incluso a todo el proceso.

Es indiscutible que en el momento en que se practiquen las pruebas, debe observarse el principio de legalidad, ya que de no se observar este principio se

[27] ABARCA GALEAS LUIS.- ***Lecciones de Procedimiento Penal***.- CSJ.- 2006.- Pág. 45.

perjudicaran los intereses de la justicia y las actuaciones probatorias serán nulas ipso facto por contener transgresión a la Constitución y a la Ley. Si no existiese la exigencia de esta garantía constitucional de que las pruebas se obtengan sin transgredir la constitución y la ley, no podría hablarse de seguridad jurídica en la administración de justicia, puesto que una actuación probatoria inconstitucional jamás puede ser expresión de la verdad.

Al respecto de esta norma constitucional: "*El medio de prueba es el camino, la vía, por la cual se hace llegar al proceso el hecho constitutivo de la prueba. Reconocimiento pericial, testimonio y documento son medios de prueba que perpetuados dentro del proceso permiten al juzgador tener conocimiento de lo que realmente sucedió en el mundo de los fenómenos. Por el medio de prueba se reconstruye dentro del proceso la verdad histórica dada tanto por el hecho constitutivo de delito, como por la conducta de las personas que intervinieron en el mismo, como autoras, o como cómplices, o como encubridoras. En el ámbito penal el medio de prueba adquiere importancia fundamental, pues siendo la infracción un hecho histórico que ha sucedido en un tiempo y espacio determinados ejecutado por personas que deben ser juzgadas en el presente para imponerles una pena que debe ser ejecutada en el futuro, el Juez necesita conocer de manera mas o menos veraz las circunstancias en que se desarrolló el hecho típico y la forma como se cometió, así como las personas que lo cometieron. Además, debe llevar al proceso las circunstancias inmediatamente anteriores a la infracción, las concomitantes con ella y las consecuencias de la acción delictuosa. El conocimiento por parte del Juez de la infracción, su entorno y los autores sólo puede ser posible a través del medio de*

prueba que, llevado al proceso cumpliendo con todos los presupuestos y requisitos establecidos por la ley de procedimiento, entregan al juzgador el panorama mas o menos exacto de lo que sucedió en el mundo de los fenómenos en el momento del surgimiento de la conducta antijurídica. El art. 24, No. 14, CPR, (hoy Art. 76, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador) *establece como uno de los principios imperativos del debido proceso el que la prueba ingrese al proceso por el camino regular, legal, previsto por las leyes de procedimiento. Así dice: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna"…*

…De acuerdo con el mandato constitucional transcrito anteriormente, las pruebas que hayan llegado al proceso violando, en su obtención y en su práctica, las normas constitucionales o legales establecidas para el debido proceso no son válidas, esto es, carecen de la eficacia jurídica prevista para dichos actos. Son actos procesales nulos porque carecen de la fuerza jurídica que sólo las pruebas obtenidas y actuadas conforme a los mandatos constitucionales y legales la tienen. No se trata de la inexistencia jurídica de un acto procesal, sino de la nulidad de un acto procesal revestido con ilegalidades en su obtención o práctica. El acto existe, pero carece de eficacia jurídica por los vicios que ostenta en su introducción y práctica. No necesita para su esterilidad jurídica que medie un pronunciamiento jurisdiccional que, de manera expresa, lo declare nulo. Por el mandato constitucional que estamos examinando, obtenida o practicada la prueba en contra de los mandatos constitucionales o legales, ipso jure, es ineficaz jurídicamente. Los vicios de introducción y actuación de la prueba fulminan de manera inmediata la eficacia

jurídica del acto, sin necesidad que medie una sentencia que declare nulo el acto. El juez no puede asumirlo y valorarlo porque constitucionalmente carece de valor, " "no tiene validez alguna", como reza el No. 14 del art. 24, CPR. (Art. 76, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador) *Por lo tanto, en el caso de nuestro estudio se enerva el principio por el cual un acto viciado es eficaz hasta tanto no haya sido declarado expresamente sin eficacia jurídica en providencia expresa de nulidad. En el mandato constitucional de nuestro examen se proclama intrínsecamente la nulidad, esto es, la ineficacia jurídica ipso jure de la prueba obtenida y actuada en contra de los principios del debido proceso, Lo expuesto se ratifica en los artículos 80 y 83, del Código de Procedimiento Penal*"[28].

La Constitución de la República del año 2008 se refiere a "**garantías básicas**", del debido proceso, lo cual significa que establece normas que regulan un procedimiento judicial y la seguridad de que estas normas constitucionales tendientes a garantizar el correcto desenvolvimiento del mismo, son de cumplimiento obligatorio, de tal forma que por medio de ellas se proteja los derechos de las partes mientras se tramite el proceso.

Refiriéndose a un proceso penal, se garantiza los **derechos <u>del procesado</u>** y la protección de los derechos humanos del mismo, ya que no debe ser objeto de denigración bajo ningún concepto, por ello se reconoce que puede intervenir como sujeto procesal investido de su personalidad jurídica, tomando en cuenta que una de las garantías de las que goza es la presunción de inocencia y el derecho de que

[28] ZAVALA Baquerizo, Jorge.- ***<u>El debido Proceso Penal</u>***..- Tomo I.- Pág. 248, 249

se respete su integridad física y moral. Así mismo, **la víctima** es sujeto de los derechos que se determinan en las garantías del debido proceso, estableciéndose para ello el derecho a la contradicción, a la seguridad jurídica y la protección especial con la finalidad de que no sea re victimizado al obtener las pruebas, y si el caso lo amerita se prevé también un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

Estas normas básicas tienen como fin el respeto irrestricto de los derechos humanos dentro de un proceso y son parte de los instrumentos internacionales que deben observarse en todo proceso penal.

4.1.7.1 EL DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO Y EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO

Se establece como un Derecho Constitucional y una norma de carácter Internacional que nadie puede ingresar en el domicilio de una persona ni realizar inspecciones o registros sin la autorización de la persona que lo habita o sin orden judicial, en los casos y forma que establece la ley. Ir contra esta disposición significa una flagrante VIOLACION AL DOMICILIO. La **inviolabilidad de domicilio** que se protege consiste en la prohibición de violar o profanar el domicilio de un ciudadano ecuatoriano a no ser que la ley penal permita realizar un **allanamiento**.

Como se expresa textualmente en el Diccionario Jurídico Omeba *"…La institución del **allanamiento** es, a su vez, consecuencia lógica de la norma constitucional declarativa de la inviolabilidad del domicilio y del precepto punitivo*

derivado de la Violación. En efecto, ningún derecho individual ni ninguna libertad son tan ilimitados que no estén restringidos por la necesidad de proceder a la defensa de los intereses individuales opuestos o, con mayor motivo, de la colectividad. De ahí que se haya previsto la posibilidad de entrar en el domicilio ajeno contra la voluntad, aun expresa, de su dueño sin que ello signifique atentar contra la inviolabilidad y, por tanto, sin caer en el delito de violación. Allanar es tanto como permitir a los ministros de justicia entrar en alguna iglesia o en otro lugar cerrado, se entiende que contra la voluntad de quien tendría derecho a impedirlo. Mas para allanar legítimamente un domicilio se ***requieren dos requisitos****:* ***uno****, el permiso de la autoridad competente, que lo es únicamente el juez; y* ***otro****, la existencia de causa debida, como es la investigación criminal o la aprehensión del delincuente…"*[29]

Nuestra Legislación Procesal Penal ha establecido por tanto que "*La vivienda de un habitante del Ecuador no puede ser allanada sino en los casos siguientes:*

1. *Cuando se trate de detener a una persona contra la que se haya librado mandamiento de prisión preventiva o se haya pronunciado sentencia condenatoria a pena privativa de libertad;*
2. *Cuando se persiga a una persona que acaba de cometer un delito flagrante;*
3. *Cuando se trate de impedir la consumación de un delito que se está cometiendo o de socorrer a las víctimas; y,*
4. *Cuando la Jueza o Juez de Garantías Penales trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan medios de prueba.*

[29] ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.- 2009.

En los casos de allanamiento de domicilio de un tercero, se requerirá auto de la Jueza o Juez de Garantías Penales basado en indicios de que el prófugo estuviere ahí, salvo en los casos de los numerales 2 y 3.

En los casos de los numerales 2 y 3 no se requiere formalidad alguna.

Para los efectos de éste capítulo, se tendrá por vivienda a cualquier construcción o edificación de propiedad privada.

...El allanamiento de la vivienda del acusado o del sentenciado, en los casos determinados del numeral 4 del artículo anterior, será autorizado por la Jueza o Juez de garantías penales mediante auto fundamentado.

Para el allanamiento de la vivienda de otras personas, es necesario que el auto tenga como antecedente presunciones graves respecto a que el procesado o los objetos indicados en el numeral 4 del artículo precedente, se encuentran en ese lugar..." [30]

Como se puede ver, si bien es un derecho la inviolabilidad de domicilio, el allanamiento de domicilio como una excepción, puede ser autorizado según el caso, por la autoridad competente, por lo que quien lo ejecute en cumplimiento del deber ha de obrar dentro de la ley, puesto que extralimitarse al ejecutar un allanamiento significa ir contra las normas del debido proceso y los derechos humanos; y por lo tanto, lesionar los derechos constitucionales de quien es objeto de un allanamiento; no está por demás mencionar que al violentar una norma del debido proceso se invalida el mismo, pues la acción ejecutada que realiza el agente

[30] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL .- 2012. Art. 194.

de policía debe ser realizada legítimamente para cumplir un deber, caso contrario incurriría en responsabilidad por abuso de autoridad.

4.1.7.2 ORDEN JUDICIAL

La orden, según el Diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas, se define *"en términos jurídicos generales como el mandato del superior que debe ser obedecido, ejecutado y cumplido por los inferiores o subordinados"*[31]. Es una resolución emitida por un Juez, mediante la cual impone la obligación de hacer o no hacer determinado acto y su cumplimiento es obligatorio.

Evidentemente, la orden judicial es emitida en un proceso judicial y tiene como finalidad de resolver las peticiones de las partes para dar impulso al proceso, ordenando la realización de actos procesales, los cuales también pueden disponerse de oficio, debiendo ser cumplidos en el tiempo y bajo las condiciones que disponga el juez.

Por lo general éstas resoluciones judiciales requieren cumplir determinadas formalidades para que tengan validez y eficacia, por ejemplo en el caso de una orden de allanamiento, deberá indicarse de forma clara y precisa la dirección exacta del domicilio que se va a allanar y para que se lo hace.

Dentro del proceso penal, existen actos que solo pueden ser ejecutados mediante orden del juez, para ello es indispensable que ésta sea emitida con anterioridad el acto para que éste tenga plena validez, pues si se va a allanar un

[31] CABANELLAS, Guillermo.- ***Diccionario Jurídico Elemental***.- Editorial Heliasta S.R.L.- Pág. 225

domicilio se requiere que exista orden del juez justificada por la existencia de una causa debida; caso contrario se estarían vulnerando el derecho a la inviolabilidad del domicilio y por tanto las pruebas obtenidas carecerán de eficacia probatoria al haber vulnerado las normas del debido proceso.

La privación de la libertad de una persona, la aplicación de medidas cautelares sean de carácter real o personal también requieren de que el juez emita una orden judicial que debe se cumplida en estricto respeto de la constitución y la ley.

4.1.8 LA CADENA DE CUSTODIA.

La cadena de custodia es un **sistema documentado**, formado por una serie de instrucciones y registros, que se aplica a los EMP (elementos materia de prueba) y EF (evidencias físicas), que se encuentra a cargo de persona responsables de su manejo desde el momento en que se encuentran o aportan a la investigación hasta su disposición final. Estos elementos de prueba o evidencias físicas permiten no solo garantizar su autenticidad, sino demostrar que se han aplicado procedimientos estandarizados para asegurar las condiciones de identidad, integridad, preservación, seguridad, continuidad y registro de los mismos.

La técnica aplicada en la cadena de custodia requiere de la aplicación de una serie de normas tendientes a asegurar, embalar y proteger cada elemento material probatorio para evitar su destrucción, suplantación o contaminación, lo que podría implicar serios tropiezos en la investigación de una conducta punible.

Según lo que establece el Manual de Cadena de Custodia elaborado por el Consejo Directivo de la Policía Judicial del Ecuador, la **cadena de custodia** *"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 colección hasta su valoración por parte de la autoridad competente"*[32].

Para Rubén Darío Angulo en su obra "*Cadena de Custodia en Criminalística*", *"la cadena de custodia es la garantía procesal que afirma verazmente que el elemento de la prueba en el juicio es el que fue recaudado o practicado, y que su integridad no ha sido sustituida o alterada a lo largo del proceso penal"*[33].

Evidentemente, este sistema permite que una vez que se hayan recogido los elementos materiales en la escena del hecho se los almacene de acuerdo a las condiciones que en cada caso amerite con la finalidad de proteger los elementos que servirán de prueba en la etapa del juicio y que deben cumplir con el principio de mismidad; pues los objetos materia de la prueba que se presenten ante el Tribunal deben ser los mismos que se recogieron en la escena de los hechos; esto con la finalidad de que los Jueces de Garantías Penales puedan valorar la prueba que se presenta para poder emitir el fallo correspondiente.

[32] REGISTRO OFICIAL Nº 156.- ***Manual de Cadena de Custodia***.- 27 de agosto del 2007.
[33] ANGULO González, Rubén Darío.- ***Cadena de Custodia en Criminalística***.- Ediciones Doctrina y Ley Ltda.- Bogotá Colombia.-2005.- Pág. 2

4.1.8.1 IMPORTANCIA DE LA CADENA DE CUSTODIA EN EL PROCESO PENAL

La importancia del material que se recoge y se guarda mediante el procedimiento de **cadena de custodia**, radica en que todo el material deberá ser incorporado a la investigación preparatoria y oportunamente al juicio al que hubiere lugar, por ello, uno de los detalles mas importantes es que toda evidencia física que se recoja y que sea útil para efectos de acreditar los hechos delictivos materia de la investigación sea sometida a la cadena de custodia, ya que es la cadena de custodia la que garantizará que aquello que es incorporado al proceso es auténtico, esto quiere decir, que es exactamente lo mismo que fuera hallado y recogido en su oportunidad, que no ha sido expuesto a factores externos que pudieran alterarlo y por tanto le hagan perder su valor probatorio, garantizando con ello el cumplimiento del **principio de mismidad;** o sea, que lo que se encontró en el lugar de los hechos es lo mismo que va a presentarse en la Audiencia del Juicio.

Así pues la importancia radica en que: "*La cadena de custodia es el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su*

autenticidad, para los efectos del proceso, las actas, formularios y embalajes forman parte de la cadena de custodia".[34]

El preservar un elemento que va a dar al juez la posibilidad de determinar la responsabilidad o no de una persona en un determinado hecho punible es de suma importancia, pues solamente si este elemento que esta sirviendo de prueba va a llegar a la etapa del juicio en las mismas condiciones que fue encontrado y sin ninguna alteración, va a permitir la valoración real de la prueba obtenida y también aplicar la sanción correspondiente. Garantizando de esta manera la aplicación de la justicia en forma equitativa.

El Art. 92 del Código de Procedimiento Penal dice: *"Si la infracción es de aquellas que, por su naturaleza, produce resultados visibles o deja vestigios, el Fiscal o la Policía Judicial irá al lugar en que se la cometió para practicar el reconocimiento.* ***El resultado, los vestigios, los objetos o los instrumentos de la infracción serán descritos prolijamente en el acta de reconocimiento y pasarán a custodia de la Policía Judicial****. Si hay necesidad de pericia, se observarán además las reglas pertinentes. Si el Fiscal, el Juez o el Tribunal lo juzgaren conveniente, podrán efectuar reconocimientos o inspecciones en secciones territoriales distintas a las de su jurisdicción"*[35].

También el artículo 111 de la ley en mención, manda que se ha preservar la cosa que ha de reconocerse o parte de ella, cuando ésta se deba alterar o destruir

[34] LOPEZ Calvo, Pedro y GOMEZ Silva, Pedro.-***Investigación Criminal y Criminalística***.- Temis. -Pág. 14

[35] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ACTUALIZADO A ENERO DE 2012. Art. 92.

para practicar la pericia; y se dispondrá que: "*de ser posible, se reserve una parte para* ***que se conserve bajo custodia de la Policía Judicial***" [36]

La ciencia y la tecnología han avanzado de tal forma que han puesto a disposición nuestra la posibilidad de preservar los objetos o instrumentos encontrados en la escena del crimen, por ello se dispone que pasen de inmediato a custodia de la policía, para que sean "guardados" de manera técnica y segura hasta que puedan ser valorados como prueba dentro del juicio, garantizando de esta manera que no han sido alterado y que la prueba que de ellos se obtenga es fidedigna.

4.1.8.2 INTEGRANTES DE LA CADENA DE CUSTODIA

La cadena de custodia está integrada por **funcionarios y personas** bajo cuya responsabilidad se encuentran la recolección y preservación de los elementos probatorios respectivos durante las diferentes etapas del proceso con la finalidad de garantizar que se cumpla con su función de custodia.

El procedimiento se inicia desde que se conoce del hecho y se procede a recolectar los elementos probatorios de forma inmediata. En este proceso, intervienen, funcionarios y personas encargados de preservar celosamente las evidencias encontradas.

Entre las instituciones que intervienen está: La Fiscalía, por medio de la Fiscal o el Fiscal; la Policía Judicial; personal especializado; peritos y custodio.

[36] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO. Art. 111.

El Art. 195 de la Constitución de la República establece como parte de las funciones de la **Fiscalía** que: "*para cumplir sus funciones la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas; testigos y participantes en el proceso penal; y cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley.*" [37]

El Código de Procedimiento Penal establece dentro de las atribuciones de **la Fiscal o el Fiscal**:

"*...2. Reconocer los lugares, resultados, huellas, señales, armas, objetos e instrumentos conducentes a establecer la existencia del delito e identificar sus posibles responsables, conforme a lo dispuesto en el capitulo de la prueba material...*

8. Disponer que la Policía Judicial recoja, *custodie y preserve los objetos, documentos e instrumentos que puedan servir para asegurar las pruebas del delito y la identidad de sus autores; y cuide que tales señales no se alteren, borren u oculten...*" [38]

El Manual de Cadena de Custodia, al referirse a la *recolección, embalaje, rotulación y traslado de indicios al centro de acopio o bodega de evidencias,* en el numeral 3 dice: "*...**El Fiscal** o autoridad competente, disponen el envío de los elementos físicos, ya sea al centro de acopio de evidencias de criminalística, a la*

[37] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008. Art. 195.
[38] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL .- actualizado a enero de 2012.- Art. 216

bodega de evidencias de la Policía Judicial o Antinarcóticos, teniendo en cuenta los principios de pertinencia, utilidad y legalidad de los indicios y/o evidencias…

En cuanto al *ingreso y custodia de indicios y/o evidencias (elementos físicos) en el centro de acopio, bodega o almacén de evidencias* dice: "… *el* ***Fiscal o*** *autoridad competente debe disponer u ordenar el envío de los indicios y/o evidencias que servirán como elementos de prueba, al centro de acopio de evidencias, bodega, almacén o dependencia que haga sus veces*

Este mismo manual, al referirse al *ingreso, custodia y análisis de indicios y/o evidencias en el laboratorio de criminalística* establece:

"1. El ***Fiscal*** *o autoridad competente ordena mediante oficio y/o providencia acorde con la etapa procesal el envío de los elementos físicos a los departamentos de Criminalística o Unidad de Apoyo Criminalístico para la práctica pericial…*

Respecto de la *disposición final de los indicios y/o evidencias: "el destino final de los indicios y/o evidencias, únicamente será dispuesto por el* ***Fiscal o Juez*** *competente, lo cual debe hacerse por escrito mediante providencia y siguiendo el respectivo registro, en los documentos propios para este efecto"*[39]

La actuación de la Fiscalía por medio de las o los Fiscales dentro del proceso penal y como vigilantes e integrantes de la cadena de custodia, se inicia desde el momento mismo en que se tiene conocimiento de la comisión de un delito, hasta que el proceso termina, cuidando, vigilando y asegurando a través de la disposición

[39] REGISTRO OFICIAL Nº 156.- ***Manual de Cadena de Custodia***.- 27 de agosto del 2007.

de medidas y procedimientos idóneos que las muestras no se alteren por un inadecuado tratamiento de éstas o un incorrecto almacenamiento

La actuación de la **Policía Judicial,** se inicia una vez conocido el hecho; actuará bajo las órdenes de la Fiscal o el Fiscal iniciando su proceso con la preservación del lugar de los hechos para proteger la escena del delito; e inmediatamente proceder a buscar, fijar, levantar, etiquetar las muestras dando inicio a la cadena de custodia.

Dentro de los deberes y atribuciones que establece el Código de Procedimiento Penal a la **Policía Judicial** consta: *"1. Dar aviso a la Fiscal o el Fiscal, en forma inmediata y detallada, de cualquier noticia que tenga sobre un delito de acción pública; y "bajo su dirección jurídica, aplicar todos los medios y técnicas de investigación que se requieran para recoger evidencias respecto de los actos presuntamente delictivos y de los posibles responsables, conforme a lo dispuesto en el Capítulo de la Prueba Material, lo que incluirá reconocer lugares, recoger y analizar resultados, huellas, señales, armas, objetos e instrumentos, aplicando los principios de la cadena de custodia" (el subrayado es mío)*[40]

De acuerdo a lo que establece el Manual de Cadena de Custodia, "*El personal de la Policía Judicial (Criminalística) ejecutan todas las acciones de orden técnico, con el fin de recolectar, embalar, rotular y transportar los indicios a los departamentos de criminalística, Unidades de Apoyo Criminalístico, Policía Judicial o Antinarcóticos, ingresando al centro de acopio de evidencias (bodega o almacén de*

[40] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.- actualizado a enero de 2012.- Art. 209

evidencias) en condiciones de preservación y seguridad, de tal forma que se garantice la identidad, integridad, continuidad y registro de todos los elementos físicos según su naturaleza…" [41]

Los elementos que se encuentren y se recojan en el lugar de los hechos siguen la siguiente secuencia: recolección, embalaje rotulación y traslado de indicios al centro de acopio o bodega de evidencias.

Se entiende por **recolección** al levantamiento de los elementos materiales que se encuentren en el lugar de los hechos y que servirán de prueba, mediante el uso de técnicas adecuadas que impidan su contaminación y por tanto alteren la prueba que se requiere obtener.

En cuanto al embalaje y **rotulación**, son procedimientos utilizados para preservar, proteger e identificar de manera adecuada los elementos recopilados en el lugar de los hechos, con el objeto de que al ser enviados a los respectivos laboratorios criminalísticos para su análisis, conste en la tarjeta de identificación de manera detallada los datos técnicos, información y características de lo que se va a analizar.

El **traslado** se refiere, al movimiento que se realiza de un lado a otro, de los elementos materia de prueba, el que en principio se hace desde el lugar de los hechos hasta el centro de acopio, y de ahí a los laboratorios, nuevamente al centro de acopio hasta que exista la orden del juez para trasladados al lugar donde se celebre la audiencia.

[41] REGISTRO OFICIAL Nº 156.- ***"Manual de Cadena de Custodia"***.- 27 de agosto del 2007.

Según se menciona en el Manual de Cadena de Custodia, se encuentra establecido en el Art. 65 del Reglamento de la **Policía Judicial** que, "*Bajo la dirección de los fiscales, corresponde a los departamentos de Criminalística, acudir al lugar de los hechos para proteger la escena del delito; buscar, fijar, levantar, etiquetar las muestras dando inicio a la cadena de custodia y analizar todos los indicios, señales o evidencias sobre un presunto hecho delictivo de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal."*[42]

La **Policía Judicial,** dotada de personal especializado, cumple con un papel fundamental dentro de la investigación del delito, se constituye en el cuerpo auxiliar de la Fiscalía, interviene durante todo el proceso penal, al inicio, cuidando celosamente el lugar de los hechos y luego de que todos los indicios encontrados en el lugar de los hechos sean debidamente embalados, rotulados y trasladados hasta el centro de acopio de evidencias, con la finalidad de garantizar de manera irrestricta el cumplimiento de la cadena de custodia que permitirá a su vez que la evidencia resulte admisible ante los Tribunales

Otro de los integrantes de la cadena de custodia es el **perito** de los departamentos de Criminalística y/o Unidades de Apoyo Criminalístico, quienes "*realizarán los análisis y exámenes pertinentes siguiendo las técnicas y procedimientos establecidos según el caso; y elaborarán el informe pericial*

[42]REGISTRO OFICIAL Nº 156.- ***Manual de Cadena de Custodia***.- 27 de agosto del 2007.- Art. 65

elevándolo al Fiscal o autoridad competente, dejando constancia en el formato de cadena de custodia de su actuación" [43]

Se determina también en el Manual de Cadena de Custodia, que el **custodio o responsable** del centro de acopio, bodega o almacén **de evidencias** "*será una persona con conocimientos básicos en el archivo, registro y almacenaje de documentos e indicios o evidencias. Su función específica será:*

La recepción y entrega de los indicios y/o evidencias, mediante el registro adecuado de la información, tanto, en el formato de cadena de custodia como en el sistema de registro manual (libros) o electrónico de la dependencia, considerándola naturaleza de los elementos, es decir, si son sólidos, líquidos o gaseosos, además deberá ubicarlos y clasificarlos según su volumen, peso, cantidad, clase de sustancia y riesgo que representa…"

El manejo de indicios o evidencias debe hacerse con la mayor cautela posible, pues de ello depende que no se pierdan o alteren ya que si hay duda respecto de su integridad posiblemente no va a ser considerado como prueba válida en el juicio.

Como bien lo establece el Manual de Cadena de Custodia, "*Es responsabilidad de toda persona, organismo de socorro, bomberos, paramédicos, profesionales de las casas de salud. Policía Nacional y funcionarios del Ministerio*

[43] REGISTRO OFICIAL Nº 156.- ***Manual de Cadena de Custodia***.- 27 de agosto del 2007

Público ejecutar todas aquellas acciones y procedimientos que permitan llevar una correcta cadena de custodia." [44]

Los funcionarios que intervienen en el proceso penal, serán responsables del **control y registro** de su actuación directa dentro del mismo. Su intervención y observancia de la reglamentación de la cadena de custodia es indispensable para obtener resultados que permitan establecer la verdad histórica de los hechos, pues su inadecuada actuación solo ocasionará pérdida de material de gran importancia que permita aportar al proceso pruebas que pueden ser de fundamental importancia, poniendo en riesgo la adecuada administración de justicia.

4.1.9 LA PRUEBA.

Se establece que la prueba es la "*demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho"*[45].

Hugo Rocha dice que "*en el ámbito judicial, la prueba comprende genéricamente, todos los elementos o medios que se relacionan con la búsqueda y formación de la certeza, en cuanto a las cuestiones debatidas"*[46].

El Diccionario Jurídico Omeba al referirse a la prueba menciona que "*En el Vocabulario jurídico dirigido por Capitant, se define como "demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico en las formas admitidas por la ley"; o bien el "medio empleado para hacer la prueba". Otros autores la explican*

[44] REGISTRO OFICIAL Nº 156.- ***Manual de Cadena de Custodia***.- 27 de agosto del 2007.
[45] CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario Jurídico de Derecho .- Editorial Heliasta.- 2010.- Pág. 264
[46] ROCHA Degreef, Hugo.- ***Las presunciones e indicios como medio u objeto de prueba***.- Editorial Ediar.- Buenos Aires 1997.- Pág. 194

como razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa. Y más concretamente, justificación de la verdad de los hechos controvertidos en juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce como eficaces la ley (Diccionario de Derecho Privado)" [47].

Para Alsina *(Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial)*, en su acepción lógica, *probar es demostrar la verdad de una proposición, pero que en su acepción corriente expresa una operación mental de comparación, por lo que "la prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla"*.

Podría deducirse entonces que la **prueba** es el medio legal con el que se cuenta para probar el hecho que se discute dentro de un juicio, cuyos elementos son recogidos por el juez en el curso del proceso, y serán considerados para establecer si son suficientes para probar no un hecho, pues por medio de la prueba debe lograrse la convicción del juez; lo que sin duda hace que la prueba adquiera significativa importancia dentro del proceso, sea que se la considere como medio o como fin.

Hay que considerar que para que la prueba sea válida y se promueva una investigación justa e imparcial, debe ser actuada en estricta observancia de los principios constitucionales, respetándose las garantías del debido proceso, caso contrario la actuación adolece de nulidad.

[47] DICCIONARIO JURIDICO OMEBA.-

4.1.9.1 EVOLUCION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

La evolución de los medios de prueba a través de la historia ha tenido una significativa importancia, especialmente en lo que tiene que ver con los métodos aplicados en cada una de las épocas para obtener la prueba y el respeto a los Derechos Humanos, o la vulneración de los mismos al aplicar dichos métodos. A continuación haré mención de manera breve a cada uno de ellos:

4.1.9.1.1 LAS ORDALIAS

"Primitivamente la verdad era dada a conocer a la justicia por medio de la providencia; era el dedo de Dios el que se manifestaba a través de la ***ordalías y el duelo judiciario;*** *consistía en poner el puño del sospechoso al fuego y si éste se enllagaba era culpable, caso contrario era inocente. Era igualmente arrojar desnuda en el curso de las aguas frías en época invernal a la mujer sospechosa de adulterio, si ésta contraía una fuerte pulmonía era culpable y si no adquiría ninguna dolencia era inocente. Bajo éstas condiciones nadie quedaba exento de culpa"* [48].

Las Ordalías también eran conocidas como *"Los juicios de Dios"* y existían algunos métodos que se practicaban para probar la inocencia o culpabilidad del acusado:

En la prueba del agua fría, se botaba al acusado al agua y si se sumergía se lo declaraba inocente, mientras que si quedaba en la superficie, era culpable. En la del agua que se encontraba muy caliente metían el brazo en ella, era inocente si al

[48] ZARATE Barreiro, Milton.- ***Táctica y Metodología Criminalística***.- Nivel de Post Grado de la UNL.- 2009.- Pág. 1.

sacarlo se observaba que no tenía ninguna lesión. En la del fuego, se le ponía un hierro sumamente caliente en la mano durante cierto tiempo, por lo que se lo declaraban inocente si no tenías ninguna quemazón.

Evidentemente, éstos medios de prueba, no eran sino formas de torturar al supuesto delincuente quien ante los métodos empleados difícilmente iba a poder demostrar su inocencia, pues estaban destinadas para declararlo como culpable.

4.1.9.1.2 LA CONFESIÓN

También llamada la "reina de la pruebas" *(la probatio probatissima)*, en la que se utilizaba todos los medios posibles para obtener la confesión, considerando además que "*para obtener la confesión todos los medios eran adecuados. Nace así el terrible procedimiento de las torturas; bajo su imperio el inocente se declaraba culpable para escapar al sufrimiento, pero luego continuaban las torturas hasta que revelaba el nombre de sus cómplices, cayendo así otros inocentes de los mismos procedimientos. Este método subsistió hasta que se prohibió toda clase de torturas dado que en base a la confesión resultaban condenados tanto los culpables como los inocentes"* [49].

En el sistema inquisitivo se creía que solamente era factible encontrar la verdad real de los hechos por medio de la confesión, implementando la tortura para lograr obtenerla, posteriormente, *"se buscó otra vez la verdad real mediante la*

[49] ZARATE, Milton.- ***Técnica Criminalística***.- Universidad Nacional de Loja.- 2008.- Pág. 6

confesión del imputado con el obvio fin de lograr una condena que posibilitara la expropiación de bienes.

Sólo que la crueldad que mostró este sistema inquisitorio en el minucioso régimen de tortura que las ***Instrucciones*** *de Fray Tomás de Torquemada "regulado" en función de la edad, sexo, condición, etcétera, del torturado, no ha tenido parangón en la historia de la humanidad.*

Baste recordar aquí a los siniestros elementos conocidos como la pera, el cepo, la cuna de Judas, la picota en tonel —por citar algunos de los más conocidos— para tener una idea cabal de la enorme y sádica crueldad imperante en ese tiempo.

Como puede colegirse, el método es siempre el mismo. Sólo que con el agregado de la feroz tortura a que eran sometidos los imputados, lo que provocó serio temor a eventuales represalias contra los juzgadores-torturadores de parte de los torturados.[50]

Este medio empleado como una manera de obtener pruebas se mantiene hasta la actualidad, y durante su aplicación en más de una ocasión se ha vulnerado los derechos humanos por la atroz forma de aplicarla; frente a ello, las recientes constituciones han acogido dentro de su texto normativo los derechos de protección que encierran las garantías básicas del debido proceso, en las que se exige la presencia de un abogado al momento de rendir testimonio y también el derecho del procesado a guardar silencio; disposiciones constitucionales que si son vulneradas, acarearán la nulidad el proceso, pues las pruebas obtenidas

[50] ALVARADO VELLOSO, Adolfo.-El Debido Proceso de la Garantía Constitucional.- Pág. 65 y 68.

ilegalmente carecerán de eficacia probatoria, garantizando de esta manera que no se obligue a nadie a confesarse culpable debido a la tortura y el trato cruel del que pudiese ser objeto al momento de rendir su confesión.

4.1.9.1.3 PRUEBA TESTIMONIAL

"Para reemplazar a la Confesión surgió la PRUEBA TESTIMONIAL. Lo que el sospechoso no quería o no podía relatar por si mismo, se preguntaría a otras personas. Los testigos. Esta prueba que preponderó a través de los siglos, originó muchos errores judiciales, ya que corresponde al relato de un hecho visto a través de un temperamento, y esto es incontrolable. Por otra parte, el testigo se equivocaba a pesar de su buena fe. Ahora bien, existían además aquellos casos en que predominaba la mala fe de los testigos."[51]

Además de la equivocada interpretación que los testigos podían hacer del hecho; en el sistema inquisitivo, estas diligencias de recepción de testimonios con mucha frecuencia eran practicadas por el secretario u otro funcionario, y por lo general consistían en preguntas cuya respuesta debía ser un "si" o un "no" y en base a suposiciones de los abogados que las planteaban. Este testimonio que se receptaba era reducido a escrito y luego se incorporaba al proceso para posteriormente ser revisado por el tribunal penal que actuaba en la audiencia de Juzgamiento.

[51] ZARATE, Milton.- Técnica Criminalística".- Universidad Nacional de Loja.- 2008.- Pág.6

El testimonio del imputado, en la mayoría de ocasiones era receptado sin la presencia de su abogado defensor, valiéndose de amenazas o intimidaciones y malos tratos, con el propósito de que se declare culpable del delito que se le acusaba o de que firme la declaración de su culpabilidad, vulnerando de esta manera sus derechos humanos y en más de una ocasión condenando a un inocente.

4.1.9.1.4 PRUEBA INDICIARIA

La "PRUEBA INDICIARIA" tiene su génesis con la palabra *indicio, este a su vez* en el vocablo ***Indicium*** del verbo *induco*, derivación de *indicare* que significa indicar, hacer conocer algo, mostrar, hacer saber, para algunos autores, la palabra indicio significa *indicar, descubrir, dar a entender, revelar.*

Mittermaier, Jiménez de Asenjo y Brito Alves: "*entienden que el origen se une a la palabra index que expresaba el dedo indicador, el objetivo o el hecho que se indica"*[52].

Para Guillermo Cabanellas la prueba indiciaria es "*la resultante de indicios, conjeturas, señales o presunciones más o menos vehementes y decisivas, aceptadas por el Juez como conclusión del orden lógico y por derivación o concatenación de los hechos. Es peculiar del procedimiento criminal, donde el culpable procura borrar todas las pruebas delictivas o desfigurarlas de modo tal, que la convicción plena o evidencialidad de los hechos resulte prácticamente inlograble."* [53]

[52] ROSAS, Yataco.-***La Reforma del Proceso Penal Peruano***.- Anuario de Derecho Penal 2004. -Editorial Astrea. Lima-Perú. Págs.- 289, 290
[53] CABANELLAS, Guillermo. ***Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual***. Editorial Heliasta 1989. Argentina Tomo VI. Pág. 501

Yataco Rosas, en el anuario de Derecho Penal, en el año 2004, menciona a algunos autores que hacen mención a la prueba indiciaria en los siguientes términos:

"San Martín Castro sostiene *"que por prueba indiciaria se debe entender aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que son constitutivos del delito objeto de acusación pero de los que, a través de la lógica y de la reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos, la participación de los acusados; señales, además que ha de motivarse en función de un nexo casual, coherente entre los hechos probados (indicios) y el que se trata de probar (delito)*

Mixán conceptúa la prueba indiciaria como una actividad probatoria de naturaleza discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia concreta.

Para Cabanillas Barrantes, *la prueba de indicios está basada en todo hecho cierto y conocido que lleva, merced a un razonamiento inductivo, a la determinación de un hecho desconocido, dando como resultado un hecho sintético, esto es, agregando a un ente algo nuevo que se descubre."*[54]

A decir del coronel. Milton Zárate en su trabajo "Técnica Criminalística "*El beneficio alcanzado por la justicia al reemplazar el testimonio por la prueba indiciaria para alcanzar la verdad en el proceso penal es evidente, toda vez que el primero es incontrolable y la memoria es falible…* El testigo, *…está comparando una*

[54] ROSAS, Yataco.-***La Reforma del Proceso Penal Peruano.-*** Anuario de Derecho Penal 2004. -Editorial Astrea. Lima Perú . Pág. 291

imagen actual; la fisonomía del señalado, con un recuerdo y es muy fácil que se equivoque. Por otra parte el Juez no puede captar esa imagen interior para cotejarla con las características fisonómicas del sospechado. Contrario a esto la prueba indiciaria es perfectamente controlable. Los rastros papilares levantados o fotografiados en el sitio del suceso pueden ser cotejados por el Juez con las impresiones digitales de la persona a quien se los adjudica el perito Criminalístico, a través, de las respectivas aplicaciones o fotografías. Además, estos elementos se conservan permanentemente y siempre en las condiciones para que la operación se repita por el juez o por las distintas partes que intervienen en el juicio…"[55]

Partiendo de los indicios que se puedan recoger, la prueba indiciaria, puede demostrar la certeza o no de un hecho, lo cual se va a lograr si los hechos se han probado y si tienen relación directa con el hecho delictivo que se investiga.

4.1.9.2 CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA

"Es sabido que la información, evidencias o documentos adquieren el valor de pruebas cuando se las presenta dentro del procedimiento o proceso y el titular del órgano jurisdiccional después de valorarlas las aprecia como pruebas y las utiliza como fundamento de la resolución que pone fin a la causa aceptando o denegando la acción, lo cual significa que, antes de presentar la información, evidencias o documentos el sujeto procesal que las presenta previamente debe haberlos obtenido en alguna forma o medio para tenerlos en su poder; obtención que por exigencia del numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política (hoy ***art. 76 numeral 4 de la***

[55] ZARATE MILTON .- ***Técnica Criminalística***.- Universidad Nacional de Loja.- 2008.- Pág.6

Constitución de la República) *necesariamente debe ser con observancia de la constitución o la ley, puesto que en el caso contrario, la información, evidencias o documentos obtenidos inconstitucional o ilegalmente se afectan de invalidez jurídica procesal y consecuentemente, carecen de valor como fuentes de prueba o de prueba cuando se las presente en el procedimiento o proceso.*

La sanción de Invalidez Jurídica o de la Ineficacia Probatoria afecta tanto el proceso conductual de la obtención como a la información, evidencia o documento obtenido, es decir, que carecen de valor las causas como sus resultados o efectos y por lo tanto, no podrán servir como fuente de prueba ninguno de los elementos de la estructura del acto inconstitucional …" [56]

Para obtener una prueba, se utiliza diversos medios de investigación, medios que también tienen naturaleza jurídica procesal, debiendo observarse además todos los procedimientos técnicos que se establezcan al respecto por el ente especializado que es la Policía Judicial y los técnicos, con la finalidad de no alterar ni dañar las evidencias y dar estricto cumplimiento a la cadena de custodia.

"… en tal virtud, … todos los actos procesales que se practican a petición de los sujetos procesales antes de la audiencia del juicio y con el objeto de obtener evidencia documental, material o científica y técnica sobre el objeto del proceso o asunto que se litiga, no constituyen actos probatorios sino solamente actos para la obtención de fuentes de prueba, siempre que en la práctica de éstos actos de procesales o medios

[56] ABARCA GALEAS Luis.- ***Fundamentos Constitucionales del Sistema Procesal Oral Ecuatoriano***.- Quito-Ecuador.- 2006.- Pág. 58-59

de investigación ejecutados para obtener tales fuentes se hayan respetado los derechos humanos y se hayan observado las garantías del Debido Proceso, puesto que en el caso contrario, nos encontramos ante la inconstitucionalidad en la práctica de los medios de investigación…"[57].

La Constitución de la República es clara en señalar dentro de las garantías básicas del debido proceso, que "… *las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución o a la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria"*

Esta disposición constitucional impone la obligación al investigador de una irrestricta observancia de los derechos constitucionales y los derechos humanos de quien está siendo investigado, caso contrario la prueba obtenida no se constituirá de ninguna manera en prueba dentro del proceso penal, por estar viciada de ilegalidad.

" …La práctica del medio de investigación deberá realizarse en la forma específica que regula la ley procesal, de tal modo que, si no se practica el medio de investigación siguiendo su procedimiento específico, la actuación investigativa y los resultados obtenidos con su práctica carecen de valor jurídico procesal…en algunos casos para la práctica del medio de investigación se requiere de autorización judicial… por lo tanto, si no existe tal orden judicial no podrá ser utilizada en el juicio la información así obtenida del registro informático, porque resulta evidente que la

[57] ABARCA GALEAS Luis.- ***Fundamentos Constitucionales del Sistema Procesal Oral Ecuatoriano***.- Quito-Ecuador.- 2006.- Pág. 61

información se la obtuvo inconstitucionalmente, según expresamente lo contempla el Art. 83 del mismo Código Procesal, porque vulnera el principio de Legalidad Procesal contemplado como garantía del Debido Proceso." [58]

Entonces, la prueba debe ser obtenida siguiendo procesos y observando las normas constitucionalmente establecidas para que tenga validez jurídica, caso contrario carecerá de tal validez dentro del proceso; es importante acotar que en cada actuación tendiente a la obtención de la prueba se debe cumplir con las normas establecidas, es así que si se requiere allanar un domicilio necesariamente debe obtenerse una orden judicial, caso contrario lejos de obtener la prueba requerida se estaría vulnerando el derecho a la inviolabilidad del domicilio de la persona que se pretende investigar y la prueba obtenida carecerá de valor probatorio, viciando el proceso por ser inconstitucional.

4.1.9.3 LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

De manera general "valorar" significa reconocer o apreciar el valor, mérito o cualidades de algo; respecto de la **valoración de la prueba** significa entonces que el Tribunal de Garantías Penales va a apreciar el valor de las pruebas presentadas en un proceso.

Para la valoración de la prueba en el proceso penal, como lo establece el Código de Procedimiento Penal, se determinan los principios fundamentales, así "*las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales*

[58] ABARCA GALEAS Luis.- ***Fundamentos Constitucionales del Sistema Procesal Oral Ecuatoriano***.- Quito-Ecuador.- 2006.- Pág. 63

correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por las juezas y jueces de garantías penales.

Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción Fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio." [59]

La prueba, es el elemento que da vida al proceso, cuyo objetivo es lograr que la verdad histórica de los hechos que se presenta al inicio, sea acreditada y se compruebe la existencia del delito y la responsabilidad de quien está siendo procesado, o sea que se logra establecer el tipo de delito que se cometió y de acuerdo a las investigaciones, quien es el responsable del mismo, tomando en cuenta las circunstancias que se dieron en torno al hecho.

"…En el proceso penal, por ser de orden público, el juez ostenta un papel activo, y, en mérito al principio de investigación, cae dentro de su imperio averiguar la verdad jurídica objetiva, por medio de la adopción de cualquier medida de instrucción…

…En efecto, en el ámbito de la justicia penal, corresponde al Ministerio Público aportar el fardo de la prueba, sin dejar ninguna duda razonable; puesto que si existe alguna duda, para evitar el error judicial, el reo habrá de ser absuelto.

De ahí que Pedro J. Bertolino ha dicho con sobrada razón que la actividad procesal del Fiscal no es estrictamente persecutoria, porque no siempre se desenvuelve con sentido incriminatorio, sino que por buscar la verdad real, puede ser

[59] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO. Art. 79.

ampliamente liberatoria, de modo tal que sus requerimientos y opiniones no lo vinculan a un criterio inmutable, sino por el contrario, resulta permanentemente cambiante conforme sean los elementos probatorios adquiridos durante el curso de la investigación judicial.

Como colofón, cabe poner de resalto que no existe verdad sin prueba, en consecuencia, el juez, en su sagrado ministerio de otorgar a cada quien lo suyo, habrá de averiguar la verdad para satisfacer su íntima convicción, máxime en materia penal, en cuyo ámbito no puede renunciar conscientemente al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, so pena de incurrir en la comisión de un error judicial." [60]

En la etapa del juicio, las partes presentarán ante el Tribunal de Garantías Penales todas las pruebas con que cuenten, sean éstas documentales, testimoniales o materiales, para que sean VALORADAS por el Tribunal, que decidirá sobre su validez o no dentro del proceso; por lo tanto, deben ser lícitas para que sean apreciadas.

Para llegar al establecimiento de la verdad, se han establecido los diferentes medios de prueba, en razón de que a través de ella se puede demostrar la certeza sobre la existencia de un hecho o sobre la veracidad de un juicio

Es en la etapa del juicio en que el juzgador realiza la valoración de todos los elementos de prueba introducidos al proceso por las partes, que tienen como finalidad justificar sus aseveraciones y las alegaciones que deben realizar en

[60] http://www.google.com.ec/nj.org/portal/index.php?option=com_docman&task..- *Valoración de la Prueba*.- 16 enero 2012.- Pág. 11

cuanto a las pruebas obtenidas con la finalidad de orientar al juez al momento de apreciar la prueba y emitir el fallo.

Existen diversos criterios sobre la forma de cómo el juez debe valorar las pruebas, por lo que haré mención a tres modalidades fundamentales: la íntima convicción, la prueba tasada y la libre convicción o sana crítica.

La *Íntima convicción*, como su nombre lo indica es aquella modalidad en la que el juzgador hace la valoración de la prueba en base a su convicción íntima, de acuerdo a lo que le dicta su conciencia, "*pues no tiene que sujetarse a un orden normativo sobre la forma de otorgarle valor a un determinado medio probatorio, ni tampoco tiene el deber de dar a conocer los fundamentos y razones que lo motivaron para dictar la sentencia en tal o cual sentido, siendo este procedimiento propio del juicio por jurados en el sistema norteamericano o anglosajón, cuando a base de su íntimo convencimiento, el jurado al momento de resolver, debe expresar su conclusión afirmativa o negativa para cada uno de los puntos que sobre las cuestiones de hecho se someten a su decisión, sin necesidad de fundar, motivar o fundamentar su determinación, a tal punto que lo resuelto es vinculante, no obstante la aparente contradicción que pudiera presentar con las pruebas aportadas en el juicio"*[61].

Este sistema, utilizado en el sistema norteamericano, se basa en la presunción del juzgador, apegada a la razón y a la lógica. Sin embargo, no puede dejarse de

[61] JAUCHEN, Eduardo.-***Tratado de la prueba en material penal***.- Rubinzal Culzoni Editores.- Buenos Aires.-2002. Pág. 46

lado el hecho de que pueda existir un fallo arbitrario, pues queda al libre arbitrio del juzgador, es por ello que existen algunas críticas al respecto.

La *Prueba Tasada,* sistema en el cual, la valoración de la prueba se halla previamente determinada en la ley, y es aquí donde se establecen los parámetros que van a guiar al juez para apreciar los elementos probatorios que se presentan en el juicio, y de esta forma no tenga que recurrir a una valuación subjetiva de dichos elementos.

La ley va fijando los requisitos que deben reunir ciertos hechos para que se tengan por acreditados, o a su vez va asignando el valor que a cada elemento deberá otorgarle el juez, en base a los presupuestos que en ella se establecen. Como en el caso de *las pruebas obtenidas con violación a la constitución y la ley que se establece que carecerán de valor probatorio*.

Este sistema, también ha merecido las críticas de los estudiosos del Derecho, por cuanto se considera que la prueba se reduce a un procedimiento meramente formal, sin permitirle al juez amplitud en su poder de decisión por tener que ceñirse estrictamente a lo que determina la ley y no a la libre convicción, aunque encontrara alguna contradicción.

La *Libre Convicción (Sana Crítica)* puede considerarse como un sistema intermedio entre la prueba tasada y la libre convicción.

"Este sistema conlleva la libre valoración de los elementos probatorios, al no estar prestablecida en la ley su valoración, y a la vez, la libertad de escoger los medios probatorios para la verificación del hecho. Además, sus características son la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano"[62].

Al apreciar la prueba aplicando el sistema de sana crítica, se involucra también el principio de libertad de la prueba, en cuanto a que se puede probar todos los hechos que se consideren importantes para la decisión judicial; para ello se puede recurrir a cualquier medio probatorio admitido por la ley, debiendo el Juez exponer las razones que le han llevado a dictar su resolución, con la suficiente motivación.

---

[62] JAUCHEN, Eduardo: Ob. Cit.- Pág. 48 y 49.

Debe considerarse también la equidad en la valoración de la prueba en virtud del principio de inmediación, para lo cual se requiere un análisis racional de la misma y las deducciones de culpabilidad y de inocencia que expresan las partes.

Es fundamental que el juzgador aplique correctamente las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia al emitir el fallo, pues el juicio de certeza debe alcanzarse con aplicación del principio valorativo que suponen también los elementos de descargo del procesado. De no hacerlo así la valoración resultaría claramente arbitraria por haber excluido toda valoración de la prueba de descargo aportada.

"El Tribunal debe realizar una valoración dirigida a preservar el derecho fundamental tanto a la presunción de inocencia consistente en comprobar la estructura racional de la prueba, por su acomodación a criterios de lógica, ciencia o experiencia, como para comprobar el carácter de prueba de cargo que permite la inferencia sobre la culpabilidad de una persona, lo que constituye una garantía del ciudadano frente al ejercicio arbitrario del poder judicial por que el Juez al estar libre de un sistema de prueba legal, no lo está de una valoración racional de la prueba.

Por ende el Tribunal que resuelva al apreciar los elementos probatorios, por ejemplo el testimonio prestado por el propio acusado, que sostiene que ha cometido la acción considerada como infracción penal no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir su culpabilidad prescindiendo de otros elementos probatorios" [63]

[63] URIARTE Valiente, Luis M. y Farto Piay, Tomas.- ***El proceso penal e***español. – Jurisprudencia Sistematizada, La Ley.- Grupo Wolters Kluwer Espana S.A. - Nueva Imprenta, Madrid.- 2007, Pág. 677- 682

Este sistema actualmente es el más utilizado y así lo recogen los códigos procesales penales vigentes; es así que nuestro Código de Procedimiento Penal en su Art. 86, determina que toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica, con ello se da la posibilidad para que los Jueces y Tribunales puedan sustentar sus resoluciones en los principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano, como fundamentos de la sana crítica, pero de manera motivada y con equidad, evitando con ello la arbitrariedad y el abuso.

4.1.9.4 LA PRUEBA ILÍCITA

Como he mencionado, la prueba debe ser obtenida de manera legal, sin contradecir la Constitución o la ley, para que tenga validez jurídica y pueda ser valorada en el proceso. Toda prueba que no se enmarque dentro de esta disposición será considerada como una ***prueba ilícita*** y por lo tanto carecerá de valor probatorio.

Frente a una prueba que se considera ilícita existe *"un planteamiento de aplicar el principio constitucional de exclusión absoluta de la prueba ilícita lo que nos lleva a sostener que hay que impedir que tomen carta de ciudadanía los frutos del árbol prohibido o los frutos del árbol envenenado. Vale decir, que no se pueden utilizar como medios de prueba los resultados o hallazgos que tienen origen en una práctica ilícita e inconstitucional, pues lo que nace ilícito muere ilícito e igualmente sus frutos. No se podría por ejemplo reconocer que se ingresó inconstitucional e ilícitamente a un domicilio, pero que el arma u otro tipo de evidencia que se encontró*

en tal incursión ilegal puede ser utilizada como prueba lícita, pues se trata de un fruto del árbol envenado que debe ser expulsado del acervo probatorio lícito y válido.

El jurista y constitucionalista Miguel Carbonell, refiriéndose a una reforma constitucional en México, dice en uno de sus trabajos, al referirse al principio de exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente: "se establece que dicha ilicitud acontece cuando la prueba se obtiene violando derechos fundamentales y además se señala que la consecuencia será la nulidad de la misma, es decir su inexistencia para cualquier efecto jurídico dentro del proceso penal respectivo o en cualquier otro que se inicie con posterioridad".

Como dice el mismo autor, se trata de evitar que hechos viciados de de ilicitud se conviertan en herramienta de trabajo de policías… y para ello es necesario que se repudien y no se admitan tales prácticas" [64].

Quienes se encuentran al frente de una investigación conocen perfectamente que no deben ni pueden violar derechos fundamentales de los ciudadanos durante una investigación, con la finalidad de obtener evidencias que permitan llegar a conocer la verdad real de los hechos, ya que carecerá de valor probatorio y necesariamente tendrá que ser excluida; pues si un Tribunal Penal acepta una prueba ilícita, estaría permitiendo se vulnere doblemente los derechos en perjuicio de quien va a tener estas pruebas en su contra, pues van a ser utilizadas como material dentro del proceso.

[64] **No admitamos las pruebas ilícitas.** Publicado **en** *El mundo del Abogado*, número 115, México, noviembre de 2008, Pág. 20-22

La propuesta es válida porque no puede ni debe utilizarse una prueba que viola la previsión contenida en el Art. 76 n. 4 que consagra como una de las garantías del debido proceso, la exclusión de la prueba ilícita[65]*. Aquí surge la aplicación del principio de la ponderación entre el derecho a llegar a la verdad procesal y la obligación constitucional de acceder a la misma mediante procedimiento lícitos.* [66]

Las normas del debido proceso son claras, por lo tanto deben respetarse los derechos de las personas que son objeto de investigación; y quienes ejecutan las acciones tendientes a recoger pruebas, pertenecen a un equipo técnico de soporte para la fiscalía, que debe conocer cuáles son las reglas al momento de obtener una prueba y por lo tanto actuar con apego a la ley, la constitución y un irrestricto respeto a los derechos humanos.

…Conforme se puede apreciar en el contenido del libro LA PRUEBA ILICITA, es posible encontrar un mecanismo lícito si se siguen las normas del código de procedimiento penal, que prevé en el Art. 155 la intromisión previa autorización de un juez de garantías penales que debe ponderar la necesidad de lesionar ese derecho a la privacidad que es una garantía constitucional y un bien jurídico protegido, frente a la necesidad de investigar un delito.

El personal de la Policía Judicial conoce perfectamente cuál es el procedimiento a seguir cuando hay que obtener una prueba, y si se necesita una

[65] Art. 226.1. " *Resolver sobre las solicitudes para la exclusión de las pruebas anunciadas, cuyo fundamento o evidencia que fueren a servir de sustento en el juicio, hubieren sido obtenidos violando las normas y garantías determinadas en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, la Constitución y éste Código;…"*

[66] El fallo de la Corte Constitucional comentado, puede ser revisado en nuestra página, www.alfonsozambrano.com en el link CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, de reciente creación.

autorización del juez de garantías penales para proceder en una acción, ésta debe ser emitida antes de realizar el acto; so pena de nulitar la prueba obtenida por haberla convertido en ilícita al proceder sin autorización del juez y vulnerando los derechos de los ciudadanos.

"La prueba ilícita deviene en Ecuador en improcedente, y en casos en que se la pretenda utilizar como lamentablemente ha ocurrido, se está vulnerando el ***principio de exclusión absoluta,*** *previsto en el Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador.*

...Estas pruebas ilegítimas, en un momento dado son incluso peritadas, y se las pretende utilizar como elemento de convicción para mantener una acusación, o como prueba de incriminación en la etapa del juicio. Este procedimiento es contrario a un Estado constitucional de derechos y justicia como se proclama hoy Ecuador. [67]

Por lo tanto el Juez que es el garantista del proceso debe excluirlas porque contaminan el proceso.

La prueba ilícita y los llamados "frutos del árbol envenenado" (como los peritajes que se llegan a practicar) carecen de valor alguno para todos los efectos, por vulnerar garantías del ***debido proceso.*** *El respeto al Estado constitucional de derechos y justicia, demanda el respeto a la normativa constitucional prevista en los artículos 10, 11, 66 n. 20 y 21, 75, 76, 82, 169 y 417 de la Carta Magna, así como a los*

[67] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.- 2008. Art. 1.

artículos 80 y 83 del Código de Procedimiento Penal que establecen la ineficacia probatoria de la prueba ilícita."[68]

La práctica de las pruebas es de vital importancia para el proceso, se puede decir que es la prueba la que da vida al proceso, por ello, quienes se encuentran a cargo de la investigación deben cuidar con el mayor celo sus actuaciones con la finalidad de no incurrir en vulneración de las normas constitucionales o legales, pues esto convierte a toda prueba en ilícita y por ende carente de valor probatorio.

4.1.9.5 EL PROCESO VICIADO

Dentro de los principios que rigen el proceso penal está: el juicio previo y el principio de legalidad que forman parte de las garantías básicas del debido proceso. Así el artículo 1 del Código de Procedimiento Penal que hace referencia, al de **el juicio previo** como parte de los principios fundamentales dice: "*nadie puede se penado sino mediante una sentencia ejecutoriada, dictada luego de haberse probado los hechos y declarado la responsabilidad del imputado* ***en un juicio sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución Política de la República y en este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de los derechos del imputado y de las víctimas."***

[69]*(Las negritas son de la autora).*

[68] ZAMBRANO Pasquel, Alfonso.- *"La prueba ilícita en el proceso penal".- Pág. 39*
[69] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, actualizado a enero de 2012.- Art. 1

El art. 76 Nº 3 de la Constitución de la República, que hace referencia a las garantías básicas del debido proceso, en su parte final dice "…Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente **y con observancia del trámite propio de cada procedimiento"** [70] *(las negritas son de la autora).*

Des esta forma, en todo proceso deben respetarse y observarse de forma estricta las garantías básicas del debido proceso, al momento de obtener fuentes de prueba del delito que se investiga; esto significa que los actos procesales que se realizan a petición de parte o de oficio para obtener evidencia documental, material o científica y técnica, *"no constituyen actos probatorios sino solamente actos para la obtención de fuentes de prueba, siempre que en la práctica de éstos actos procesales o medios de investigación ejecutados para obtener tales fuentes se hayan respetado los derechos humanos y se hayan observado las garantías del Debido Proceso, puesto que en el caso contrario, nos encontramos ante la inconstitucionalidad en la práctica de los medios de investigación…*

…El medio de investigación es de carácter específico a la naturaleza de la actuación investigativa, porque solo su práctica mediante este medio confiere validez jurídica procesal, como cuando es necesario agregar un documento escrito al expediente de la investigación por contener información relacionada con el delito concreto que es su objeto, necesariamente deberá proceder el fiscal a practicar el medio de investigación documental previsto en el art. 152 del Código de Procedimiento Penal. Por tanto, si el documento no ha sido agregado al expediente

[70] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008.- Art. 76, numeral 3

mediante la utilización de este medio de investigación, no podrá ser utilizado como fuente de pruebas en el juicio."[71]

Entonces, las actuaciones que deban realizar, no pueden hacerse al libre arbitrio o a criterio discrecional del órgano procesal o jurisdiccional, Policía o funcionario; sino que debe cumplirse lo que señala la constitución y la ley, aplicando el trámite específico o sustanciación; hacer lo contrario, afecta a la validez jurídica del proceso, pues la norma constitucional y legal es clara al mencionar que "*...4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria"...* dando lugar sin dudas a la ineficacia probatoria para todos los actos inconstitucionales.

Zavala Baquerizo, al realizar un análisis del principio de Juicio Previo dice: "*La garantía del debido proceso, pues ha sido trasladada al ámbito penal a través del CPP, el cual es llamado a establecer los procedimientos a seguir en la iniciación, desarrollo y conclusión del debido proceso penal..."*

"... dentro de las respectivas etapas del proceso penal se practican los medios de prueba legales para llevar al proceso las pruebas relacionadas con la existencia del jurídica del delito y de la culpabilidad de las personas que intervienen en la comisión del mismo. Debe haberse comprobado, como dice la ley de procedimiento penal en el art. 250, "conforme a derecho" la existencia del delito y la culpabilidad del justiciable. Debiendo entenderse la frase "conforme a derecho" como la práctica de

[71] ABARCA GALEAS, Luis.- ***Fundamentos Constitucionales del sistema Procesal Oral ecuatoriano"***.- Pág. 61-62

los medios de prueba ***respetando los principios constitucionales y las normas legales del procedimiento penal.*** *(las negritas son de la autora).*

El "juicio" o "proceso" previo a la condena, debe haber sido "sustanciado conforme a los principios establecidos" en la CPR y en el CPP "con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y los derechos del imputado y de las víctimas". El derecho de defensa está implícito en el enunciado anterior, tanto para los sujetos procesales, como para las "personas" y las "víctimas", todas las cuales pueden acceder a la tutela jurídica, sin que, en caso alguno, queden en indefensión."[72]

Las normas constitucionales y las del procedimiento penal, especifican cual es el procedimiento a seguir para cada caso, pues, excepto en los delitos flagrantes, existen algunas actuaciones del Fiscal que requieren de autorización judicial, y que debe ser solicitada cuando se demuestre que existe evidencia relacionada con la investigación del delito, o la participación del sospechoso o procesado; actuaciones que pueden ser indispensables para comprobar la existencia del delito, o recuperar la cosa sustraída u objetos que constituyan medios de prueba del cometimiento de la infracción o de responsabilidad del procesado.

Así mismo, se requiere de autorización judicial para:

El allanamiento, que debe hacerse mediante un auto debidamente fundamentado, con la finalidad de obtener evidencias, por lo que generalmente el

[72] ZAVALA Baquerizo, Jorge.- Ob. Cit.- TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL.- Pág. 154, 155

juez al dictar la orden de allanamiento, ordena también la incautación de armas, efectos, papeles u otros objetos encontrados dentro de la propiedad allanada.

"Los códigos procesales autorizan el registro domiciliario cuando existen fundadas sospechas de que en un determinado lugar se encuentra el imputado o cosas relacionadas con el delito que es necesario; es decir que el allanamiento es una prueba autorizada por los digestos procesales; no obstante para practicar un allanamiento las leyes procedimentales exigen el cumplimiento de ciertas formalidades como puede ser una orden judicial para el registro domiciliario, salvo de que se trate de algunos supuestos de urgencia en los cuales se puede prescindir de dicha orden. El allanamiento será ilegal y por ende también el secuestro de los elementos convictivos, cuando se carezca de la autorización judicial y no se trate de una supuesta excepción. En éste caso la ilegalidad deviene no del medio de prueba en sí mismo, sino del método para obtener esa prueba" [73].

También se requiere orden judicial para la retención, apertura, intercepción y examen de la correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, cablegráfica, por télex o por cualquier otro medio de comunicación; intercepción y grabaciones de conversaciones telefónicas o de otro tipo de grabaciones; las intervenciones y escuchas telefónicas deben guardar el reconocimiento del derecho a la privacidad y al secreto a las comunicaciones en el derecho internacional. Para realizar el

[73] **ARBUROLA Valverde, Allan.-** Prueba ilícita o espúrea en materia penal.- http://www.monografias.com/trabajos76/prueba-ilicita-espurea-materia-penal/ prueba-ilicita-espurea-materia-penal.shtml

reconocimiento de grabaciones, películas, registros informáticos, fotografías, discos u otros documentos semejantes, el juez debe autorizar por escrito al Fiscal.

Existen, aquellas medidas, como la detención, sea preventiva o para investigación que igualmente deben ser ordenadas por el Juez, así como también las de carácter real: la prohibición de enajenar bienes, secuestro, retención, embargo.

Dentro de las normas del debido proceso también se establece que *"Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto"*; disposición concordante con lo que dispone el art. 73 del Código de Procedimiento Penal. Situación que también debe ser observada al momento de obtener fuentes testimoniales de prueba.

Cualquier elemento de prueba que se haya recabado e incorporado al proceso penal por medio de una transgresión a una norma constitucional o vulnerando las formas procesales dispuestas para su producción, carece de valor probatorio; así, todas las actuaciones realizadas para obtener fuentes de prueba o pruebas, deben cumplir con el presupuesto de procedibilidad para que tengan validez dentro del proceso, de lo contrario, se constituyen en lo que la doctrina llama como prueba ilícita, y lo ilícito no admite convalidación, ni puede servir de prueba; pues no hay manera de convalidar lo que tiene origen ilícito; violentar la norma constitucional significa paralelamente contaminar la prueba y **viciar el**

proceso de inconstitucionalidades, produciendo una cadena causal de resultados inmediatos o mediatos que tienen como sanción la invalidez jurídica.

"…y se entiende siempre como vicios no subsanables (defectos absolutos) concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías constitucionales o cuando afecte derechos previstos por los tratados suscritos por el Estado…" [74]

Cuando se han practicado pruebas de forma ilegal, el proceso se encuentra viciado de inconstitucionalidades, y por tanto la prueba contaminada no podrá ser aprovechada, debiendo ser excluida, con la finalidad de proteger las garantías constitucionales vulneradas y dar seguridad jurídica al excluir del proceso todas las pruebas viciadas.

4.1.10 NULIDADES PROCESALES

La nulidad, *"es la declaración judicial, por medio de la cual se deja sin efecto un acto procesal por violaciones de éste y, fundamentalmente de garantías constitucionales; o sea que es nulo aquello que habiendo nacido con algún vicio tiene existencia jurídica y por lo mismo produce las consecuencias normales que todo acto procesal hasta el momento que se declare ese vicio de nacimiento, es decir el acto es válido y debe respetarse hasta que el juez correspondiente llegue a lo contrario; de*

[74] **ARBUROLA Valverde, Allan.-** Prueba ilícita o espúrea en materia penal.- http://www.monografias.com/trabajos76/prueba-ilicita-espurea-materia-penal/ prueba-ilicita-espurea-materia-penal.shtml

tal manera que quien invoca la nulidad, debe precisar cuáles son los fundamentos para solicitar la existencia de la irregularidad, las normas que considere han sido vulneradas por la misma; y, de qué manera se han afectado sustancialmente los derechos de quienes la alegan."

"… Hay que recordar que la nulidad, es la sanción procesal señalada en el Código de Procedimiento Penal, en su propia defensa o en intereses de sus destinatarios, mediante la cual se invalida jurídicamente actos que ella reglamenta, debiendo recalcar que las causales que del Art. 330 del Código de Procedimiento Penal son taxativas, de tal modo que cualquier irregularidad que la ley no conmine su sanción de validez, no produce nulidad, pues son meras formalidades, recordando una vez más que solo las solemnidades sustanciales, producen nulidades, pues una de las característica del Estado Constitucional de derechos y justicia es que la ley sustancial está sobre la ley procesal, de tal modo que el recurso de nulidad, es una severa sanción frente a las irregularidades procesales, que se traducen en ostensibles violaciones de los derechos del procesado. [75]

Si en el proceso no se ha cumplido las solemnidades esenciales, exigidas por la ley penal para el mismo; a petición de parte o de oficio, se declarará la nulidad de lo actuado pudiendo la nulidad afectar a todo o parte del proceso, dependiendo del momento en que haya provocado la omisión de solemnidad, por ejemplo si el caso fuese la incompetencia del juez, la nulidad afectará desde su constitución, ya

[75] GARCIA Falconí, José.- *El recurso de Nulidad en materia penal.-* http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6368:el-recu

que la nulidad se debe a que es una sanción impuesta por omisión de solemnidades sustanciales o principales.

Zavala Baquerizo sostiene que "…la causa de nulidad afecta al proceso desde el momento procesal en que surgió tal causa: todo lo actuado después del acto nulo sufre los efectos de la nulidad. En la exclusión probatoria sólo pierde eficacia jurídica el acto probatorio ilegal; en la nulidad, es el proceso el que se afecta parcial o totalmente, según el momento procesal en que surge la causa de nulidad… constitucionalmente… [76]"

Sin embargo, no todo incumplimiento de la ley procesal penal, tiene como efecto la nulidad del proceso, ya sea total o parcial, sino aquellos incumplimientos que tengan relación con especiales y esenciales formalidades que la ley señala como tales; así las otras omisiones no acarrean la nulidad del proceso.

Al efecto, el Art. 330 del Código de Procedimiento Penal señala las causas de nulidad:

"Habrá lugar a la declaración de nulidad, en los siguientes casos:

1. *Cuando la Jueza o Juez de Garantías Penales o el Tribunal de Garantías Penales hubieren actuado sin competencia;*

2. *Cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el artículo 309 de este Código; y,*

[76] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge.- Tratado de Derecho Procesal Penal.- Tomo III Pág. 94.

3. Cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa". [77]

La causal de nulidad establecida en el **numeral 1,** es considerada como esencial en el proceso penal, ya que el o los magistrados que conozcan el proceso penal desde que se inicia, sustancie y concluya debe ser legalmente competente; o sea la competencia es un presupuesto del proceso penal, para que este pueda tener eficacia jurídica, pues sin competencia no existe proceso penal, por no constituirse la relación jurídica procesal penal con uno de los sujetos principales, que es el juez competente.

En el **numeral 2,** se exige que la sentencia cumpla con los requisitos de forma, establecidos en el art. 309 del Código de Procedimiento Penal, para que pueda surtir los efectos jurídicos que la ley ha previsto y, esto tiene su razón de ser, porque las sentencias resuelven la situación jurídica del acusado,

En el **numeral 3**, la ley procesal exige que el proceso esté sustanciado siguiendo un procedimiento previamente establecido, y el juez está obligado a garantizar que las partes procesales y quienes realizan la investigación se ajusten a dichos procedimientos, con la finalidad de que no se de la nulidad del proceso esto es una garantía constitucional que debe cumplirse.

[77] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, actualizado a enero de 2012.- Art. 330.

Si se ha interpuesto el recurso de nulidad, al momento de resolverlo, la misma Corte de observar que existe alguna causa de nulidad puede declararlo de oficio o a petición de parte, desde el momento se que produce la nulidad en el proceso; esto si la causa que la provoca, tiene influencia en la decisión del proceso.

También se dispone en el Art. 331 del Código de Procedimiento Penal que:

"Si se hubiere omitido algún acto procesal necesario para la comprobación de la existencia de la infracción, en cualquier etapa del proceso, se mandará a que se lo practique sin anularlo".

Como se puede apreciar, la nulidad puede declararse de oficio o a petición de parte; en caso de existir causas que justifiquen hacerlo; por lo tanto, quienes intervienen en el proceso deben cumplir con todas las solemnidades sustanciales o principales y actuar con respeto a los derechos humanos y a las garantías del debido proceso.

4.1.11 EL DELITO

Para la Real Academia de la Lengua Española, *delito* es la *"Acción u omisión voluntaria castigada por la ley con pena grave".*[78]

Guillermo Cabanellas, lo define así: *"Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín* ***delictum****, expresión también de un hecho antijurídico y doloso*

[78] DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO CASTELL.- Tomo I, Edit..Castell.- Madrid-España.-2004.-Pág. 665.

castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa."[79]

Para Francisco Carrara, el *delito* es *"La infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable. Y socialmente dañoso".*[80]

Luis Jiménez de Asúa, dice que el *"Delito es un acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena y conforme a las normas objetivas de punibilidad".*[81]

Alimena añade que *"debe tener un elemento interior, sin el cual sería un caso fortuito, y un elemento objetivo, un elemento exterior, sin el cual sería un pecado".*[82]

Los tratadistas enunciados, coinciden que el delito es: "*La conducta antijurídica y culpable descrita por la ley, a la que ésta señala una sanción penal".*[83], en síntesis, es una negación del derecho, una violación del orden jurídico en su aspecto legal, mientras en lo sustancial es un hecho humano social, desencadenado por varios factores de la causalidad.

Para establecer si se ha cometido o no un delito, la conducta del infractor, debe adecuarse a la descripción del tipo penal que se establece en el Código Penal y a la

---

79 CABANELLAS, Guillermo.- ***Diccionario Jurídico Elemental***, Edit. Heliasta.- Buenos Aires.- 2002.- Pág. 115.
80 CARRARA, Francisco.- ***Programa del curso de derecho criminal***.- Edit. Universidad Externado de Colombia.- 1986.- Pág. 34
81 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.- ***La ley y el delito***.- 21ava. Edición.-Edit. Harla.- México.-Pág. 218.
82 GOLDSTEIN, Raúl.- ***Diccionario de Derecho Penal y Criminología***.- Edit. Astrea, Argentina, 1989, Pág. 112.
83 REY LÓPEZ, Manuel.- ***El Delito y la Pena***.- Edit., Orbe, México.- 1989, Pág. 22.

cual se le asigna una pena proporcional al bien jurídico vulnerado, y al daño causado.

4.1.11.1 ELEMENTOS DEL DELITO

Para determinar los elementos constitutivos del delito, es importante iniciar realizando un análisis dogmático del concepto de delito:

"Delito es la acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable."

El concepto inicia haciendo mención a que **delito es un acto u omisión voluntaria**, esto significa que la conducta para realizar el acto debe hacerse con voluntad y conciencia, eximiéndose entonces las conductas por fuerza irresistible, acto reflejo o situaciones ajenas a lo patológico (sueño, sonambulismo, hipnotismo). En estos supuestos no existe voluntad ni conciencia, por tanto no hay delito.

"*El concepto dogmático del delito tiene origen en la Teoría de las normas de Karl Binding que dice que el delincuente viola la norma no la ley. La norma es un deber ser: "no matarás". El deber se guía a lo que es bueno y que es lo malo. La ley es un ser, o sea la ley positiva "El que matare tendrá 30 años de..." El delito vive en el ser, o sea en la ley, no la viola. Es mas, el delito es ser, es una conducta positiva. Mas tarde, Mezger, se ayuda también de la Teoría Del Tipo de Beling que dice que cuando se*

viola la norma, el acto debe encajar en lo descrito por la ley como delito, es decir el acto debe encuadrarse al tipo penal"[84].

El concepto también menciona que delito es un **acto típico,** esto significa que el acto humano realizado para considerarse como delito debe adecuarse al tipo penal, o sea, debe haber tipicidad, pues si no hay adecuación de la conducta al tipo penal no hay delito, o peor aun, si no hay tipo, la conducta no es delito. (principio de legalidad) pues todo lo que NO esta prohibido u ordenado, se entiende que está permitido.

El delito es un **acto típicamente antijurídico**, o sea, la conducta humana realizada en oposición a la norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido. Un acto típicamente antijurídico puede dejar de ser tal si median las causas de justificación, como en el caso de legítima defensa.

"El acto típicamente antijurídico deber ser culpable. Para que la culpabilidad pueda ligarse a una persona, debe existir los siguientes elementos de culpabilidad: imputabilidad, dolo o culpa y exigibilidad de un comportamiento distinto, pero la conducta deja de ser culpable si median las causas de inculpabilidad como: el caso fortuito, cumplimiento de un deber o un estado de necesidad (por ejemplo la legítima defensa, el hurto famélico).

[84] Tomado de: http://www.geocities.com/teoriadeldelito/tde13delito.htm.- Ermo. Elementos constitutivos del delito. [En Línea] Disponible en: www.enj.org. [16 de enero 2013]

El estado de necesidad tiene doble ubicación sistemática: es causa de justificación como también causa de inculpabilidad de la conducta. Tiene esta doble ubicación porque subsana la inconveniencia de mantener a priori una clasificación de las Causas de Justificación y las Causas de Inculpabilidad. La determinación de su naturaleza queda librada a la jurisprudencia o a la doctrina.

Si al acto típicamente antijurídico le falta algún elemento de la culpabilidad o se dio alguna causa de inculpabilidad el delito deja de ser tal, no hay delito" . [85]

Algunos autores señalan también como elemento la **culpabilidad,** es decir la obligación de responder por el hecho imputado.

El último elemento constitutivo del delito es la **punibilidad** que se hace efectiva por medio del ius puniendi, en contra de quien haya cometido, o intente cometer, un delito. Se ha establecido dentro de los tipos penales la sanción que debe cumplir quien haya cometido un acto típicamente antijurídico y culpable. Tomando en consideración también que no se puede aplicar una sanción privativa de la libertad a un inimputable, que puede ser un menor de edad.

Cuando el acto cometido con voluntad y conciencia se adecúa al tipo penal, es susceptible de ser sancionado, pues se han cumplido todos los elementos del tipo penal.

[85] Dirección citada: http://www.geocities.com/teoriadeldelito/tde13delito.htm

4.1.12 DELITO DE NARCOTRÁFICO.

Domingo Peña Nina en su proyecto de análisis de la actividad de narcotráfico brinda la siguiente definición: "el narcotráfico es un delito contra la salud pública, consistente en la realización, normalmente con fines lucrativos, de actos que sirvan para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas naturales o sintéticas, ya sean estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otro tipo. Se trata de acciones que, aunque recogidas y definidas de forma muy diversa, están contempladas en las diferentes legislaciones como hechos ilícitos y son objeto de represión tanto en el ámbito interno como internacional. Todas ellas son englobadas habitualmente bajo la denominación de narcotráfico"[86]. De lo expuesto se desprende que principalmente la salud humana es la afectada así como su economía de quienes consumen ya que al ser adictiva conlleva a la compra de estas sustancias por quienes comercializan, quienes a su vez invierten mucho dinero en la adquisición de estas sustancias siendo estos muchas de las veces pequeños comercializadores que la obtienen de los grandes narcotraficantes ya que esta actividad se realiza con fines de lucro, por ello se ha llegado a la determinación que el narcotráfico es una actividad ilícita, perjudicial para la salud humana, y en si enmarca todo tipo de actividad mediante el empleo de cualquier tipo de drogas estupefacientes y psicotrópicas.

[86] PEÑA NINA Domingo: Análisis de la actividad de narcotráfico, www.dpenanina[arroba]verizon.net.do. Consulta: Diciembre 15 de 2009. Pág. 11.

El narcotráfico plantea la particularidad de que la producción de materias narcóticas se las puede comercializar en territorios de distintas naciones no importando su lugar de origen o de producción, muchas de las veces necesita su exportación en masa a grandes mercados internacionales por lo que se extiende a muchos otros territorios, dejando en claro que son mercados dedicados al desarrollo de narcoactividades.

El narcotráfico toma diferentes rutas para llegar a su destino final, que es la sociedad consumidora, en cuanto a su traslado usa las rutas de forma normal como si se tratara de cualquier tipo de mercancía pero de una forma clandestina. Por lo que se puede ver que siempre se incautan dichas sustancias que están escondidas en diferentes rutas de transporte, ya sea que estas se hagan camufladas en cosas o en personas (mulas).

El narcotráfico como tal se destaca por su incidencia en las diferentes sociedades dentro y fuera de un determinado territorio. Se destaca principalmente por rápida penetración en los mercados de consumo creando un nuevo comercio, es decir desarrollado de forma ilícita por quienes se dedican a la actividad de narcotráfico.

Para el Dr. Carlos Espinosa de Córdoba considera al narcotráfico como: "Una de las nuevas amenazas no convencionales: involucra a actores no estatales, es transnacional y suscita respuestas que van más allá de la disuasión militar frente a estados hostiles. El control del narcotráfico empata en una perspectiva de seguridad multidimensional que percibe a la seguridad como un conjunto de

respuestas integradas (militares, policiales, económicas) a un espectro de amenazas a los múltiples valores que las sociedades buscan conservar: la vida, el medio ambiente, la paz, la democracia y la institucionalidad"[87]. Queda en claro en base al concepto que esta actividad no solamente afecta a la salud humana si no que de igual forma ocasiona pérdidas económicas ya que dicho dinero se invierte en algo perjudicial para la salud y que la obtención de esos capitales segregados por la actividad ilícita de narcotráfico es invertido en otras actividades como compra de bienes y servicios, compra de poderes políticos, entre otros que generan más ilegalidades frente a un sistema corrupto que lucha por ser organizado y legal.

La Convención Única de 1961 en su artículo 1.1 define al tráfico ilícito como *el cultivo o cualquier tráfico de estupefacientes contrario a las disposiciones de la presente convención. La Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, entiende por Tráfico Ilícito —Los delitos enunciados en los parrados 1 y 2 del artículo 3 de la presente convención, enumerando las siguientes conductas: "Producción, fabricación, extracción, preparación, oferta para la venta, distribución, venta, transporte, importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica, en contra de los dispuesto en la convención de 1961 en su forma emanada o en el convenio de 1971"*[88].

[87] ESPINOSA DE CORDOBA Carlos, "¡Es posible una nueva política de narcotráfico en Ecuador?", Primera Edición, Editorial PLANEX, 2006, Pág. 5.

[88] LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1988 CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS, Naciones Unidas, 1998, Art. 3.

El narcotráfico es todo un sistema y formas de manipular las conductas humanas puesto que causa dependencia en cuanto a los consumidores que día a día su número va en crecimiento. Esto significa que se deben crear mayores políticas anti narcotráfico debido al alto índice de consumidores como el caso de nuestro país y muchos otros. El alcance de lo que es el narcotráfico afecta de una forma principal a las esferas sociales tercermundistas las que son las principales productoras debido a su bajo nivel económico, tratan de buscar medios alternativos de progreso y usan a esta actividad como medio para llegar a tener acumulación de capital a un alto precio como el de la salud humana.

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. LA INVESTIGACION CRIMINAL EN LOS DELITOS DE NARCOTRAFICO.

La investigación se encuentra por mandato constitucional a cargo de la Fiscalía, pero la práctica generalizada de los sistemas procesales que entregan la dirección de la investigación a la Fiscalía demuestra que ésta solo interviene en forma directa en la realización de diligencias de investigación en casos más bien excepcionales, tales como aquellos de alta complejidad o que generan conmoción social o pública, entre ellos tenemos a los delitos de narcotráfico. La razón de esto se encuentra en el hecho de que por formación y por diseño institucional, los agentes estatales que por excelencia se encuentran en mejor posición para realizar las investigaciones, son los policías.

Las diversas unidades policiales orientadas a controlar, investigar y combatir el narcotráfico, poseen experiencia, conocimientos técnicos y apoyo tecnológico que no posee la Fiscalía, transformándolos en actores idóneos para practicar las actuaciones concretas que esta investigación criminal requiere. Se debe considerar además que la cobertura de funcionarios de los cuerpos policiales es mucho más amplia que la de los fiscales, lo que les permite entre otras cosas acceder a los sitios del suceso en forma más o menos instantánea y recopilar información relevante para el caso; también les permite tener agentes operativos trabajando en la calle que es donde se despliega una parte importante de las investigaciones criminales de tráfico de droga, así como infiltrar agentes en las

organizaciones delictivas para obtener información favorable para la investigación, como también recopilar las evidencias que el Fiscal las elevará a prueba en juicio.

En contraposición, los Fiscales se destacan por ser funcionarios no operativos, propios de la profesión jurídica que ejercen, pero a su vez con altos conocimientos acerca de las exigencias legales y jurisprudenciales para llevar y ganar un caso en un juicio oral y con una visión panorámica acerca del funcionamiento completo del sistema de justicia criminal. Es así que, frente a las ventajas comparativas que presentan las dos instituciones, el sistema procesal penal actual expresamente dispone que la Fiscalía delegue a la policía sus funciones de investigación pues el Código adjetivo Penal en su Art. 207 señala que *"La Policía Judicial es un cuerpo auxiliar de la Fiscalía, integrada por personal especializado de la Policía Nacional. Su funcionamiento se sujetará a las disposiciones contempladas en la Constitución de la República..."*[89]; y el Art. 214 del mismo cuerpo legal dice, refiriéndose a las diligencias actuadas por la Fiscalía con la cooperación de la Policía Judicial, que éstas constituirán elementos de convicción y servirán para que el Fiscal sustente sus actuaciones.

Ahora bien, la Policía Judicial comprende entre otras, la Dirección Nacional Antinarcóticos, la cual tiene una misión específica establecida en el Art. 57 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Ecuador, en cuyo contenido consta que *"la Dirección Nacional Antinarcóticos es el organismo que tiene por finalidad fundamental planificar, dirigir, coordinar y supervisar las operaciones policiales de prevención, investigación y represión de los delitos tipificados en la Ley sobre*

[89] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Art. 207

Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas"[90] que rige en el Ecuador, entendiéndose que todas esas acciones y fines fundamentales de la Dirección Nacional Antinarcóticos y Jefaturas Provinciales son bajo la dirección jurídica del Fiscal, conforme el sistema procesal actual.

4.2.1.1. TECNICAS DE INVESTIGACION EN EL NARCOTRAFICO:

"En la lucha mundial antidrogas, es imperativo utilizar técnicas operativas policiales acordes con la magnitud y alcance de la delincuencia organizada, es así que el incremento y utilización de las mismas avanza conjuntamente con los métodos delincuenciales; se hace entonces oportuno hacer una elemental clasificación según se trate de procedimientos que deben utilizarse en el Ecuador durante los despliegues preventivos concretos al tráfico de drogas, o de aquellos que se utilizan en investigaciones operativas específicas, considerando como ya dijimos, que nuestro país se ha convertido en paso de sustancias sujetas a fiscalización y bodegaje de la mismas.

En los primeros no hay judicialización previa ni se conocen datos de ningún tipo con anterioridad a su prestación, realizándolos simplemente con una exclusiva idea de prevención. Se montan eso sí en zonas o lugares habituales de tráfico, entrada, distribución o consumo de drogas.

En los segundos, se requiere la preceptiva y previa judicialización, conociendo datos, informes, vehículos o personas relacionadas con el ilícito penal y siguiendo

[90] LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL. Art. 57.

desde el principio la investigación, de la mano del Fiscal y Juez competente, como veremos más adelante.

El Art. 102 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas establece "la Policía Nacional a través de sus organismos técnicos especializados, tendrá a su cargo el control e investigación de los delitos tipificados"[91] *en esa misma Ley y que ya los analizamos, así como el descubrimiento y detención de los infractores, la entrega vigilada de bienes o sustancias sujetas a fiscalización y la aprehensión inmediata de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas sujetas a fiscalización y las plantas de las que pueda extraérselas; equipos, laboratorios, precursores químicos, bienes y objetos empleados para almacenamiento y conservación de las sustancias, vehículos y otros medios utilizados para su transporte; dinero, valores, instrumentos monetarios, documentos bancarios, fiduciarios, comerciales y todos los bienes producto de la comisión de los actos tipificados en esta Ley, facultándole además para que realice las investigaciones documentales, de laboratorio o cualquier otra de naturaleza técnico científica.*

Para un correcto desempeño de funciones, los investigadores requieren de bases doctrinarias y operativas policiales; el objetivo de la investigación operativa es precisamente la obtención de indicios que permitan el esclarecimiento de la actividad delictiva, a fin de que en su oportunidad el Fiscal pueda establecer las causas, circunstancias y grado de participación de los involucrados en el delito, por lo que se debe utilizar primero un método general de investigación policial; es decir,

[91] LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS. Ediciones Legales. 2012. Art. 102.

desarrollar una secuencia técnico científica aplicable a las circunstancias ocurridas en la perpetración del ilícito y admitidas por el ordenamiento jurídico.

Esta secuencia tiene las siguientes fases:

1.- "Conocimiento del hecho: es la información, medio o circunstancia por lo cual llega a conocimiento del investigador sobre la comisión del hecho delictuoso de narcotráfico;

2.- Comprobación del Hecho: Diligencia policial consistente en la verificación directa u objetiva que hace el investigador de la realización del hecho delictivo, empleando medios científicos para confirmar su consumación.

3.- Diligencia investigativas preliminares: Son las acciones que realiza el investigador en forma paralela o simultánea a la comprobación del hecho, para explotar al máximo toda la información primigenia de la perpetración del ilícito, así como la aprehensión de indicios o evidencias que se encuentren como resultado de la comprobación efectuada.

4.- Planeamiento de la investigación: esta etapa consiste en la previsión y racionalización oportuna de las actividades policiales por ejecutar, para alcanzar el esclarecimiento de los delitos de narcotráfico, la misma que se plasma en la formulación de un plan de trabajo, donde se expresa la misión, las hipótesis de trabajo, las actividades específicas a realizar, las responsabilidades que competen a los integrantes encargados de la investigación y los resultados que se esperan obtener.

5.- Manejo de informantes y confidentes: Depende de la habilidad del investigador para captar informantes, ya que éstos se convierten en sus ojos y oídos permitiéndole aclarar muchos casos de narcotráfico; no hay reglas fijas; el buen manejo de informantes depende de la habilidad, inventiva y sentido común del investigador.

6.- Vigilancias: Es la etapa que consiste en mantener bajo observación a personas, objetos o lugares, para obtener información sobre los delitos de narcotráfico; la vigilancia constituye una técnica y un arte.

7.- Detención y captura: Es el procedimiento orientado a la aprehensión física de una persona sorprendida en delito flagrante o involucrada de cualquier manera en un delito de narcotráfico.

8.- Incursiones: Procedimientos que permitan la acción sorpresiva, irrumpiendo un lugar o inmueble para la aprehensión de presuntos autores de delitos de narcotráfico, así como recopilación de evidencias que luego alcanzarán la calidad de pruebas.

9.- Registros: Procedimiento que se realiza para la inspección minuciosa y detallada en personas, sitios o lugares, domicilios y vehículos, con el objeto de hallar evidencias que constituyan posteriormente pruebas de la comisión del delito y de sus responsables.

10.- Interrogatorios y entrevistas: Es la técnica en base a la cual el investigador obtiene investigación de una o más personas, sobre la base de preguntas planificadas y hábilmente planteadas para el esclarecimiento del delito"[92].

4.2.2 TEORIA DEL FRUTO DEL ARBOL ENVENENADO.- ORIGEN Y ANTECEDENTES

En la primera mitad del siglo XX la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de Norteamérica desarrollo la teoría "the fruit of the poisonous tree doctrine" (la teoría de los Frutos del Árbol envenenado) –que viene a ser una *remonta al caso Silverthorne Lumbre Co. Vs. United States. 251 US385 (1920) en que entregara documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal. Posteriormente, en Nardote v. United States, US338 (1939), este Tribunal hizo uso por primera vez de la expresión "fruto del árbol venenoso" al* ***resolver que no solo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones"*** [93]

Mediante esta teoría se sostiene que la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida extiende sus efectos a las pruebas derivadas de las ilícitamente obtenidas. Esta teoría rápidamente se extendió hacia otros países recibiendo en cada uno de

[92] http://www.derechoecuador.com/index.php?.option=com_content&task=view&id=5136
[93] ZAVALA, Baquerizo.- Jorge.- ***Tratado de Derecho Procesal Penal***.- Tomo III.- Pág. 8 4

ellos una denominación diferente, así los españoles lo llamaron "*la teoría del efecto reflejo*", los alemanes la llamaron "*la teoría del efecto extensivo*".

De esta forma aunque otras pruebas hayan sido posteriormente obtenidas de un modo lícito, si deben su existencia, o al ser.una consecuencia, de las ilícitamente obtenidas, se ven contaminadas teniendo como sanción la carencia de efectos probatorios, así se señala que: "…en virtud de ella se sostiene que al rechazarse o quitarse mérito probatorio a los medios y/o fuentes de prueba ilícitamente obtenidos, debe rechazarse también o quitarse eficacia probatoria a los medios y/o fuentes de prueba que si bien son ilícitos en si mismos, se sustentan o fueron obtenidos en datos conseguidos por los primeros" [94]

4.2.3 FUNDAMENTO DE LA TEORIA DEL FRUTO DEL ARBOL ENVENENADO

"*La cadena causal de los resultados inconstitucionales o de los frutos envenenados y la determinación de la relación causal que los rige*". "La conducta vulneratoria de una garantía constitucional o garantía del debido proceso, al manifestarse como fenómeno de la realidad objetivamente considerado, ocasiona transformaciones o modificaciones en diversos elementos de la realidad, que se generan como efectos de la conducta vulneratoria que es la causa fundamental para su existencia, a su vez como fenómenos de la realidad objetiva.

[94] BUSTAMANTE ALARCON Reynaldo.- en Themis.- Revista de Derecho, 2ª época.-Nº 43.- año 2001. citado por ROJAS González, Edgardo.- ***La impunidad y los frutos del árbol envenenado.*** Pág. 156,

La conducta vulneratoria conjuntamente con sus resultados o efectos y la relación casual objetiva que liga a éstos con la primera, conforman la estructura del acto inconstitucional afectada de invalidez jurídica procesal o de ineficacia probatoria, en aplicación de la Sanción de la Invalidez Jurídica Probatoria contemplada como Garantía del Debido Proceso en el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política. (hoy art. 76 numeral 4)

Por lo tanto, todo lo que se genera como consecuencia de la ejecución de la conducta inconstitucional constituye un efecto o resultado inconstitucional y por lo cual, tiene relevancia jurídica procesal la determinación de la existencia de la relación casual objetiva entre la conducta inconstitucional con sus resultados o efectos, con el objeto de establecer que éstos se encuentran afectados de invalidez jurídica probatoria; pero, como cada resultado a todo efecto que se genera en la conducta vulneratoria, a su vez generan otros resultados, nos encontramos con que los resultados pueden ser inmediatos o mediatos y conforman la cadena casual de resultados que se origina en la conducta vulneratoria. A ésta cadena casual de resultados se refiere el Art. 80 del Código de Procedimiento Penal cuando expresa que la ineficacia probatoria "se extenderá a todas las pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin" la realización de la conducta vulneratoria de una conducta constitucional.

La determinación de la relación casual entre la conducta inconstitucional con los resultados inmediatos que genera no plantea problema alguno porque el carácter objetivo de la relación casual que los une como causa y efecto es evidente y puede percibirse sensorialmente; pero, no ocurre así con los resultados

mediatos, ya que éstos se producen con posterioridad a la realización de la conducta inconstitucional y como efecto de la utilización procesal de un resultado inmediato, que objetivamente considerado es la causa de tal utilización, y por lo cual, la relación casual objetiva que liga al resultado mediato con la conducta inconstitucional necesariamente se establece a través del resultado inmediato, porque sin la conducta vulneratoria no es posible la existencia del resultado inmediato ni mediato; por ejemplo: se obtiene inconstitucionalmente como evidencia droga estupefaciente, ésta constituye el resultado inmediato de la conducta inconstitucional y constituye una fuente de conocimiento del delito concreto objeto de la investigación y por lo cual, cuando ésta evidencia es utilizada procesalmente como fuente de conocimiento de éste delito, sometiéndola a la experticia química para determinar científica y técnicamente que efectivamente se trata de una determinada droga estupefaciente, nos encontramos con que ésta experticia y sus resultados constituyen efectos mediatos de la conducta inconstitucional, y de igual modo, constituye un resultado mediato el testimonio que rinde en el juicio el policía judicial sobre la obtención de la evidencia, así como es también un resultado mediato la diligencia procesal de destrucción de la droga y la toma de contra muestras, y la exhibición de éstas como prueba en la audiencia del juicio- Esta es la razón por la cual, doctrinariamente a los resultados mediatos se los denomina **"frutos envenenados"-**

Como se ve**,** todos los resultados que se generan como efecto o consecuencia de la vulneración de un derecho humano o garantía del debido proceso constituyen **frutos envenenados** y pueden ser de varios grados. **Los del primer grado son**

los resultados inmediatos que se generan como consecuencia o efecto de la conducta inconstitucional, en tanto que, los del **segundo grado** son aquellos que **se generan mediante la utilización jurídica procesal de los frutos envenenados de primer grado;** y de igual modo, los **frutos envenenados de tercer grado** se generan mediante la **utilización jurídica procesal de los frutos** de segundo grado y así sucesivamente, sin que la cadena causal inconstitucional que los liga pueda convalidarse en forma alguna, porque alcanza desde el testimonio que rinde en la audiencia del juicio el policía judicial o persona que efectuó la conducta vulneratoria de la constitución que da origen a la cadena causal de frutos envenenados, hasta el testimonio de las personal que intervienen en la utilización jurídica procesal de los frutos envenenados de primero, segundo y tercer grado, como es el caso de los testimonios que rinden los peritos en la audiencia del juicio ante el titular del órgano jurisdiccional, sobre los resultados obtenidos en las experticias que practicaron sobre los frutos envenenados, cualquiera que fuere su grado.

4.2.4 EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU INCIDENCIA EN LOS PROCESOS DE NARCOTRAFICO

"Según JAKOBS, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de -como es

lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas. De modo materialmente equivalente, en España SILVA SANCHEZ ha incorporado el fenómeno del Derecho penal del enemigo a su propia concepción político-criminal. De acuerdo con su posición, en el momento actual se están diferenciando dos "velocidades", en el marco del ordenamiento jurídico-penal: la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que, según SILVA SANCHEZ, deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos.

La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos –tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño-, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y- reglas «clásicos». Con independencia de que tal propuesta pueda parecer acertada o no –una cuestión que excede de estas breves consideraciones-, la imagen de las ((dos velocidades» induce inmediatamente a pensar -como ya ha hecho el propio SILVA SANCHEZ en el Derecho penal del enemigo como "tercera velocidad", en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la "flexibilización" de los principios político-criminales y las reglas de imputación…

… La esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa ya, que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos…… b) Carencias

Sin embargo, desde la perspectiva aquí adoptada, esa definición es incompleta: sólo se corresponde de manera parcial con la realidad (legislativa, política y de la opinión publicada).

En primer lugar, aun sin llevar a cabo un estudio de materiales científicos relativos a la psicología social, parece claro que en todos los campos importantes del Derecho penal del enemigo "cárteles de la droga"; "criminalidad de inmigración"; otras formas de "criminalidad organizada" y "terrorismo" lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archi malvados. Se trata, por lo tanto, más de «enemigos» en este sentido pseudorreligioso que en la acepción tradicional-militar del término. En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista una calificación como "otro", no es, en realidad, una identificación como fuente de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar, sino, por el contrario, es un reconocimiento de

competencia normativa del agentes mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización y; qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído. En este sentido, la carga genética del punitivismo (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad) se recombina con la del Derecho penal simbólico (la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social) dando lugar al código del Derecho penal del enemigo.

En segundo lugar, este significado simbólico específico del Derecho penal del enemigo abre la perspectiva para una segunda característica estructural: no es sólo un determinado «hecho» lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos. De modo correspondiente, en el plano técnico, el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus complejidades ya no son un punto de referencia esencial para la tipificación penal.

El Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado.

Como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también

puede ser construida contra fácticamente como persona, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los **47** individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, Kant exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos

Por otro lado, sin embargo, no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico. Por ello, la introducción de un cúmulo -prácticamente inabarcable ya- de líneas y fragmentos de Derecho penal del enemigo en el Derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho."[95]

[95] JACKOBS Günther, CANCIO Meliá Manuel.- *Derecho Penal del Enemigo.*- Civitas ediciones S.L.- Madrid España.

4.3. MARCO JURIDICO

4.3.1. ANALISIS DEL ART. 76 # 4 DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

La Constitución de la República del Ecuador que rige desde octubre del 2008 textualmente manifiesta en el Art. 76 que "*En todo proceso en el que ser determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

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

Es muy claro el texto de esta garantía constitucional del debido proceso, ya que se constituye en una sanción a las pruebas obtenidas con transgresión a la constitución y la ley, pues durante la actuación probatoria deben aplicarse las normas del procedimiento respetando todas las garantías constitucionales, ya que si no se observan las normas constitucionales y legales, dependiendo de la naturaleza de las pruebas obtenidas, la sanción de invalidez puede afectar a una o varias actuaciones probatorias e incluso a todo el proceso.

De forma obligatoria y para que el proceso tenga validez, durante la práctica de las actuaciones probatorias, debe observarse el principio de legalidad, puesto que su inobservancia perjudica los intereses de la justicia y las actuaciones probatorias serán nulas ipso facto por contener transgresión a la constitución y a

la ley; de no existir la exigencia de esta garantía constitucional de que las pruebas se obtengan sin transgredir la constitución y la ley, no podría hablarse de seguridad jurídica en la administración de justicia, puesto que una actuación probatoria inconstitucional jamás puede ser expresión de la verdad.

Hay que tomar en cuenta que si se conculca una garantía constitucional del debido proceso, todas las actuaciones procesales probatorias practicadas en su contra serán nulas, precisamente porque se está viciando el proceso.

A decir de Jorge Zavala Baquerizo, *"El medio de prueba es el camino, la vía, por la cual se hace llegar al proceso el hecho constitutivo de la prueba. Reconocimiento pericial, testimonio y documento son medios de prueba que perpetuados dentro del proceso permiten al juzgador tener conocimiento de lo que realmente sucedió en el mundo de los fenómenos. Por el medio de prueba se reconstruye dentro del proceso la verdad histórica dada tanto por el hecho constitutivo de delito, como por la conducta de las personas que intervinieron en el mismo, como autoras, o como cómplices, o como encubridoras. En el ámbito penal el medio de prueba adquiere importancia fundamental, pues siendo la infracción un hecho histórico que ha sucedido en un tiempo y espacio determinados ejecutado por personas que deben ser juzgadas en el presente para imponerles una pena que debe ser ejecutada en el futuro, el Juez necesita conocer de manera mas o menos veraz las circunstancias en que se desarrolló el hecho típico y la forma como se cometió, así como las personas que lo cometieron. Además, debe llevar al proceso las circunstancias inmediatamente anteriores a la infracción, las concomitantes con ella*

y las consecuencias de la acción delictuosa. El conocimiento por parte del Juez de la infracción, su entorno y los autores sólo puede ser posible a través del medio de prueba que, llevado al proceso cumpliendo con todos los presupuestos y requisitos establecidos por la ley de procedimiento, entregan al juzgador el panorama mas o menos exacto de lo que sucedió en el mundo de los fenómenos en el momento del surgimiento de la conducta antijurídica. El art. 24, No. 14, CPR, (hoy Art. 76, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador) establece como uno de los principios imperativos del debido proceso el que la prueba ingrese al proceso por el camino regular, legal, previsto por las leyes de procedimiento. Así dice: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna". Esta disposición se conserva en la constitución del 2008 agregando además el texto que dice ***"...y carecerán de eficacia probatoria"...*** que no es otra cosa que la "exclusión de la prueba" en caso de haber sido obtenida contrariando la constitución o la ley.

De acuerdo con el mandato constitucional transcrito anteriormente, las pruebas que hayan llegado al proceso violando, en su obtención y en su práctica, las normas constitucionales o legales establecidas para el debido proceso no son válidas, esto es, carecen de la eficacia jurídica prevista para dichos actos. Son actos procesales nulos porque carecen de la fuerza jurídica que sólo las pruebas obtenidas y actuadas conforme a los mandatos constitucionales y legales la tienen. No se trata de la inexistencia jurídica de un acto procesal, sino de la nulidad de un acto procesal revestido con ilegalidades en su obtención o práctica. El acto existe, pero carece de eficacia jurídica por los vicios que ostenta en su introducción y

práctica. No necesita para su esterilidad jurídica que medie un pronunciamiento jurisdiccional que, de manera expresa, lo declare nulo. Por el mandato constitucional que estamos examinando, obtenida o practicada la prueba en contra de los mandatos constitucionales o legales, *ipso jure,* es ineficaz jurídicamente. Los vicios de introducción y actuación de la prueba fulminan de manera inmediata la eficacia jurídica del acto, sin necesidad que medie una sentencia que declare nulo el acto. El juez no puede asumirlo y valorarlo porque constitucionalmente carece de valor, *"no tiene validez alguna", como reza el No. 14 del art. 24, CPR. (Art. 76, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador) Por lo tanto, en el caso de nuestro estudio se enerva el principio por el cual un acto viciado es eficaz hasta tanto no haya sido declarado expresamente sin eficacia jurídica en providencia expresa de nulidad. En el mandato constitucional de nuestro examen se proclama intrínsecamente la nulidad, esto es, la ineficacia jurídica ipso jure de la prueba obtenida y actuada en contra de los principios del debido proceso, Lo expuesto se ratifica en los arts. 80 y 83, CPP."*[96]

4.3.2. ANALISIS DE LOS PRINCIPALES TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES QUE IMPONEN RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS

La promulgación de los Derechos del Hombre en 1789, fue la base fundamental para que posterior a la II Guerra Mundial, se establecieran en el Derecho Internacional los Derechos Humanos, que luego dieron paso a la construcción de

[96] ZAVALA Baquerizo, Jorge.- Ob. Cit.- El debido Proceso Penal.- Pág. 248, 249

varios documentos internacionales con el fin de hacerlos conocer, propiciar su protección, declarar su importancia y la necesidad de respetarlos.

Como parte de estos documentos está: en primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que distingue derechos relativos a la existencia misma de la persona, a su protección y seguridad, a la vida política, social y jurídica de la misma, y los derechos de contenido económico y social.

También se proclamó:

1. La Declaración de Derechos del Niño, el 20 de noviembre de 1959;

2. La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, suscrita el 20 de diciembre de 1959;

3. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, estos dos últimos adoptados por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

4. En el ámbito europeo, cabe destacar la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, nacida el 4 de noviembre de 1950.

5. *"En 1969, el proceso culminó su evolución con la adopción por los Estados americanos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica (CADH). La Convención, conocida como el "Pacto de San José de*

Costa Rica", entró en vigencia 9 años después, el 18 de julio de 1978. En dicho tratado, se creó también una Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con sede en la ciudad de San José de Costa Rica que poseía jurisdicción contenciosa para los casos individuales, y con jurisdicción consultiva para la interpretación del "Pacto de San José" y los demás instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, y la compatibilidad de las leyes de los Estados.

La Corte Interamericana, a diferencia de la Comisión, no es un órgano principal de la Carta de la OEA, sino convencional, y sólo puede ejercer su jurisdicción contenciosa sobre los Estados que expresamente han aceptado su jurisdicción.

El corpus iuris del sistema interamericano de Derechos Humanos se ha seguido enriqueciendo en los últimos años con nuevos tratados en la materia, como la "Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura", que entró en vigencia el 28 de febrero de 1987; el Segundo Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la "Abolición de la Pena de Muerte", que entró en vigencia el 28 de agosto de 1991; la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer o "Convención de Belém Do Pará", en vigencia desde el 5 de marzo de 1995, y la "Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de personas", en vigencia desde el 29 de marzo de 1996. "[97]

La importancia de la declaración de todos estos documentos internacionales que se proclaman en torno a los Derechos del hombre y del ciudadano, es que se lo hace

[97] USTARROZ Juan Carlos.- ***Reflexiones sobre el rumbo que ha tomado el sistema interamericano de Derechos Humanos.-*** En Derecho Penal Online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea.- http:// www.derechopenalonline.com

en pro del respeto a la vida, a la integridad, a todos y cada uno de sus derechos proclamados en los mismos; cualquiera sea su sexo, edad, raza, condición social o económica; puesto que el hombre es el principio y el fin más importante del constitucionalismo y su razón de ser.

"El discurso de los Derechos Humanos requiere para su garantía y exigibilidad, los contextos institucionales que permitan su ejercicio. Por otro lado, las políticas se basan en un enfoque de derechos, tendiente a la ampliación y protección de éstos…"[98]

Frente a este conjunto de normas de carácter internacional que se consideran supranacionales, los estados han incluido en casi todas sus constituciones normas que acogen la declaración de los Derechos Humanos; en nuestro caso, la mayoría de ellas se contienen en el texto constitucional dentro de los derechos de protección; así queda sentada la obligatoriedad del respeto a la vida, a la libertad y a la dignidad de la persona humana en todos los ámbitos y sin importar raza, credo o condición social; en estos documentos internacionales se encierra el ánimo de terminar para siempre con la esclavitud, el maltrato, los crímenes y los abusos que a través de la historia se han cometido en contra de la humanidad.

[98] ARRIAGADA Peñailillo, Waldo.- ***Derechos Humanos y Políticas de Protección Social del Adulto Mayor*** .- Pág. 1.- 2006.

4.3.3. ANALISIS JURIDICO DE LA VALORACION DE LA PRUEBA: ARTS 80, 81 84 Y 92 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

Art. 79.- Regla general.- *las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por las juezas y jueces de garantías penales.*

Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción Fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio.

"Art. 80. Ineficacia probatoria.- *Toda acción pre procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías."*

El Art. 80 del Código de Procedimiento Penal prescribe que "toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna.

La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías".

Al referirnos a la legalidad de la prueba habíamos mencionado que el sometimiento a las disposiciones legales que rigen la petición, disposición judicial, práctica e incorporación de la prueba es de trascendental importancia, so pena de invalidar la misma, entrando en juego lo relativo a la nulidad procesal y a la ineficacia probatoria.

Es necesario determinar que con relación a la validez de las actuaciones probatorias en nuestro Código de Procedimiento Penal se han establecido dos disposiciones concretas, la una la del Art. 80, transcrito anteriormente, y la otra la del Art. 83, que también lo citamos al tratar la legalidad, estableciéndose que por un lado se deben tener presentes las garantías constitucionales y por otro, las disposiciones procesales del Código Adjetivo Penal.

Pero que sucede si en la producción y recepción de la prueba se violentan garantías constitucionales o, a su vez, las disposiciones procesales pertinentes, la prueba se torna ilegítima e ilegal, teniendo como efecto, en el primer caso, la ineficacia jurídica del acto procesal y, en el segundo, la consecuencia es la nulidad del proceso por violación de trámite. Es decir que, tratándose de la ineficacia probatoria la actuación procesal respectiva no podrá ser considerada como válida de manera alguna, al no haberse tenido presentes las garantías constitucionales, debiendo excluirse la misma en cuanto a la valoración judicial, extendiéndose a su vez esa ineficacia a todas la pruebas que no hubieran podido obtenerse sin la violación de dichas garantías, es decir a todas aquellas actuaciones que se hayan practicado como consecuencia de la prueba irregular, de allí la denominación tomada de la justicia norteamericana de "fruto del árbol envenenado".

Para referirse a evidencias derivadas de una prueba ilegítima.

Art. 81.- Derecho a no autoincriminarse.- *Se reconoce el derecho de toda persona a no autoincriminarse.*

Art. 84.- Objeto de la prueba.- *Se puede probar todos los hechos y circunstancias de interés para el caso. Las partes procesales tienen libertad para investigar y practicar pruebas siempre y cuando no contravengan la ley y derechos de otras personas"140 Zavala*

Art. 92.- Reconocimiento.- *Si la infracción es de aquellas, que por su naturaleza, produce resultados visibles o deja vestigios, la fiscal o el fiscal o la policía judicial irá al lugar en que se la cometió para practicar el reconocimiento. El resultado, los vestigios, los objetos o los instrumentos de la infracción serán descritos prolijamente en el acta de reconocimiento y pasarán a custodia de la Policía Judicial. Si hay necesidad de pericia, se observarán además las reglas pertinentes.*

Si la fiscal o el fiscal la Jueza o Juez de Garantías Penales o el Tribunal de Garantías Penales lo juzgaren conveniente, podrán efectuar reconocimientos o inspecciones en secciones territoriales distintas a las de su jurisdicción.

Si han desaparecido los vestigios que debió dejar la infracción o ésta se hubiese cometido de tal modo que no los dejaren, "la fiscal o el fiscal" concurrirá al lugar de la infracción en unión de los peritos de la policía judicial y se dejará constancia en el acta de tal hecho."

4.3.4. ANÁLISIS DEL ART. 114-A DEL CÓDIGO PENAL Y SU IMPORTANCIA EN LOS DELITOS DE NARCOTRÁFICO.

El artículo 114-A del Código Penal ecuatoriano, establece:

Art. 114-A.- Las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura al plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el juez que conozca el proceso.

De igual modo las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el tribunal penal que conozca del proceso.

Se excluye de estas disposiciones a los que estuvieren encausados, por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Nota: Artículo agregado por Ley No. 4, publicada en Registro Oficial Suplemento 22 de 9 de Septiembre de 1992.

Nota: Declarar la inconstitucionalidad por razones de fondo y suspender los efectos de la última frase de este Artículo, que dice: "Se excluye

de estas disposiciones a los que estuvieren encausados, por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas". Dado por Resolución Tribunal Constitucional No. 119, publicado en Registro Oficial Suplemento 222 de 24 de Diciembre de 1997….

Este artículo, fue reformado, por exigencia de la CIDH, en el caso Suárez – Rosero, de conformidad con lo que se establece en la parte pertinente que describo:

"PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

4. El presente caso fue iniciado por la Comisión el 18 de marzo de 1994, como resultado de una denuncia efectuada el 24 de febrero del mismo año. El 8 de abril siguiente la información pertinente fue remitida al Ecuador, dándosele un plazo de 90 días para que proporcionara la información que considerara relevante. El 2 de agosto de 1994, el Estado presentó su respuesta.

5. La respuesta del Estado fue transmitida a los peticionarios el 12 de agosto de 1994. El 15 de septiembre del mismo año, la Comisión realizó una audiencia relativa al caso, en la cual estuvo presente un representante del Ecuador.

6. El 28 de septiembre de 1994 la Comisión se puso a disposición de las partes para iniciar el procedimiento de arreglo amistoso previsto en el artículo 48.1.**f** de la Convención.

7. No habiéndose logrado un acuerdo amistoso, la Comisión aprobó, el 12 de septiembre de 1995, el informe 11/95, en cuya parte final estableció:

> 1. Sobre la base de la información presentada y de las observaciones formuladas, la Comisión decide que en el caso de Iván Suárez el Estado de Ecuador no ha cumplido la obligación estipulada en el artículo 1 de la Convención de respetar y asegurar los derechos y libertades en ella establecidos.
>
> 2. La Comisión declara que en el caso actual el Estado del Ecuador ha violado y sigue violando el derecho de Iván Suárez a la libertad personal prevista en las cláusulas 1 a 6 del artículo 7; su derecho a un juicio imparcial en virtud del artículo 8.2, en general, y, específicamente de las cláusulas d y e. El Estado ha violado su derecho a un tratamiento humano, dispuesto en el artículo 5.1 y .2; y su derecho a la protección judicial, al amparo del artículo 25. El Estado también ha infringido el artículo 2 con respecto a la disposición excluyente del artículo 114 (sic) del Código Penal.
>
> 3. La Comisión condena la prolongada detención preventiva del Sr. Suárez y recomienda que el Gobierno:

a. **adopte las medidas necesarias para su liberación sin perjuicio de la continuación de su juicio;**

b. adopte las medidas efectivas que garanticen el procesamiento completo y expedito en este caso, y las medidas necesarias para asegurar que estas violaciones no se reiteren en el futuro;

c. inicie sin demora una investigación completa para determinar la responsabilidad por las violaciones en este caso;

d. conceda al Sr. Suárez una reparación por los daños sufridos; y

e. adopte las medidas necesarias para enmendar el artículo 114 (sic) del Código Penal a efectos de cumplir con la Convención Americana y dar efecto pleno al derecho a la libertad personal.

8. Este informe fue transmitido al Estado el 25 de septiembre de 1995, con la solicitud de que comunicase a la Comisión las medidas tomadas en un período de 60 días a partir de la fecha de la notificación.

9. El 30 de noviembre de 1995, a solicitud del Estado, la Comisión otorgó una prórroga extraordinaria de siete días para la presentación de documentos. A pesar de esta prórroga, la Comisión no recibió más comunicaciones del Estado.

10. De acuerdo con lo decidido durante su 90º período ordinario de sesiones (*supra,* párr. 7), la Comisión presentó la demanda en este caso ante la Corte Interamericana." **Caso Suarez Rosero**

4.3.5. EXCLUSIÓN DE PRUEBAS EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA DEL JUICIO

El art. 226.1 del Código de Procedimiento Penal, al referirse a la Audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen, en el numeral 4. dice:

"*Adicionalmente la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen a que se refieren los artículos 224 y 226, tiene las siguientes finalidades:*

…4. Resolver sobre las solicitudes para la exclusión de las pruebas anunciadas, cuyo fundamento o evidencia que fueren a servir de sustento en el juicio, hubieren sido obtenidas violando las normas y garantías determinadas en los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, la Constitución y en éste Código…"

Esta disposición en la norma procesal legal de nuestro país da la oportunidad a las partes para que en el momento de la audiencia preparatoria del

juicio y luego de la anunciación de las pruebas que serán presentadas en el juicio, se solicite la exclusión de las pruebas anunciada, ya que según la regla de exclusión no se puede aceptar que se utilicen pruebas directamente relacionadas con otros elementos de prueba ilícitos, para sustentar una posición contraria.

Sobre este aspecto, Jorge Zavala Baquerizo, al referirse a la exclusión probatoria, manifiesta:

"La regla de la exclusión probatoria deja indemne al proceso, esto es, no se trata de una causa de nulidad, sino un caso de ineficacia jurídica de un acto procesal que invalida al mismo pero no al proceso que lo contiene. La exclusión se concreta únicamente al acto probatorio, pues, repetimos, es un caso de ineficacia jurídica de un acto procesal…"

El fundamento de las reglas de la exclusión y de los efectos de la misma radican en que el Estado no puede admitir que para cumplir la finalidad del proceso penal, esto es la imposición de la pena, se inobserven o violenten los derechos que le propio Estado garantiza constitucionalmente… [99]

Las últimas reformas del Código de Procedimiento Penal, disponen que se lleve a efecto en la etapa intermedia la audiencia preparatoria del juicio, dentro de la cual se ha considerado hacer mención a la ineficacia probatoria, con la finalidad de que no se introduzcan como pruebas aquellas que sean consideradas ilícitas, obtenidas con vulneración de los derechos humanos, la constitución o la ley, toda vez que si el mismo Estado garantiza el respeto a los derechos fundamentales de

[99] Zavala Baquerizo, Jorge.- ***Tratado de Derecho Penal.-*** Tomo III.- p. 94.

las personas, éste no se logaría efectivamente si no se da validez a la ilicitud de la violación constitucional por medio de la exclusión de las pruebas ilegalmente obtenidas; y además con la finalidad de que en la etapa del juicio puedan ser valoradas.

4.3.6. LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS

Esta ley establece en su Art 3 lo siguiente:

1.- "El cultivo de plantas de las que se puede extraer elementos utilizables para la producción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, y cualquier forma de cosecha, recolección, transporte, almacenamiento o uso de frutos o partes de esas plantas;

2.- La producción, elaboración, extracción o preparación, bajo cualquier procedimiento o forma y en cualquier fase o etapa, de materias primas, insumos, componentes, preparados o derivados de las sustancias sujetas a fiscalización;

3.- La tenencia, posesión, adquisición y uso de las sustancias sujetas a fiscalización, de las materias primas, insumos, componentes, precursores u otros productos químicos específicos destinados a elaborarlas o producirlas, de sus derivados o preparados, y de la maquinaria, equipos o bienes utilizados para producirlas o mantenerlas;

4.- La oferta, venta, distribución, corretaje, suministro o entrega, bajo cualquier forma o concepto, de las sustancias sujetas a fiscalización;

5.- La prescripción, dosificación o administración de sustancias sujetas a fiscalización;

6.- La preparación en cápsulas, pastillas o en cualquier otra forma de las sustancias sujetas a fiscalización, su envase o embalaje;

7.- El almacenamiento, la remisión o envío y el transporte de las sustancias sujetas a fiscalización, de sus derivados, preparados y de los insumos, componentes, precursores u otros productos químicos específicos necesarios para producirlas o elaborarlas;

8.- El comercio, tanto interno como externo, y, en general, la transferencia y el tráfico de las sustancias sujetas a fiscalización y de los componentes, insumos o precursores u otros productos químicos específicos necesarios para producirlas o elaborarlas;

9.- La asociación para ejecutar cualquiera de las actividades que mencionan los numerales precedentes, la organización de empresas que tengan ese propósito y la gestión, financiamiento o asistencia técnica encaminada a posibilitarlas;

10.- Las demás actividades conexas con esta materia"[100].

Lo que en este artículo es claro: es que se prohíbe todo tipo de actividad en la que se manipulen o procesen cualquier tipo de sustancia ya sea cultivando o comercializando. Lo que determina la ilegalidad, por lo que es claro denotar que ante esta actividad ilícita existe la tipicidad necesaria para este tipo de actividad.

[100] "LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPIAS", Ley Cit. Art. 3

En lo que ha quedado señalado queda establecido que para que todo delito sea sancionado es necesario la tipicidad del mismo.

De las sanciones

Existen dentro de la misma ley diferentes tipos de sanción en base a la actividad delictual, para mayor comprensión un resumen de las penas que se establecen para éste delito de narcotráfico:

Art. 57.- Sanción para la siembra o cultivo de plantas de las que se pueda extraer elementos para sustancias sujetas a fiscalización.

Reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.

Art. 58.- Sanción para la elaboración, producción, fabricación o preparación.

Reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.

Art. 59.- Sanción para la oferta, corretaje o intermediación.

Reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años y multa de cuarenta a seis mil salarios mínimos vitales generales.

Art. 60.- Sanciones para el tráfico ilícito.

Reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales

Art. 61.- Sanciones para el transporte.

Reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales. No serán responsables los transportistas que desconocieren el contenido de la carga transportada.

Art. 62.- Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.

Pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.

Evidentemente, las sanciones, incluidas las multas que se aplican en los delitos de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes son severas; sin embargo de ello, esta medida no ha sido suficiente para reducir el índice delincuencial de este delito; asi mismo, la práctica de operativos policiales lleva implícito que con frecuencia no se cumpla con todas las normas del debido proceso; pues muchas veces los agentes de policía descuidan algunos actos procesales y transgreden las normas.

4.3.7. LEGISLACION COMPARADA EN CUANTO A LA VALORACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

En la legislación **Norteamericana,** *"En cuanto a sus orígenes, la ineficacia de las pruebas obtenidas infringiendo derechos o libertades fundamentales tiene clara inspiración en la denominada exclusionary rule, aplicada en los Estados Unidos de América. Se trata de una regla jurisprudencial elaborada por la Corte Suprema de ese país, en virtud de la cual las fuentes de prueba (evidence) obtenidas por las fuerzas del orden público en el curso de una investigación criminal que violenten*

derechos y garantías procesales reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. Esta regla fue creada en 1914 en el caso Weeks v. United States, de aplicación restringida a los Tribunales Federales, por lo que hubo que esperar a la resolución del caso Mapp. v. Ohio, 367, US, 643 (1961), fundado en la Decimocuarta Enmienda y en su cláusula del "due process of law", para que la exclusionary rule fuera extensiva a todos los Tribunales Estatales.[101]

En EE.UU, la Cuarta Enmienda de la Constitución, no se ocupa de la actividad de los particulares, por lo que la exclusión no puede ser aplicada a aquellos casos en que la administración no ha participado en la obtención de las pruebas, aun cuando después haga uso de ellas. Por otra parte, cabe agregar que la exclusión tampoco sería aplicable a los casos de "descubrimiento inevitable" de la prueba, lo que ocurre cuando su obtención, aun cuanto resulte de una actividad ilegal de la policía, constituiría sin embargo una consecuencia necesaria e inevitable del procedimiento de investigación en cuanto tal.

En **España** el año 2000 el legislador incorporó la regulación sobre la prueba ilícita. Así el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, señala que *"cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también prodrá*

[101] http://www.google.com.ec/nj.org/portal/index.php?option=com_docman&task..- VALORACION DE LA PRUEBA.-

ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. Al efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extrema de la referida ilicitud" [102]. Agrega la norma que la resolución que la resuelve no será reponible y que queda a salvo el derecho de las partes a impugnar la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.

Por su parte la Ley 36/1988 de 5 de diciembre (derogada por la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, sobre arbitraje) señalaba que "los jueces de primera instancia rechazarán fundadamente la práctica de pruebas contrarias a las leyes…" [103] Por su parte la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado señala que "… al personarse las partes podrán… b) alegar la vulneración de algún derecho fundamental" [104]

En la legislación **Chilena,** el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República de Chile que en su inciso 5°, consagra como derecho fundamental el denominado "debido proceso", señalando que "*toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado", agregando luego que "corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos"*.

[102] Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. ESPAÑA. LEC 1/2000 de 7 de Enero de 2000. Artículo 287.

[103] Ley 36/1988. ESPAÑA. Ley 36/1988 de 5 de diciembre sobre arbitraje (derogada por la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, sobre arbitraje). Artículo 44.

[104] Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal de Jurado. ESPAÑA. Artículo 36.

El artículo 27 número 6) reconoce dentro de las Facultades del Tribunal el "rechazar las pruebas ilícitas, las que recaigan sobre hechos de pública notoriedad como las manifiestamente sobreabundantes, inconducentes e impertinentes". Finalmente el artículo 282 señala que el juez "debe ordenar fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas pruebas que (…) hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales (…)" [105]

Por su parte, con la dictación del Código Procesal Penal en el año 2000, la situación cambia toda vez que este cuerpo normativo contiene varias normas y todo un sistema para conseguir la plena vigencia de los derechos fundamentales durante la tramitación del proceso penal, alcanzando en particular a la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

En materia constitucional la presunción de inocencia exige que la condena se funde en pruebas lícitamente obtenidas y practicadas con las debidas garantías procesales, que contengan suficientes elementos inculpatorios respecto a la participación del imputado en los hechos delictivos sometidos a la resolución del tribunal, que formen convicción en éste último sobre la responsabilidad del acusado en el delito, posibilitando su condena.[106].

En el proceso penal, respecto de las garantías fundamentales se señala que *"serán aplicables al procedimiento penal las normas constitucionales que fijen las bases generales del ordenamiento jurídico y las que establecen los derechos y*

[105] UNIVERSIDAD DE CHILE, Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho. *"Anteproyecto de Código Procesal Civil".* Diciembre de 2006.

[106] NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *Op. Cit.*

garantías individuales. También lo serán las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes". Sin embargo el artículo 10 del mismo Código subsana este cambio al señalar que entrega al juez de garantía la función de garante de los derechos fundamentales al prescribir que en "cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.(…)" [107]

Las normas del nuevo proceso penal permiten la valoración libre de la prueba con la sola limitación de los principios de la lógica, máxima de experiencia y los conocimientos científicamente afianzado. Los tribunales aprecian la prueba con libertad, pero no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal debe hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiese desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

En **Colombia** la Constitución establece que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida "*con violación del debido proceso*"[108]. Esta consagración de la regla de exclusión probatoria conocida como regla de exclusión constitucional, donde el

[107] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley: Proyecto de Código Procesal Penal de Chile.* Boletín 1630-01-1.

[108] Constitución Política de Colombia. COLOMBIA. Artículo 29, inciso final.

debido proceso constitucional se refiere a las normas que regulan el proceso penal y a las que regulan la limitación a cualquier derecho fundamental como la intimidad, el secreto profesional, etc. Por su parte la nulidad alude a la prohibición de dar cualquier efecto jurídico a las pruebas obtenidas con violación al debido proceso.

En la legislación Colombiana, se reglamenta a través de normas procedimentales y también en algunas normas sustanciales. En ambas reglamentaciones encontraremos las pruebas que están ahí para resolver con certeza la controversia y 2 sistemas por los cuales se les da una valoración que como veremos podrá ser objetiva o subjetiva, es decir, "*si el juez debe y puede libremente valorar la prueba, estamos frente al sistema de la libre valoración (o libre convicción); cuando el legislador señala el valor de la prueba estamos frente al sistema de la tarifa legal*".

Por otra parte, es más preciso decir que el único sistema de valoración de la prueba que pueda entregar a cada caso una resolución basada en la certeza es el de la libre convicción o libre valoración puesto que a través de este "*exigirá del juez más estudio; mientras que se puede decir que dentro del sistema de la tarifa legal, hasta que el juez sea abogado*".

De lo anterior, se deduce que existen dos sistemas para valorar la prueba: el sistema de la tarifa legal y el sistema de la libre convicción. Este último es el que generalmente se aplica y es porque para cada proceso y en particular para cada parte es menester que el juez analice antes de proferir un fallo que resuelva el caso los intereses y por ende las perturbaciones de personalidad si las hay puesto que

de esta manera se podrá conocer el verdadero valor de la prueba, el cual no es más que el que lleve a un debido proceso.

En materia penal: se consagra el sistema de la libre convicción en los artículos 253, 254, 294, 298 del código adjetivo o de procedimiento penal.

En el **sistema británico** observamos que Act 1984 sobre *Police and Criminal Evidence* señala en la Sección 76 (…) que si, "en algún proceso en el que la acusación propone producir prueba de una confesión hecha por quien es acusado, se pone de manifiesto ante el tribunal que la confesión fue o pudo haber sido obtenida: (a) por coerción sobre la persona que la efectuó; o (b) como consecuencia de algún hecho o manifestación que, presumiblemente, de acuerdo con las circunstancias, haga que no sea confiable la confesión; el tribunal no permitirá que sea presentada como prueba de cargo excepto en caso de que la acusación demuestre, más allá de toda duda razonable, que la confesión (aparte de que fuese o no verdadera) no fue obtenida de las maneras descriptas.

Sección 78: (1) En cualquier proceso el tribunal puede rechazar pruebas en cuya producción se proponga basar la acusación si considera que, de acuerdo con las circunstancias, incluyendo las circunstancias en las que la prueba fue obtenida, su admisión tendría un efecto adverso para la ecuanimidad del procedimiento de tal magnitud que el tribunal no pueda permitirlo.

En **Francia** no existe mayor regulación en la obtención de la fuente de prueba siendo también la jurisprudencia la que ha establecido el camino para que no se practiquen en el proceso las pruebas cuya fuente ha sido adquirida de forma ilícita. Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el Derecho francés, en

el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como "nula" toda prueba obtenida mediante registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (así, en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955).

Por lo general, los países de "common law" hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del Derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien solo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público.

En el **ordenamiento italiano**, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado –por lo que se refiere a las pruebas específicamente "inconstitucionales" [109].

En Italia sólo se regula respecto del proceso penal señalándose que la prueba adquirida en violación de las normas legales no podrán ser utilizadas: *"Prove illegittimamente acquisite. 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento (185-4)"*. [110]

En **Portugal** es la Constitución la que prohíbe la práctica de prueba obtenida ilícitamente, así señala que *"serán nulas todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, atentado a la integridad física o moral de la persona o intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las*

[109] JEQUIER LEHUEDÉ. *Op. Cit.* Pág 474

[110] Codice di Procedura Italiano. ITALIA. Artículo 191.

telecomunicaciones"[111]. Asimismo el Código de Proceso Penal establece específicamente que son nulas, no pudiendo ser utilizadas, las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción o, en general, ofensa a la integridad física o moral de las personas (…). 3. Salvo los casos previsos en la Ley, son igualmente nulas las pruebas obtenidas mediante intromisión en la vida privada, el domicilio; la correspondencia y las telecomunicaciones sin el consentimiento del respectivo titular.[112]

En **Alemania** la investigación de los delitos en el sistema de procedimiento penal es una actividad en donde el factor discrecionalidad tiene una gran importancia y donde los jueces utilizan un método de ponderación al momento de la exclusión de pruebas[113].

En **Argentina (Córdoba)** el Código Procesal Penal se señala que *"carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella"*[114].

Las legislaciones analizadas, concuerdan plenamente en el hecho de que toda prueba debe ser debidamente valorada por los jueces para que sirva de sustento al

[111] Constitución de la República. PORTUGAL. Artículo 32.6.

[112] Codigo de Processo Penal. PORTUGAL. Artículo 126: *"1. São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2 - São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) "Promessa de vantagem legalmente inadmissível"*

[113] CALDERÓN MONTENEGRO y BERDUGO SAUCEDO. *Op. Cit.*

[114] Código Procesal Penal de Córdoba. ARGENTINA. Artículo 149.

momento de emitir un fallo judicial; así mismo las constituciones de los países en análisis al igual que en **Ecuador**, acogen las normas internacionales de respeto a los derechos humanos y la prohibición de obtener pruebas con vulneración a las garantías básicas del debido proceso y a los derechos humanos de las personas.

Como ya lo analicé en el marco jurídico, en **Ecuador**, las Constitución de la República establece la invalidez de las pruebas ilegalmente actuadas en el art. 76 numeral 4 así mismo, el Código de Procedimiento Penal se refiere a la valoración de la prueba en los procesos penales en los artículos 79, 80, 81 y 84, dejando sin efecto ni validez probatoria las pruebas actuadas ilegalmente.

5. MATERIALES Y METODOS

5.1. Materiales Utilizados.

Este trabajo se fundamenta de manera documental, bibliográfica y de campo. Como se trata de una investigación de carácter jurídico utilicé textos y material relacionados con el derecho constitucional de la prueba y su valoración, desde los puntos de vista social, científico y jurídico; así como de bibliografía relacionada al problema a indagar.

Las fuentes bibliográficas fueron utilizadas según el avance y el esquema de búsqueda de información previamente establecido para la investigación, puedo mencionar que en cuanto al marco conceptual las obras de ABARCA G. Luis.- Fundamentos Constitucionales del Sistema Procesal Oral Ecuatoriano; JAUCHEN, Eduardo. Tratado de la prueba en materia penal; ZARATE Barreiro, Milton. Táctica y Metodología Criminalística", entre otras. Estas fuentes de información me permitieron conceptualizar los diferentes términos referentes a esta tesis, así como determinar sus diferentes acepciones o sinónimos.

En cuanto al análisis de la problemática, constituyendo la doctrina, recurrí a los libros de autores conocedores del Derecho, como ARBUROLA Valverde, Allan.- Prueba ilícita o espúrea en materia penal; GARCIA Falconí, José.- El recurso de Nulidad en materia penal"; entre otros autores doctrinarios o conocedores de la materia tanto de la valoración de la prueba como del régimen penal del Ecuador, que por su extensa experiencia y sapiencia me permitieron usar sus ideas y

criterios para fundamentar el presente discurso, proporcionándome incalculables conocimientos e interpretaciones sobre el derecho constitucional de la valoración de la prueba en el juicio penal oral.

5.2. METODOS

La práctica de la investigación científica presupone el concurso de una serie de métodos y técnicas que han permitido el abordaje adecuado de la problemática de investigación y el desarrollo sistemático del conocimiento que permite la comprobación de la hipótesis propuesta así como la verificación de los objetivos planteados.

Por la naturaleza de la presente investigación, ésta en lo principal se acoge al **método científico**, pues como se puede observar se parte del planteamiento de hipótesis, sub hipótesis y de un objetivo general y tres específicos, en torno a los cuales se ha desarrollado toda una base teórica, así como el estudio de campo, que han permitido los elementos de juicio necesarios para su contrastación y verificación. La presente investigación es eminentemente jurídica, ya que se concreta en la actividad del Derecho Constitucional y procesal penal y su relación con el efecto que genera en la realidad social de la admisibilidad de la prueba en el juicio oral.

Dentro de los métodos que se utilizaron está el **método científico** que ha permitido abordar los problemas jurídicos que devienen de la normatividad jurídica constitucional y procesal penal que regula la admisibilidad o exclusión de

las pruebas en el juicio penal oral; así mismo a partir de la inducción y deducción, del análisis y de la síntesis de cada uno de sus componentes, y la aplicación de **método exegético analítico**, que fue de singular utilidad en el análisis sistemático de las correspondientes disposiciones legales.

El **método deductivo** sirvió específicamente en lo referente al análisis del problema de investigación, a partir de las disposiciones del derecho internacional, derecho constitucional y procesal penal, relacionadas con la problemática de investigación, hasta llegar a aspectos particulares identificados en la normatividad del Código de Procedimiento Penal que protege los de las partes procesales, así mismo, el **método inductivo** permitió analizar la problemática de investigación desde asuntos específicos hasta categorías de carácter general. Estos métodos sirvieron de manera especial en la elaboración del discurso teórico de la presente tesis.

Como métodos auxiliares se utilizaron la **síntesis y el método descriptivo**. El primer método que permitió construir relaciones breves de las diferentes categorías jurídicas del derecho procesal penal que indispensablemente debían ser tratadas, como en efecto se lo ha hecho, en el presente trabajo. Y el método descriptivo fue de mucha utilidad, en la descripción de los problemas jurídicos y de las realidades relacionadas íntimamente con la problemática que motiva la presente tesis.

Además para el tratamiento de los datos obtenidos en el campo de investigación fueron de singular valía los métodos analítico y sintético,

especialmente en lo referente al análisis comparativo de los datos y frecuencias obtenidos a partir de la aplicación del instrumento de investigación, esto es, de la encuesta. Para ilustrar de mejor forma los resultados de la investigación de campo se utilizaron tablas de frecuencias y porcentajes, análisis comparativos y de graficación estadística.

5.3. TECNICAS

Recopilación de información y encuestas:

En esta fase procedí a obtener toda la información posible tanto literaria así como datos que me sirvieron para el estudio de casos e investigación de campo. Así, he recabado información literaria referente a los derechos de protección y las garantías básicas del debido proceso; la valoración de la prueba, haciendo hincapié en la "teoría del fruto del árbol envenenado". También he realizado la revisión bibliográfica jurídica que establece el Código de Procedimiento Penal y la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; el análisis de tratados y convenios internacionales y el derecho comparado de la legislación latinoamericana.

Para la investigación de campo la información está relacionada con procesos por delitos de narcotráfico en los que se evidencia una clara violación a las normas del debido proceso y la valoración de las pruebas ilegalmente actuadas.

También procedí a encuestar a 40 juristas que poseen vastos conocimientos en el tema propuesto

5.4. INSTRUMENTOS (LIBRO DE APUNTES, VIDEO CÁMARA, ENCUESTAS)

Fase de investigación de análisis:

Con el acopio realizado en la fase anterior procedí a realizar el análisis de los elementos recopilados, lo que me permitió dar a conocer los resultados obtenidos mediante las encuestas y entrevistas, así como la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis.

Fase de síntesis:

En esta fase logré sintetizar los resultados de la investigación realizada mediante las conclusiones y recomendaciones.

6. RESULTADOS

El trabajo de campo, a que hago mención a continuación, lo he sustentado en la utilización de las técnicas de la encuesta, la entrevista y la revisión de casos, cuyos resultados pongo a consideración a continuación:

6.1 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENCUESTA.

De conformidad con lo previsto en la metodología del proyecto de investigación elaboré y apliqué una encuesta que contiene cinco preguntas relacionadas con el problema jurídico que ha sido abordado en este trabajo, expresando que luego de reflejar los porcentajes obtenidos en las respuestas, se grafican los resultados y a continuación consta el análisis cuantitativo y cualitativo.

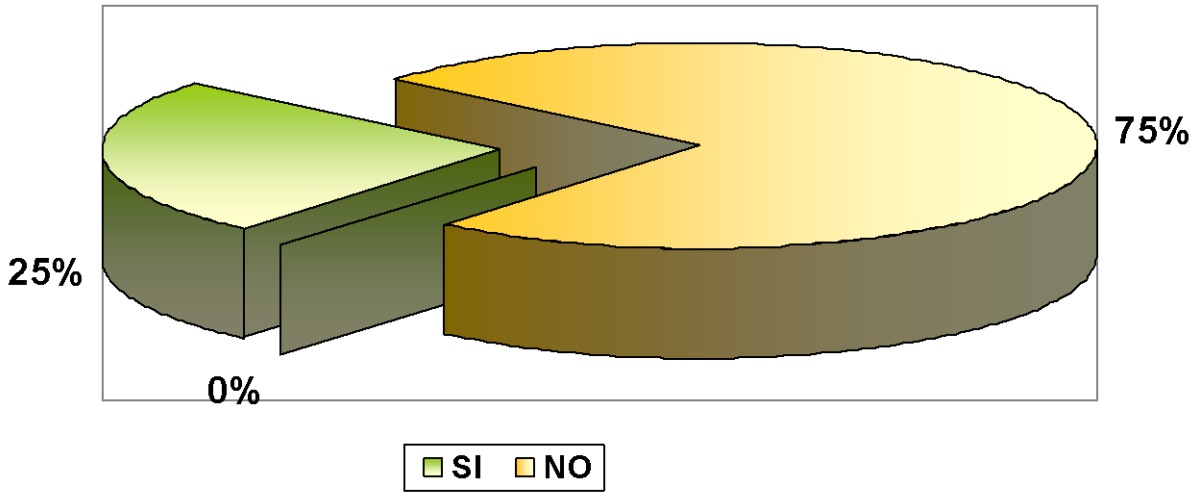
PRIMERA PREGUNTA:

Considera que en los Procesos Penales, al momento de valorar las pruebas, se observan de manera irrestricta las Garantías Básicas del Debido Proceso?

CUADRO Nº 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
SI	10	25%
NO	30	75%
TOTALES		

Fuente: **Población investigada**
Autora: **Aura Janeth Pardo Montero**



Análisis:

Los profesionales encuestados, 30, que representan un 75%, consideran que en los procesos penales, NO se observan de manera irrestricta las garantías básicas del debido proceso, mientras que 10, que representan un 25% consideran que SI se observan las garantías básicas del debido proceso.

Quienes contestan que en los procesos penales, al momento de valorar las pruebas NO se observan las garantías básicas del debido proceso, dicen que algunos jueces emiten sus fallos de acuerdo a la sana crítica y no se apegan al cumplimiento irrestricto del debido proceso, por lo que inclusive al interponerse recursos ordinarios y extraordinarios, los superiores han tenido que corregir las arbitrariedades cometidas, porque no se ha llevado el proceso de conformidad con la constitución y la ley.

También se considera que se vulneran las garantías básicas del debido proceso por falta de jueces especializados; por el mal manejo de las evidencias por parte de los responsables; y también porque no todos los policías y agentes están preparados para el manejo de las evidencias.

Quienes consideran que en los procesos penales al momento de valorar la prueba, SI se observa de manera irrestricta las Garantías básicas del debido proceso, dicen que se los hace por el imperio constitucional que rige de forma obligatoria, puesto que el juez debe motivar el fallo judicial.

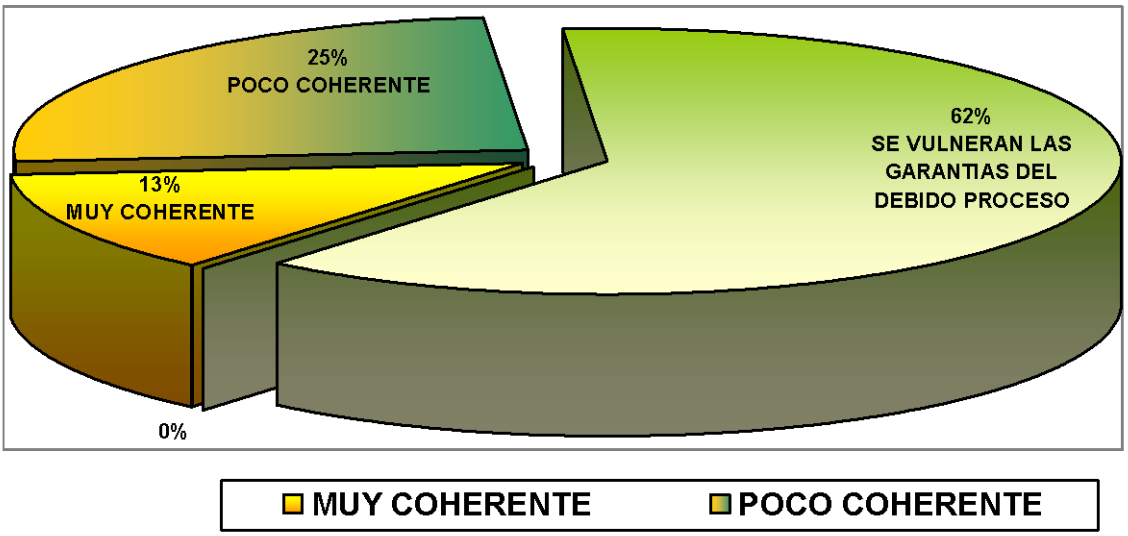
SEGUNDA PREGUNTA:

En qué medida considera Ud. que la actuación del Juez de Garantías Penales es coherente con lo previsto en la Constitución de la República del Ecuador, la ley Penal y su procedimiento; en la doctrina y jurisprudencia, al momento de valorar la prueba en los juicios de narcotráfico?

CUADRO Nº 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
MUY COHERENTE	5	13%
POCO COHERENTE	10	25%
SE VULNERAN LAS GARANTIAS DEL DEBIDO PROCESO	25	62%
TOTALES		

Fuente: Población investigada
Autora: Aura Janeth Pardo Montero



Análisis:

Las respuestas obtenidas, por ser de opción múltiple, se han distribuido de la siguiente manera: 5 personas que representan un 13% dicen que la actuación del juez es coherente; 10 personas que representan un 25% consideran que es poco coherente, y 25 personas que representan el 62% sostienen que se vulneran las garantías del debido proceso, al momento de valorar la prueba en los juicios de narcotráfico.

Los encuestados que sostienen que la actuación del juez es coherente, representa un mínima parte de la muestra poblacional, ellos opinan que al momento de valorar la prueba en los juicios de narcotráfico, el juez debe actuar conforme lo establece la ley.

Otra parte de la población investigada, en cambio opina que la actuación del juez es poco coherente al momento de valorar la prueba en los juicios de narcotráfico. Fundamentan su respuesta en el hecho de que no se observan las garantías básicas del debido proceso; se valora solo en base a la sana crítica, o a criterio del juez; existiendo por tanto, poca coherencia entre lo que dispone la norma constitucional, la ley y el fallo emitido.

La mayor parte de los encuestados, son quienes por experiencia en el ejercicio profesional o el conocimiento de algunos casos, pueden dar razón de que al momento de valorar la prueba en los juicios de narcotráfico, se vulneran las garantías del debido proceso, pues se trata de justificar todas las actuaciones, como válidas, especialmente aquellas que se realizan en la etapa pre procesal, en la que frecuentemente se actúa con poca precaución, tanto por parte de los agentes de policía, como de algunos operadores de justicia quienes piensan que el fin (detener a un presunto narcotraficante) justifica los medios; sin darse cuenta que al no observar todas y cada una de las garantías básicas del debido proceso, se acarrea la nulidad de las pruebas obtenidas por haber sido obtenidas con vulneración a la constitución y la ley.

Al momento de valorar la prueba, el juez debe poner especial atención a estas actuaciones procesales para garantizar transparencia en el proceso y brindar seguridad jurídica al procesado.

Es fundamental que el juez aprecie la prueba obtenido y sobre todo, que los medios que se emplearon para obtenerla no sean contradictorios a la constitución y

la ley, pues es en la investigacion procesal con frecuencia se vulnera las garantías básicas del debido proceso, que luego no son tomadas en cuenta y se procede a valorar la prueba como si no hubiese ocurrido ninguna vulneración, frente a ello, el Juez como garantista del proceso, es el encargado de garantizar q las pruebas que se valoran, hayan sido obtenidas constitucionalmente.

TERCERA PREGUNTA:

Está usted de acuerdo en que en las investigaciones y operativos policiales ejecutados en los delitos de narcotráfico que se mencionan a continuación, se vulneran las garantías constitucionales?

- **Órdenes de Allanamiento**
- **Interrogar a los sospechosos**
- **Recolección de evidencias, y**
- **Cadena de Custodia**

CUADRO Nº 3

INDICADORES	FRECUENCIA		PORCENTAJES
ORDENES DE ALLANAMIENTO	SI	30	75%
	NO	10	25%
		40	100%

Fuente: **Población investigada**
Autora: **Aura Janeth Pardo Montero**

ORDENES DE ALLANAMIENTO.

La encuesta aplicada, arroja como resultado que 30 personas, que representan el 75% contestan que se vulneran las garantías constitucionales al momento realizar un allanamiento; mientras que 10 encuestados que representan un 25% consideran que no hay vulneración de derechos al realizar esta acción en las investigaciones y operativos policiales ejecutados en los delitos de narcotráfico.

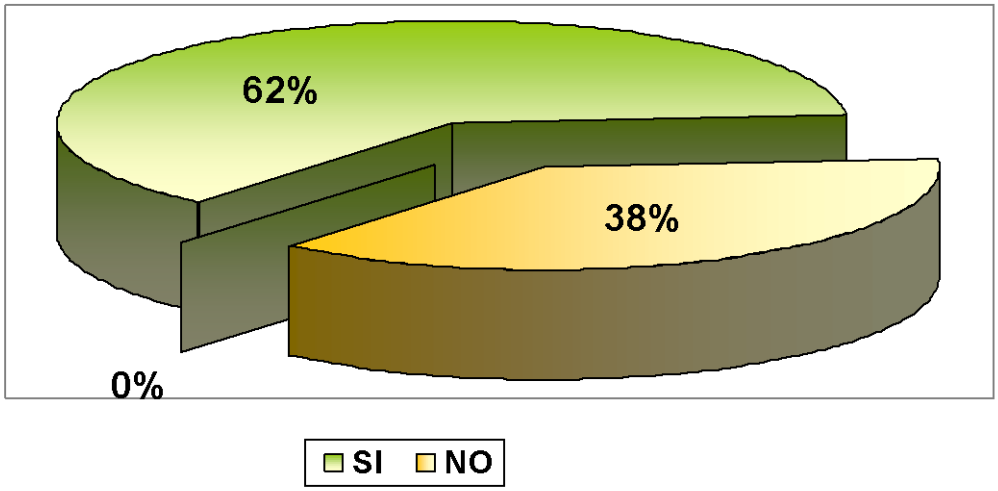
Los profesionales encuestados que consideran que se vulneran garantías constitucionales en los operativos policiales e investigaciones ejecutados en los delitos de narcotráfico, coinciden en que con frecuencia se realizan **allanamientos** sin la respectiva orden del juez, o sea, primeramente se hace el allanamiento y luego se pide la orden al juez; esta actuación por parte de la policía y otros funcionarios encargados de realizar las investigaciones, acarrea graves consecuencias al proceso, pues lo vicia de nulidad por actuar sin observancia de las garantías básicas del debido proceso.

INTERROGATORIOS:

Otra de las actuaciones que se realizan durante las investigaciones son los interrogatorios; al respecto tenemos las siguientes respuestas:

INDICADORES	FRECUENCIA		PORCENTAJES
INTERROGAR A LOS SOSPECHOSOS	SI	25	62%
	NO	15	38%

Fuente: **Población investigada**
Autora: **Aura Janeth Pardo Montero**



Análisis:

De la población investigada, 25 profesionales que representan un 62%, sostienen que al realizar los interrogatorios a los sospechosos, en las investigaciones y operativos policiales ejecutados en los delitos de narcotráfico se vulneran las garantías constitucionales. 15 de los encuestados, que representan un 38% en cambio dicen que no se vulneran las garantías constitucionales cuando se interroga a los sospechosos.

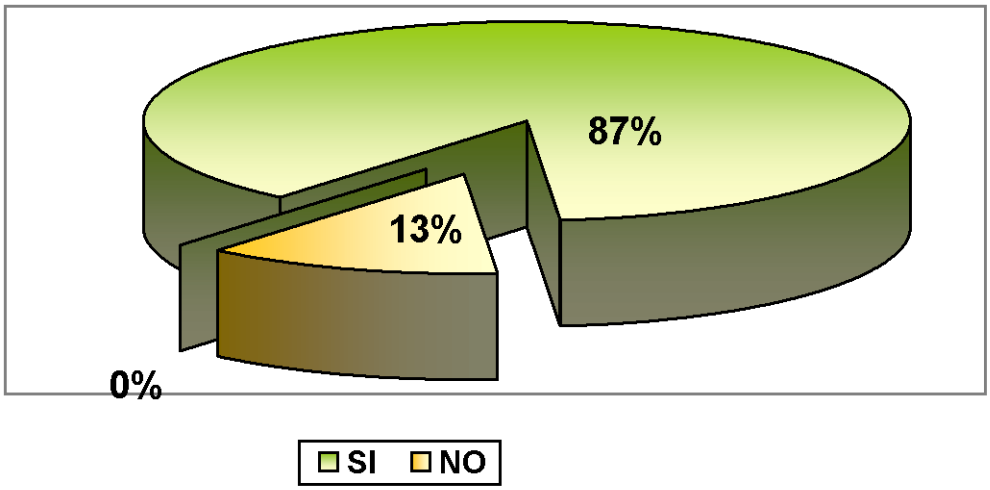
Quienes contestan afirmativamente, sostienen que aún se mantienen algunas prácticas inquisitivas al realizar los interrogatorios; especialmente por tratarse de delitos de narcotráfico; en varias ocasiones inclusive se inicia el interrogatorio sin la presencia del abogado; se hacen preguntas sugestivas, inconstitucionales; y lo que es peor, se trata de inducir al sospechoso a declararse culpable; esto sin duda es una flagrante vulneración de los derechos del debido proceso que debe tomarse en cuenta al momento de valorar la prueba.

Los profesionales encuestados que consideran que no se vulneran las garantías del debido proceso en los interrogatorios, dicen que para que se realice el mismo debe estar presente el abogado, y que éste es el encargado de velar porque se respeten los derechos de su defendido.

RECOLECCION DE EVIDENCIAS

INDICADORES	FRECUENCIA		PORCENTAJES
RECOLECCION DE EVIDENCIAS	SI	35	87%
	NO	5	13%

Fuente: **Población investigada**
Autora: **Aura Janeth Pardo Montero**



Análisis:

Como se puede evidenciar en el gráfico 35 de los encuestados que representan un 87% consideran que en la recolección de evidencias en los procesos por narcotráfico, se vulneran las garantías del debido proceso.

Una menor población de 5 personas que corresponde a un 13%, dice que NO es así.

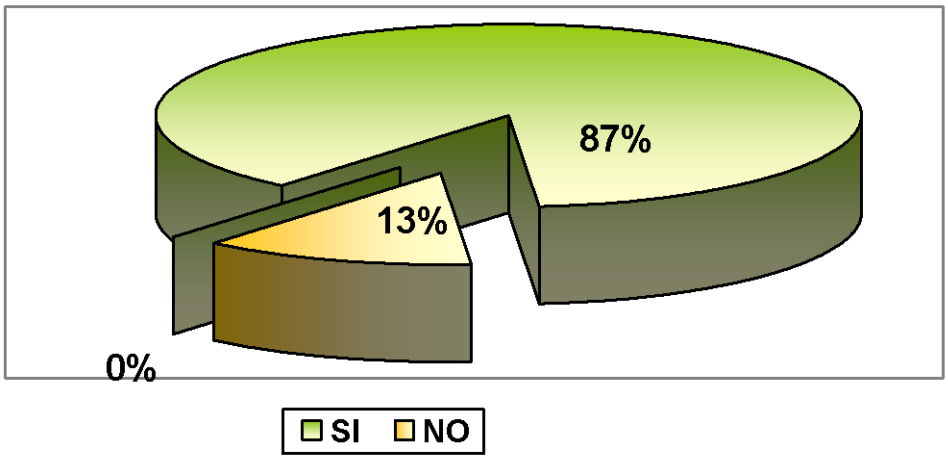
Los encuestados que consideran que SI se vulneran las garantías básicas del debido proceso al recoger evidencias en las investigaciones y operativos policiales ejecutados en los delitos de narcotráfico, sostienen que esta situación se da por cuanto aún existe personal que no se encuentra debidamente capacitado para realizar estas labores con profesionalismo, especialmente en los sitios alejados de la urbe.

Los encuestados que consideran que NO se vulnera ningún derecho ni garantía dicen que el personal de la policía en su mayoría está capacitado para este trabajo.

CADENA DE CUSTODIA

INDICADORES	FRECUENCIA		PORCENTAJES
CADENA DE CUSTODIA	SI	35	87%
	NO	5	13%

Fuente: **Población investigada**
Autora: **Aura Janeth Pardo Montero**



Análisis:

De la población investigada, 35 encuestados que representan el 87% dicen que SI se vulneran las garantías básicas del debido proceso, al realizar este procedimiento.

No consideran que hay ninguna vulneración, 5 de los encuestados, que representan un 13% de la población investigada.

Los encuestados que contestan afirmativamente, consideran que el procedimiento de la Cadena de Custodia debe observarse desde el inicio de la investigación y con el mayor profesionalismo, realizar acciones contrarias a lo que establece el manual de Cadena de custodia acarrea la vulneración de garantías básicas del debido proceso y por ende nulidad en el mismo; lo que además hace que se pierdan las posibles pruebas obtenidas en la investigación. Lastimosamente, existe personal que aún no tiene suficiente experiencia en el manejo de la cadena de custodia; o en otros casos, se omite llevarla a efecto.

Los encuestados que dicen que NO se vulneran garantías básicas del debido proceso al realizar la cadena de custodia, aseguran que el personal debe estar capacitado para hacerlo y que de hecho ahora hay personal especializado.

Como se puede apreciar, en las investigaciones y operativos policiales ejecutados en los delitos de narcotráfico, hay varias actuaciones como las que acabo de mencionar, en las que se vulneran las garantías básicas del debido proceso, y generalmente esto ocurre al inicio del proceso, especialmente en la etapa pre procesal, situación que debe ser tomada en cuenta desde el momento mismo de la audiencia preparatoria del juicio; y más adelante, en la valoración de la prueba, pues el Juez debe desechar toda la prueba actuada con vulneración a la constitución y la ley por carecer de eficacia probatoria.

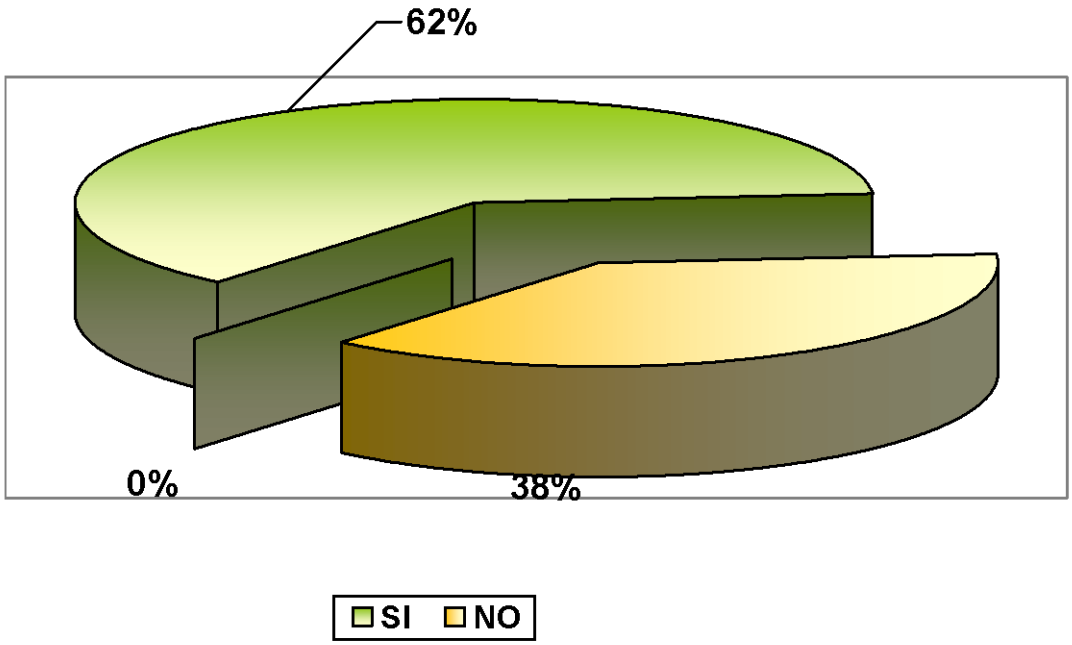
CUARTA PREGUNTA:

Considera Ud. que el Juez de Garantías Penales, desde su inicio, debe valorar de oficio la prueba, y declarar la ilegalidad e ineficacia probatoria, en caso de advertir algún acto violatorio a las garantías constitucionales en su obtención?

CUADRO Nº 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
SI	25	62.5%
NO	15	37.5%
TOTALES	40	100%

Fuente: Población investigada
Autora: Aura Janeth Pardo Montero



Análisis:

De los profesionales encuestados, 25 de ellos que representan un 62.5%, contestan afirmativamente; mientras que 15 encuestados que representan un 37.5% contestan negativamente.

De los resultados obtenidos se puede apreciar que la mayoría de los encuestados están de acuerdo en que **el Juez de Garantías Penales, desde su inicio, debe valorar de oficio la prueba, y declarar la ilegalidad e ineficacia probatoria, en caso de advertir algún acto violatorio a las garantías constitucionales en su obtención;** si bien es cierto que la valoración de la prueba se la hace en la etapa del juicio, al valorarla "de oficio" durante el proceso, se evitaría que se vulneren las garantías constitucionales y sobre todo esto serviría

para que se garantice el debido proceso debe observarse desde el principio hasta el fin del proceso.

Quienes contestan negativamente a esta pregunta, lo hacen porque dicen que se puede alegar cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, en la etapa intermedia, en la audiencia preparatoria del juicio y formulación de dictamen.

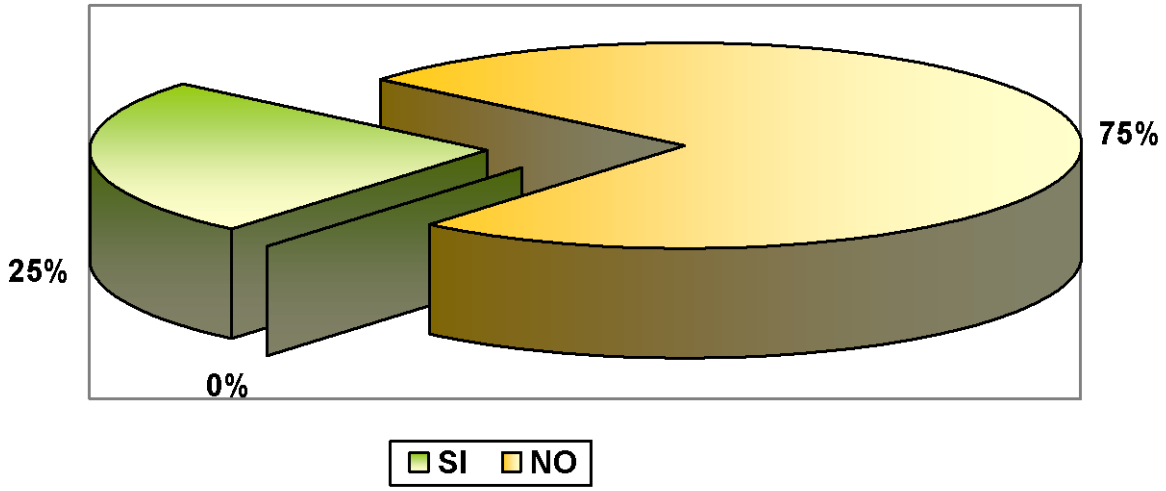
QUINTA PREGUNTA

La teoría del Fruto del Árbol envenenado que muchos países acogen en su legislación para valorar la prueba obtenida en el proceso, establece que "*si se utilizan medios ilegales para conseguir un fin, ese fin, una vez conseguido y por bueno y justo que sea, no tendrá validez alguna porque será tan ilegal como los medios.*"; teoría que es coherente con las disposiciones constitucionales vigentes en nuestro país. Considera Ud. que se toma en cuenta esta teoría al momento de valorar las pruebas en un proceso penal por delitos de narcotráfico?

CUADRO Nº 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
SI	10	25%
NO	30	75%
TOTALES	40	100%

Fuente: Población investigada
Autora: Aura Janeth Pardo Montero



Análisis:

La respuesta obtenida es: 10 personas que representan un 25% contestan negativamente; mientras que 30 personas que representan un 75% contestan con SI.

Las personas que contestan que SI se toma en cuenta la Teoría del Fruto del árbol envenenado al momento de valorar las pruebas en un proceso penal por delitos de narcotráfico, dicen que los jueces deben actuar apegados a la ley, porque en las normas constitucionales y legales está establecido el procedimiento a seguir.

Los encuestados que dicen que NO se toma en cuenta lo establecido en la Teoría del Fruto del Árbol envenenado que **es coherente con las disposiciones constitucionales vigentes en nuestro país,** afirman que es precisamente en la investigacion de delitos de narcotráfico en los casos que más se vulnera el procedimiento y observancia de las garantías básicas del debido proceso, pues con frecuencia, no cuidan de legalizar las órdenes de allanamiento; la cadena de custodia no se lleva correctamente e inclusive algunos agentes de policía aún

utilizan métodos coercitivos para someter a los detenidos e investigarlos como bien establece esta teoría ***"si se utilizan medios ilegales para conseguir un fin, ese fin, una vez conseguido y por bueno y justo que sea, no tendrá validez alguna porque será tan ilegal como los medios."***

Especialmente en los casos de narcotráfico, se actúa de forma apresurada, y con la seguridad de que a futuro pueden legalizar cualquier actuación, cuando lo cierto es que muchas veces se allana un domicilio sin orden judicial, se interroga a los sospechosos sin la presencia de un abogado e incluso en los mismos lugares donde son detenidos, actuaciones que vician el proceso y lo dejan sin validez, pues esta clase de actos no se pueden justificar a futuro, sino que debe actuarse tal y como lo determina la constitución y la ley.

6.2 ANALISIS DE CASOS

6.2.1 CASO REYES MAGOS

a) Datos referenciales

ACTOR: Estado

PROCESADO: Jorge Hugo Reyes Torres y otros

CASO: Reyes Magos

Delito: Narcotráfico, testaferrismo y otros

b) Versión del caso

Los archivos policiales de las décadas de los noventa y dos mil señalan que la operación "Ciclón" fue la conclusión de una investigación que llevó alrededor de tres años de trabajo para los agentes del orden y que tuvo como antecedente el caso denominado "Balsa Coca".

Este operativo se realizó el 9 de marzo de 1989, en Londres (Inglaterra), en el cual se confiscaron 135 kilos de cocaína y dos toneladas de marihuana.

Interpol detuvo a varias personas en el Ecuador, pero el nombre de Jorge Hugo Reyes Torres **no apareció en el proceso**; sin embargo, en el **reanálisis del caso** que hicieron los agentes, determinaron que Reyes era uno de los principales integrantes de esa red.

El 19 de junio de 1992, se realiza el operativo denominado Ciclón en el que cientos de policías se movilizaron por diferentes zonas del país e incautaron más de 50 propiedades, entre haciendas, departamentos, bodegas, además de decenas de vehículos, muebles, joyas, obras de arte, armas y más, se detuvo a Jorge Hugo Reyes Torres y 49 personas más, entre ellas policías y militares activos y pasivos, quienes fueron apresadas, acusadas de ser parte de una red de narcotráfico encabezada por Reyes Torres, empresario de 39 años de edad .

La Policía estimaba su fortuna en cientos de millones de dólares y afirmaba que la había adquirido con dinero de la droga.

Sin embargo, en el operativo Ciclón **no se halló estupefacientes**. El general Jaime Terán Pavón, director de operaciones de la Policía, entonces hizo una declaración: "*No era droga lo que buscábamos... sino desmantelar a la banda para después ir a ver qué droga tenían. El propósito es destruirlos financieramente para que no revivan"*.

Cuatro días después de la detención de Reyes, el 23 de junio, la Policía aprehendió a tres supuestos cómplices cuando trataban de incinerar 80 paquetes de cocaína en la quebrada de Zámbiza, al norte de Quito.

Según el informe investigativo n.º 080-JPEIP-CP1-92, caso n.° 142-JPEIP-CP1-92, (que es tomado en cuenta en la sentencia del 9 de septiembre de 1996), se produce la captura de los ciudadanos Francisco Salgado Guerrero y Rafael Iván Suárez, en

las calles Isaac Albéniz y Beethoven, en el vehículo Nissan Patrol azul de placas PDH-346, y decomisaron una pistola en poder de Salgado.

En ese parte, se hace constar que la Policía realizó un rastreo por la zona de la quebrada de Zámbiza, en la que encontraron cuatro paquetes (19 884 gramos) que contenían posiblemente droga y serían parte de un total de 80 kilos que fueron incinerados, cuya propiedad sería de Reyes. Además, se dice que los detenidos debían quemar esa droga que era el sobrante de alguna transacción.

Reyes Torres fue sentenciado por narcotráfico en 1996, con un fallo ratificado el 14 de junio de 1996, que dispuso además el comiso de los bienes aprehendidos por la Policía y su entrega definitiva al CONSEP.

Sale libre en enero del 2001, tras cumplir ocho años siete meses desde el 19 de junio de 1992, acogiéndose al recurso del 2 por 1, que permitía salir libre al cumplir la mitad de la pena y demostrar buena conducta.

El 26 de noviembre de 2001, se realiza el operativo Ciclon III, en el que Reyes fue detenido el junto a otras ocho personas que estaban en distintos sectores de Quito, señalado nuevamente como el líder de una organización que planificó el traslado de 72,8 kg de cocaína en un camión que fue ubicado al norte de Quito por la Policía Nacional.

Sobre estos hechos, la Quinta Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, 26 de septiembre de 2002, emitió sentencia condenatoria por reincidencia

en tráfico de drogas, con pena de 25 años y se declaró el decomiso de los bienes a favor del CONSEP.

El 25 de noviembre del 2002, Fabián Tamayo, presidente de la Corte de Quito dispone la devolución de la mayoría de los 62 bienes incautados por el caso Reyes Torres y que están a nombre de una docena de absueltos, entre ellos la esposa de este, Dayra Levoyer. En octubre del 2008 la Segunda Sala Penal de esa Corte lo ratifica. La Fiscalía impugnó.

En septiembre 3 del 2003, Pablo Jaramillo, presidente subrogante de la Corte de Quito, absuelve del delito de testaferrismo a Reyes Torres y otros, pero la 1ª Sala de esa Corte lo sentencia a 10 años. Hay un recurso de casación en la 1ª Sala Penal de la CNJ

El Fiscal General Pesántez, cuando era ministro fiscal distrital de Pichincha, en el 2007, interpuso un recurso detallando que no procede la restitución de los bienes muebles e inmuebles, "por cuanto estos han sido considerados como objetos de la infracción (narcotráfico), han servido para cometerla o han sido producto de ella".

Su sucesor, Marco Freire, expuso en otro documento del 16 de octubre del 2008, una serie de argumentos. "...Se ha comprobado tanto la existencia del delito de testaferrismo... Hay una sentencia condenatoria (de 1996) por tráfico de drogas". Señala incluso términos de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes.

.

a) Fallo judicial

Con fecha 11 de junio del 2009, la 2ª Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia (CNJ) aceptó un recurso de casación (última instancia) y lo absolvió de la sentencia de 25 años de prisión que por reincidir en el narcotráfico la impuso en septiembre del 2002 la 5ª Sala de la antes Corte Superior de Justicia de Quito y la ratificó la 3ª Sala Especializada Penal.

El Fiscal pidió la destitución de los tres jueces de la 2ª Sala de la CNJ (Luis Abarca, Máximo Ortega y Saúl Rosero), por "favorecer a narcotraficantes".

Sobre lo actuado por la presidencia de la Corte Superior de Quito en 1996, los conjueces ocasionales de la Sala de lo Penal de la CNJ dicen que, ***una vez analizada exhaustivamente la sentencia, ellos consideran que no existen evidencias claras de que Reyes haya cometido el delito del que se le acusa.***

Y para esto, resaltan que ***la sentencia se hace con base en declaraciones preprocesales que, luego, fueron negadas por los acusados y testigos, y que, además, no se precisa el día y la hora en que Reyes haya cometido el delito, así como que en ninguna de las propiedades que fueron incautadas se encontró droga.***

Toman también en cuenta que, ***cuando se da el decomiso de la droga en la quebrada que se salvó de ser incinerada, Reyes ya estaba detenido.***

Según el entonces presidente de la Sala, Luis Abarca, la decisión ***se tomó porque se hallaron más irregularidades en el juicio. La Segunda Sala Penal sostuvo que no se encontraron fundamentos para acusarlo de narcotráfico. En la providencia, los jueces señalaron que hubo información "obtenida inconstitucionalmente".***

Según el dictamen, se revocó la sentencia de 25 años de prisión por la ***aplicación "falsa del art. 84 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas". El artículo señala: "Quien organice, gestione, asesore o financie la realización de actividades o actos previstos por esta ley como delitos será sancionado con la pena de reclusión mayor extraordinaria de 12 a 16 años y multa de 60 a 8 000 salarios mínimos".***

Sin embargo, en el proceso se hace referencia a las llamadas telefónicas realizadas entre Reyes y varios imputados por tráfico de droga, lo cual, ***a criterio de los jueces, no determina el cometimiento del delito.***

Los jueces Luis Abarca Galeas, Máximo Ortega Ordóñez y el conjuez Erwin René Salazar, ordenaron el retiro de las medidas cautelares y la inmediata liberación del procesado.

Sobre este tema, el fiscal Galo Chiriboga, en su pedido de aclaración ante el recurso de revisión, dice que el pronunciamiento de los conjueces ocasionales no

debía ser sobre la primera sentencia, sino sobre la segunda que emitió la Primera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, el 14 de julio de 1999.

En los casos que eran sancionados según a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, el ordenamiento jurídico mandaba que las sentencias sean elevadas a consulta.

a) Comentario

La resolución de los Jueces de la Segunda Sala, se fundamenta en la "Teoría del Fruto del Árbol envenenado, por cuanto los jueces al determinar que hubieron irregularidades en la detención de Reyes Torres y se lo condenó sin una evidencia clara que determine que era responsable del delito de narcotráfico; tal como lo señalaron hubo una *aplicación "falsa del art. 84 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas", pues en ningún momento se encontró droga en poder del sentenciado; las pruebas se fundaron en declaraciones pre procesales que luego no fueron ratificadas en el juicio; además de la vulneración de normas del debido proceso en su detención.*

Cabe mencionar también que en este proceso, en el que se detuvo al señor Iván Suárez Rosero, como un presunto complice de Reyes Torres, quien supuestamente estuvo incinerando droga en la quebrada de Zámbiza pero que fue detenido al norte de Quito.

El señor Suarez Rosero, demando ante la CIDH, por vulneración de derechos humanos. La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte *decidiera si hubo*

violación, en perjuicio del señor Rafael Iván Suárez Rosero, por parte del Ecuador, de los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) todos ellos en relación con el artículo 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención como resultado del y pues arresto y detención del Sr. Suárez en contravención de una ley preexistente; la no presentación oportuna del Sr. Suárez ante un funcionario judicial una vez que fue detenido; la ubicación en condiciones de detención incomunicada del Sr. Suárez durante 36 días; la falta de una respuesta adecuada y efectiva a sus intentos de invocar las garantías judiciales internas, así como la no liberación del Sr. Suárez, o la ausencia de la intención de hacerlo por parte del Estado, en un tiempo razonable, así como de asegurarle que sería escuchado dentro de un tiempo igualmente razonable en la sustanciación de los cargos formulados en su contra.[115]

En su parte pertinente el informe de fondo de la CIDH dice que hay entre otros los siguientes hechos probados:

"…Del examen de los documentos, de declaraciones de los testigos, del informe del perito, así como de las manifestaciones del Estado y la Comisión en el curso de los procedimientos, la Corte considera probados los siguientes hechos:

> *a. el señor Rafael Iván Suárez Rosero* ***fue arrestado*** *a las dos y treinta horas del 23 de junio de 1992 por agentes de la Policía Nacional del Ecuador, en el marco de la operación policíaca "Ciclón", cuyo objetivo era "desarticular a una de las más grandes organizaciones del narcotráfico internacional", en virtud de una orden policial emitida a raíz de una denuncia hecha por residentes del sector de Zámbiza, en la ciudad de Quito, quienes manifestaron que los ocupantes de un vehículo "Trooper" se encontraban incinerando lo que, en apariencia, era droga (informe policial de la Oficina de investigación del delito de Pichincha de 23 de junio de 1992; declaración presumarial de Rafael Iván Suárez Rosero de 23 de junio de 1992; contestación de la demanda; testimonio de Rafael Iván Suárez Rosero);*

[115] CASO SUAREZ ROSERO.- CIDH

b. el señor Suárez Rosero ***fue detenido sin orden emitida por autoridad competente y sin haber sido sorprendido en flagrante delito*** *(manifestación del agente alterno del Estado en el curso de la audiencia pública; testimonio de Rafael Iván Suárez Rosero; boleta constitucional de encarcelamiento número 158-IGPP-04 de 22 de julio de 1992; Orden judicial que autoriza la detención preventiva, de 12 de agosto de 1992);*

c. el día de su detención, el señor Suárez Rosero rindió declaración presumarial ante oficiales de policía y en presencia de tres fiscales del Ministerio Público. ***En este interrogatorio no estuvo presente un abogado defensor*** *(declaración presumarial de Rafael Iván Suárez Rosero de 23 de junio de 1992; informe policial de la Unidad de Investigaciones Especiales de 7 de julio de 1994; oficio número 510-CSQ-P-96 del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito; testimonio de Rafael Iván Suárez Rosero; resolución de la Sala Primera de la Corte Superior de Justicia de Quito de 10 horas de 16 de abril de 1996, numeral séptimo);*

Estas entre otras violaciones a los derechos del debido proceso, por lo que la Corte impone al ecuador las sanciones respectivas y entre ellas:

Sobre la base de la información presentada y de las observaciones formuladas, la Comisión decide que en el caso de Iván Suárez el Estado de Ecuador no ha cumplido la obligación estipulada en el artículo 1 de la Convención de respetar y asegurar los derechos y libertades en ella establecidos.

2. La Comisión declara que en el caso actual el Estado del Ecuador ha violado y sigue violando el derecho de Iván Suárez a la libertad personal prevista en las cláusulas 1 a 6 del artículo 7; su derecho a un juicio imparcial en virtud del artículo 8.2, en general, y, específicamente de las cláusulas d y e. El Estado ha violado su derecho a un tratamiento humano, dispuesto en el artículo 5.1 y .2; y su derecho a la protección judicial, al amparo del artículo 25. El Estado también ha infringido el artículo 2 con respecto a la disposición excluyente del artículo 114 (sic) del Código Penal.

3. La Comisión condena la prolongada detención preventiva del Sr. Suárez y recomienda que el Gobierno:

a. adopte las medidas necesarias para su liberación sin perjuicio de la continuación de su juicio;

b. adopte las medidas efectivas que garanticen el procesamiento completo y expedito en este caso, y las medidas necesarias para asegurar que estas violaciones no se reiteren en el futuro;

c. inicie sin demora una investigación completa para determinar la responsabilidad por las violaciones en este caso;

d. conceda al Sr. Suárez una reparación por los daños sufridos; y

> *e.* ***adopte las medidas necesarias para enmendar el artículo 114 (sic) del Código Penal a efectos de cumplir con la Convención Americana y dar efecto pleno al derecho a la libertad personal.***

Como puede evidenciarse claramente, es precisamente en los casos de narcotráfico en los que más se vulneran las garantías básicas del debido proceso, acarreando luego nulidades procesales por haber actuado la prueba de una manera ilícita; esto da lugar a que se instauren contra el Estado demandas ante organismos internacionales, que en más de una ocasión han fallado imponiendo sanciones al Ecuador, tanto correctivas como económica, con el fin de salvaguardar los derechos de los ciudadanos.

CASO URRIOLA (LOJA)

6.3 Datos referenciales

JUZGADO: SEPTIMO DE LO PENAL DE MACARÁ

El caso en mención que pretendo analizar se inicia por un operativo que se realiza en el sitio "Linderos" perteneciente al Cantón Macará; por presunta denuncia reservada en torno a tráfico de droga, cuya RESOLUCION DE DAR INICIO A LA ETAPA DE INSTRUCCION FISCAL en su parte pertinente dice:

6.4 Versión del caso

"FISCALIA DE LO PENAL DE MACARA:

Macará, junio 15 del 2006, a las 10H00.- Por el Parte Policial Informativo elevado a mi autoridad el 14 de junio del 2006, suscrito por el Mayor de Policía Edison Sulca Mosquera, Jefe Provincial Antinarcóticos de Loja, según oficio número 0428-JPSL-7; llego a tener conocimiento que luego de haber recibido una denuncia reservada en torno a tráfico de droga en el Cantón Macará, conjuntamente con los señores clases: Víctor Elizalde, Cbo. José Ramírez, Willan Rojas, Alberto Zapata, Marcos Maldonado, Juan Largo y Jhofre Armijos, se trasladaron al barrio "Linderos" con el fin de realizar un OBI y en lo posible aprehender a los ciudadanos en esta labor ilícita.- Alas 11h45 ingresaron por una guardarraya y luego de obtener información de la gente del lugar se dirigieron al domicilio de Urriola Ato, en donde posiblemente se embodegaba droga desde donde se la trasladaba hacia diferentes sitios del país; con su llegada se dan a la fuga pero logran capturarlos, uno de ellos portaba un fusil, los que responden a los nombres de Galo Kléber Reyes Jiménez, Daniel Miguel Orellana Rivera, quienes portaban dos armas de fuego, pistolas marca Prieto Beretta con dos alimentadoras cada uno; Jaime Vicente Urriola Ato, Walter Eduardo Urriola Ato; y la señora Mónica Elizabeth Carangui Paredes, de posiblemente 17 años de edad.- Del registro del domicilio se recolectaron varias evidencias, una escopeta, dos vehículos y una motocicleta; así como otras evidencias, las que hacen presumir que en el lugar se acopiaba droga por la presencia de residuos en diferentes lugares, como envases, la que era sacada en sus envolturas para posteriormente ser moldeada en los envases encontrados en el lugar, con la utilización de mascarillas con filtros de aire y luego ser pesadas con balanzas de precisión y ser nuevamente embaladas utilizando cintas de

embalaje, rollos de fundas plásticas y otros objetos encontrados.- **Según Daniel Orellana** fueron alertados por radio portátil de la presencia de miembros policiales, por un ciudadano que se encontraba vigilando a 150 metros por lo que intentaron darse a la fuga.- Mientras realizaban el OBI antes de ingresar al lugar, salía un vehículo, camioneta color azul marca Ford conducida por Tuesman Urriola Ato, que llevaba el dinero y una balanza para comprar droga; así mismo de la guardarraya salió otro vehículo marca Toyota, Jeep Prado, color Rojo, el que fue perseguido e interceptado en Vici conducido por Eulogio Galvez Avalos, al revisar su vehículo se puso nervioso, luego alterado dijo que tenía mucho dinero y que no andaba metido en esas cosas, que toda la noche había pasado con Jaime Urriola, incluso tomaba contacto con un capitán, indicándole que en ese momento pretendían revisarlo y que posiblemente trataban de inculparlo de tenencia de droga como había sucedido en otra ocasión.- **por versión de la menor detenida,** Tuesman Urriola y Gálvez son los cabecillas de esta organización delictiva; por esta razón solventaban los gastos de alimentación en el lugar, exigiendo a la menor que prepare los alimentos para todas las personas que se encontraban en el domicilio; según la misma Carangui esta actividad la practicaban hace tres meses y que efectivamente en el lugar se acopia droga para posteriormente enviarla fuera de la provincia, también ha observado grandes cantidades de dinero junto con la droga.- Por las graves y precisas presunciones de responsabilidad en la comisión del **delito flagrante de TRAFICO ILICITO** de posible sustancia estupefaciente y psicotrópica, delito previsto y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en vigencia, en los prenombrados detenidos,

RESUELVO DAR INICIO A LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN FISCAL en contra de Jaime Vicente y Walter Urriola Ato, Walter Eduardo Urriola Ato, Galo Kléber Reyes Jiménez, Daniel Miguel Orellana Rivera y la **presunta menor Mónica Elizabeth, contra quien de probarse su minoría de edad por no ser sujeta de delito o inimputable, sometidos a medidas socio educativas, de conformidad con el Código de la Niñez y la Adolescencia, por mi calidad de Procurador de adolescentes infractores, conforme a lo prescrito en el Art. 305 y 306 del cuerpo de leyes enunciado, iniciaré la instrucción fiscal respectiva en cuaderno preprocesal separado.-** al efecto póngase a disposición de los imputados, de los ofendidos y sus defensores, todo el expediente organizado y todas las evidencias, incluyendo las de naturaleza exculpatoria, conforme al inc. Final del Art. 217 del Código Adjetivo penal.- Los imputados nombren sus abogados defensores y señalen domicilio judicial.- Practíquese las siguientes diligencias: A) El reconocimiento de la escena de la infracción con la concurrencia de la perito Srta. Beatriz Valle Calderón; B) **recíbase las versiones de los infractores y de las personas que tengan conocimiento del hecho ilícito que se investiga**; C) Ofíciese al señor Presidente de la H. Corte Superior de Justicia de Loja, para que disponga que los Juzgados y Tribunales de los Penal de Loja, confieran sendas certificaciones sobre los antecedentes penales de los presuntos narcotraficantes; D) Practíquese el análisis químico de la sustancia aprehendida, conforme lo previsto en el Art. 118 de la codificación de la ley de sustancias estupefacientes psicotrópicas, con la concurrencia de un perito para lo cual se nombra a la Dra. María Marlene Álvarez Gálvez (teléf.……) a quien se la

posesionará conforme a ley; E) por cumplidos los requisitos del Art. 120 del mismo cuerpo de leyes en vigencia, y con el objeto de garantizar la comparecencia de los imputados al proceso y asegurar el cumplimiento de las medidas cautelares personales, toda vez que median los presupuestos de indicios suficientes sobre la existencia del delito de acción pública: **tráfico de posible droga (cocaína);** indicios claros y precisos de que los detenidos son los autores en la comisión del delito, ante la flagrancia del mismo en los términos del Art. 162 del mismo cuerpo de leyes , 77 de la codificación de la ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; que trata de delitos sancionados con penas superior a un año **solicito a UD se sirva dictar la prisión preventiva** de los presuntos traficantes; así como las medidas reales y la inmovilización de las cuentas monetarias y bancarias y de las acciones y participaciones sociales. F) **Previa a la recepción del testimonio preprocesal e indagatorio de los imputados** conforme a lo preceptuado en el Art. 84 del Reglamento de aplicación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, **precédase al exámen del estado físico de los mismos** y el Forense del CONSEP Dr. Miguel Brito Aguirre emita su informe en el término de cinco días a partir de su posesión, G) procédase conforme a lo previsto en el Art. 121 del mismo cuerpo de leyes enunciado, a la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización verificando la integridad de la envoltura y la identidad de la sustancia, el peso neto, y el peso bruto; así como el depósito en el CONSEP de todo lo aprehendido cuyo inventario consta en el parte policial y la posible sustancia estupefaciente y psicotrópica específicos, todo lo cual quedará a mis ordenes para la verificación de la prueba material de la infracción; así como el

resto de evidencias; Notifíquese a los imputados en el Centro de Rehabilitación Social de Loja…."

6.5 FALLO JUDICIAL.

En el auto de llamamiento a juicio se establece que "…la conducta de los imputados se adecua a los previsto en el Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, como es el tráfico ilícito de drogas; así como a la conducta señalada en el Art. 62 es decir tenencia y posesión ilícitas…"

Al absolver la consulta la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Loja establece que se **detecta irregularidades cometidas en la tramitación de la instrucción fiscal** entre las que se menciona **a)** el hecho de que la menor haya ingresado a la Unidad De Rehabilitación De Menores sin boleta de internamiento puesto que la misma no fue enviada oportunamente, por lo que dicen, se evidencia negligencia del Fiscal, el Juez y Secretario de Juzgado; **b)** de autos no existe partida de nacimiento que acredite la minoría de edad de Mónica Elizabeth Caranqui Paredes, ni razón suficiente de que se ha iniciado otro proceso; **c)** no se ha practicado el reconocimiento de las armas incautadas.

Dentro de la Etapa del Juicio que se tramitó en el 2do Tribunal Penal de Loja el 31 de mayo del 2007, se desarrollo la audiencia Pública de Juzgamiento y el 12 de junio del año 2007 se DICTA SENTENCIA CONDENATORIA la misma que en su considerando DECIMO, dice: "El señor Agente Fiscal luego de las exposiciones que

creyó convenientes hacer, manifestó que la situación jurídica en cuanto a la tipificación del delito, la Sala de lo Penal los acusa con los Arts. 60 y 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópica, que ESTAS DOS FIGURAS HAN DESAPARECIDO, **NO SE LES ENCONTRO DROGA** e invocando entre otras normas los artículos 116, 102 y 123 de la indicada ley y los artículos 36, 162 y 194 del Código de Procedimiento Penal, CONCLUYE ACUSANDO A LOS IMPUTADOS COMO AUTORES DEL DELITO CONTEMPLADO en el Art. 58 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas…"

La sentencia subida en grado a la Sala de lo Penal confirma la sentencia REFORMANDOLA EN EL SENTIDO DE QUE LOS SENTENCIADOS SON RESPONSABLES DEL DELITO DE TRAFICO DE DROGAS PREVISTO Y SANCIONADO POR EL ART. 60 DE LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS.

ANALISIS DEL INICIO DE INSTRUCCIÓN FISCAL

El operativo se realiza aproximadamente a las 11H45 del 14 de junio del 2006; en "Linderos" – Macará-

- El parte recibido por el Fiscal del Distrito de Loja con sede en Macará el 15 de junio del 2006 a las 08H57.
- El mismo día 15 de junio del 2006 a las 10HOO, se emite la RESOLUCION DE DAR INICIO A LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN FISCAL."; ordenándose además que se realicen las diligencias que constan a fs. 6 de autos. (transcrito anteriormente)

- De las constancias procesales no existe la orden de allanamiento emitida por el Juez de Macará ni por ningún otro Juez
- Recién el la resolución de inicio de instrucción fiscal se ordena que se reciban las versiones de los imputados; si se lo hizo antes, ¿cuando y en donde se realizaron? Contaron con la presencia de un Abogado defensor tal como lo establece la Constitución Política en las normas de las garantías básicas del debido proceso?

Si el operativo se realiza a las 11H45 minutos del 14 de junio del 2006, y el parte se envía al siguiente día en la mañana al Fiscal, quien emite su Resolución de dar Inicio a la Etapa de Instrucción Fiscal al el 15 de junio del 2006 a las 10 de la mañana (21horas 45minutos después del operativo), la misma que es notificada al Juez a las 15H00 del 15 de junio del 2006 (27 horas 15minutos después del operativo) cabe preguntarse:

1. A que hora se emitió la orden de allanamiento si el Juez tuvo conocimiento del hecho 27 horas con 15 minutos después del operativo?
2. Estuvo presente el Fiscal en el operativo? En la Instrucción Fiscal no se dice nada al respecto, sin embargo, en el parte policial consta claramente al final del segundo párrafo que "…hasta el lugar llegó posteriormente mi capitán acompañado del Sr. Fiscal Dr. Sagbay con quien se efectuó las diligencias correspondientes) **Es claro entonces que el Fiscal llegó después de que ya concluyó el operativo tal como se relata en el parte policial;**

inclusive luego de que los detenidos fueron interrogados por la policía; y, no hubo orden de allanamiento del lugar.

3. Recién en la Resolución de Inicio de Inicio de Instrucción Fiscal se ordena que se recepten las versiones de los imputados; entonces ¿porque se hace mención para fundamentar la resolución a las versiones que han dado dos de los "detenidos" si no estaban aún ordenadas, entre ellos la de una menor que no tiene validez por no estar legalmente representada tal como lo determina el Art. 127 del Código de Procedimiento Penal?; **estos detenidos estaban asistidos por un Abogado tal como lo establece la Constitución Política (art. 24 # 5)? Evidentemente no, pues fueron interrogados en el mismo lugar de la detención, puesto que el parte se entregó al día siguiente en la mañana a la Fiscalía.**

4. Recién **un mes después** o sea el 14 de julio del 2006 se receptan las declaraciones de los imputados en las que se acogen al Derecho al Silencio

5. En dónde y en que condiciones se encontraba la menor de edad desde el momento de su detención? que según se establece de las constancias procesales estaba con una niña en brazos?. En el parte policial se dice que estaba "aislada".. ¿en donde estaba aislada?, si consta de autos que fue llevada a la Unidad de Rehabilitación de menores el 16 de junio? (2 días después del operativo)

ANALISIS DE LAS CONSTANCIAS PROCESALES:

- A fs. 11 comparecen los imputados autorizando a su Abogado Defensor e indicando en su escrito inicial que al realizarse el allanamiento "…se introdujeron en la vivienda donde nos encontrábamos y procedieron a golpearnos e insultarnos, sin importar los menores de edad y mujeres que se encontraban en el domicilio, aduciendo que somos narcotraficantes…"
- A fs. 231 del Proceso consta el oficio dirigido por el Dr. Guillermo Sagbay al Jefe de la Policía Judicial de Loja, solicitándole "…se sirva instruir al personal a su cargo para que proceda con la aprehensión de la presunta menor MONICA ELIZABETH CARANGUI PAREDES, sobre la cual pesa dicha medida cautelar y fue puesta en libertad por el señor Director de la Unidad de Rehabilitación de menores Mixta de Loja Dr. Lindbergh Naranjo Jiménez ante la ausencia de boleta de internamiento al no ser enviada oportunamente por los funcionarios del Juzgado Séptimo de lo Penal de Loja, con sede en Macará".- La funciones que cumple tanto el Agente Fiscal como el Juez de lo Penal están claramente determinadas en la Constitución Política de la República y en el Código de Procedimiento Penal, y si bien es cierto que el Agente Fiscal tiene a su cargo a la Policía Judicial, y a la vez ésta debe "…recibir y cumplir ordenes que impartan el Fiscal y el Juez competente.." El Fiscal no puede ser el quien disponga que se proceda a la aprensión de la menor; pues el Fiscal debe solicitar al Juez que la disponga pues "nadie podrá ser privado de su libertad sino por orden escrita del Juez competente en los casos y con las formalidades prescritas por la ley.."

- Recién el 02 de agosto del 2006 (49 días después del operativo) se resuelve por parte de la Fiscalía practicar el reconocimiento del estado físico de los Imputados, diligencia que sin embargo, no se llevó a efecto
- Del análisis realizado a las muestras se determina que la sustancia encontrada es cocaína y la cantidad obtenida son 28 gramos recogida de los residuos de las fundas entregadas
- En las declaraciones de los policías que intervinieron en el operativo se desprende que "..no detuvieron a uno de los coimputados Eulogio Galvez porque no se encontraron evidencias..", como tampoco las encontraron en el domicilio de los Urriola.
- En la Audiencia Preliminar los Abogados de los imputados reclaman en forma reiterativa sobre las cuestiones de procedibilidad durante la etapa de Instrucción Fiscal hayan existido varias irregularidades y vicios de procedimiento que afectan la validez del proceso como la negativa de reconstrucción de los hechos por parte del señor Agente Fiscal; la falta de notificación a las partes para concurrir en el momento en que los agentes rinden su versión, por lo que no pudieron ser repreguntados; la falta de envío de un deprecatorio a la ciudad de Milagro para que se tomen las versiones de algunas personas a favor de uno de los imputados, dejándolo en la indefensión; por lo que se solicita la nulidad de lo actuado.-
- El dictamen Fiscal es acusatorio por considerar que los imputados han infringido el Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y haberse justificado los prescrito en el Art. 85 del Código de Procedimiento Civil; sin

embargo de ello la supuesta droga no se encontrón en manos de ninguno de los imputados ni en su domicilio sino en una "casucha que está a más de 30 metros de su domicilio.

- En el auto de llamamiento a juicio se establece que "…la conducta de los imputados se adecua a los previsto en el Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, como es el tráfico ilícito de drogas; así como a la conducta señalada en el Art. 62 es decir tenencia y posesión ilícitas…"

- Al absolver la consulta la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Loja establece que se **detecta irregularidades cometidas en la tramitación de la instrucción fiscal** entre las que se menciona **a)** el hecho de que la menor haya ingresado a la Unidad De Rehabilitación De Menores sin boleta de internamiento puesto que la misma no fue enviada oportunamente, por lo que dicen, se evidencia negligencia del Fiscal, el Juez y Secretario de Juzgado; **b)** de autos no existe partida de nacimiento que acredite la minoría de edad de Mónica Elizabeth Caranqui Paredes, ni razón suficiente de que se ha iniciado otro porceso; **c)** no se ha practicado el reconocimiento de las armas incautadas.-

- Dentro de la Etapa del Juicio que se tramitó en el 2do Tribunal Penal de Loja el 31 de mayo del 2007, se desarrollo la audiencia Pública de Juzgamiento y el 12 de junio del año 2007 se DICTA SENTENCIA CONDENATORIA la misma que en su considerando DECIMO, dice: "El señor Agente Fiscal luego de las exposiciones que creyó convenientes hacer, manifestó que la situación jurídica en cuanto a la tipificación del delito, la Sala de lo Penal los acusa con los Arts. 60 y 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópica.., que ESTAS DOS FIGURAS HAN

DESAPARECIDO, **NO SE LES ENCONTRO DROGA** e invocando entre otras normas los artículos 116, 102 y 123 de la indicada ley y los artículos 36, 162 y 194 del Código de Procedimiento Penal, CONCLUYE ACUSANDO A LOS IMPUTADOS COMO AUTORES DEL DELITO CONTEMPLADO en el Art. 58 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas…"

- La sentencia subida en grado a la Sala de lo Penal confirma la sentencia REFORMANDOLA EN EL SENTIDO DE QUE LOS SENTENCIADOS SON RESPONSABLES DEL DELITO DE TRAFICO DE DROGAS PREVISTO Y SANCIONADO POR EL ART. 60 DE LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS

CONCLUSION

Si bien el Estado es el que determina que el NARCOTRAFICO se constituye en un hecho delictivo, tipificándolo a través de la norma Penal y la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que establece la sanción respectiva, y su juzgamiento por medio del Procedimiento Penal, la configuración de este ilícito genera los elementos criminógenos que crean al delito de Narcotráfico, debiendo configurarse las circunstancias de ser un acto típico, antijurídico y culpable.

Además las presunciones sobre el nexo causal entre la infracción y sus responsables para que sean valederas es necesario 1. Que la existencia de la infracción se encuentre probada conforme a Derecho; 2. Que la presunción se funde en hechos reales y comprobados y nunca entre otras presunciones; y, 3. Que

los indicios que sirvan de premisa a al presunción sean: varios, relacionados, unívocos y directos.

Sin embargo en este caso al haberse llamado a juicio a los imputados por un delito y condenárselos por otro, se evidencia que existe duda sobre los hechos ocurridos; y además se ha incurrido en una violación a la Constitución Política de la República del Ecuador en cuanto a las garantías básicas del Debido Proceso contempladas en los numerales 10. 14 y 17 del Art. 24; sin que se haya tomado en cuenta las normas establecidas en los artículos 272, 273, y 274 que reconoce a la Constitución como la Ley Suprema, privando a los acusados del derecho a la defensa por cuanto la defensa se preparó y se actuó en base los delitos tipificados en los artículos 60 y 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que sanciona los delitos de tráfico y tenencia de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; y no por el delito de elaboración, producción, fabricación o preparación de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas,

Lastimosamente los "delito por Narcotráfico" mediante la utilización del etiquetamiento el sistema policial y carcelario han contribuido a la estigmatización de determinados individuos y grupos sociales, pues esta clase de delitos son considerados como muy "delicado" y a la hora de dar su resolución los jueces no quieren "meter sus manos al fuego", se considera como norma general que "debe ser castigado" sea cual fuesen las circunstancias, con la finalidad de no manchar el "curriculum" de la carrera judicial de los jueces, dándole igual tratamiento sea que se trate de unos gramos o una tonelada.

Nuestro Código Penal es meramente inquisitivo y sancionador, encaminado y constituido en el mecanismo idóneo para consolidar el poder en el país, pues la Ley Penal responde a los intereses políticos que detentan el poder político y económico.

Si el Estado es responsable por las formas de procesamiento, en el caso analizado se evidencian varias violaciones durante el proceso que se han mencionado y que lesionan los Derechos Humanos de los imputados como el caso de la menor que fue "aislada" y separada de su hijo por varios días; la agresión física y psicológica de la que fueron víctimas los imputados al momento de la detención, es obvio que sólo se ha tomado en cuenta la conducta criminal que se está juzgando y se ha criminalizado a los imputados a través de las medidas de investigación en la instrucción que al incorporarse la prueba al momento del juicio, son conducidas por el Ministerio Público llegando posteriormente en la etapa del juicio a deformarse la realidad pues las evidencias que han sido indebidamente inducidas y por ende **se ha alterado la verdad en la prueba,** pues el delito no se encuentra totalmente configurado tal es así que el Fiscal manifestó que la situación jurídica en cuanto a la tipificación del delito no era clara puesto que la Sala de lo Penal los acusa con los Arts. 60 y 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que ESTAS DOS FIGURAS HAN DESAPARECIDO, **NO SE LES ENCONTRO DROGA** e invocando entre otras normas los artículos 116, 102 y 123 de la indicada ley y los artículos 36, 162 y 194 del Código de Procedimiento Penal, CONCLUYE ACUSANDO A LOS IMPUTADOS COMO AUTORES DEL DELITO CONTEMPLADO en el Art. 58 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y

Psicotrópicas…" Se ha vulnerado las garantías básicas del Debido proceso, especialmente el Derecho a la defensa de los imputados al cambiarse la figura delictiva, pues la defensa técnica fue preparada en base al auto de llamamiento a juicio por el delito tipificado y sancionado en los Arts. 60 y 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópica

Considero además que el proceso está viciado desde su inicio, pues de ninguna manera se justifica que hayan ingresado al domicilio de los sentenciados sin una orden de allanamiento, pues si se encontraban realizando un OBI (operación básica de inteligencia), ya conocían de un presunto delito y tuvieron tiempo para solicitar la orden de allanamiento al Juez, aunque luego se alegue que se trataba de un "delito flagrante", además no existe tal flagrancia porque no se encontró nada en manos de los imputados ni en su domicilio, el mismo fiscal lo reconoce en la audiencia de Juzgamiento; sin embargo de ello se puso prohibición de enajenar sobre un bien que es de propiedad de la madre de los imputados quien nada tiene que ver en el proceso ni es parte del mismo.

7.- DISCUSION

Al exponer el proyecto de investigación se formulo un objetivo general y cuatro específicos, al mismo tiempo que se estructuró la hipótesis y las sub hipótesis correspondientes, en los términos que constan precisados; y, a lo largo del desarrollo del trabajo de tesis, se han ido paulatinamente verificando los diversos objetivos e hipótesis, como paso a sintetizar en los siguientes términos:

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

El **Objetivo General** planteado fue:

"Realizar un estudio Doctrinario, Jurídico y empírico sobre la Constitucionalidad de la Prueba y su valoración en el Proceso Penal ecuatoriano en relación con la "Teoría del Fruto del árbol envenenado"

Este objetivo ha sido posible de verificar mediante el desarrollo de la revisión literaria, al abordar los temas sobre la Constitucionalidad de la prueba, la valoración de la prueba y la Teoría del Fruto del árbol envenenado, lo que me ha permitido establecer que esta teoría ha sido recogida en nuestra legislación desde la norma constitucional; por lo que es obligatorio para las partes procesales actuar con irrestricto respeto a las garantías básicas del debido proceso para que las pruebas obtenidas tengan plena validez dentro del proceso.

1 ***Identificar las tendencias doctrinales y componentes en la Ley Procesal Penal que permitan establecer los presupuestos del debido proceso y validez de las pruebas con especial referencia en la prueba ilícita.***

Este objetivo específico ha sido posible de verificar mediante el desarrollo de los ítem 3.7 que hace referencia a las garantías básicas del debido proceso; 3.9.3 que se refiere a la valoración de la prueba en el proceso penal; y, 3.9.4 sobre la prueba ilícita. Estos ítems han permitido identificar las tendencias doctrinales y los componentes constitucionales sobre el debido proceso, la valoración de la prueba y la identificación y tratamiento que debe darse a la prueba ilícita.

2 ***Evaluar la normativa procesal penal en el Ecuador en relación con la valoración de la prueba ilícita, identificando sus deficiencias fundamentales.***

Ha sido posible verificar este objetivo al desarrollar el marco jurídico, específicamente, al hacer el análisis de las normas jurídicas procesales que se refieren a la valoración de la prueba, de esta forma se ha podido establecer que existen deficiencias fundamentales en la valoración de la prueba cuando no se ha tomado en cuenta que al realizar las investigaciones se ha vulnerado normas del debido proceso; pues esta vulneración invalida las pruebas obtenidas y las vulve ilícitas.

3 ***Conocer, en qué medida la actuación del Juez de Garantías Penales, resulta coherente con lo previsto en la Constitución de la República del Ecuador; en***

la Ley Penal y su procedimiento; en la doctrina y jurisprudencia, al momento de valorar la prueba en los juicios de narcotráfico.

Este objetivo ha podido ser verificado al aplicar la encuesta, por medio de la pregunta Nº 3, pues se ha podido establecer que la actuación del juez es poco coherente con lo previsto en la constitución, la ley y la doctrina al momento de valorar la prueba en los juicios de narcotráfico.

4 ***Evaluar críticamente las tendencias en la jurisprudencia ecuatoriana en relación con la valoración de la prueba ilícita en los casos de narcotráfico.***

Se ha podido verificar este objetivo al plantear la pregunta Nº 5 de la encuesta, pues mediante la misma se ha podido conocer el criterio de los profesionales encuestados respecto de la valoración de la prueba, y de manera específica se ha podido evaluar críticamente cual es la tendencia en el ecuador, respecto a los casos de narcotráfico.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

A continuación hago mención a la forma como se ha contrastado la hipótesis y sub hipótesis planteadas en el proyecto de investigación:

HIPOTESIS

"La actuación de los jueces en el Proceso Penal Ecuatoriano en cuanto a la valoración de la prueba ilícita en los casos de delitos de narcotráfico en

algunos casos no ha sido coherente con lo previsto en la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Procesal Penal, incurriendo en la vulneración de las Garantías Básicas del Debido Proceso."

La hipótesis ha podido ser contrastada y confirmada ya que las respuestas obtenidas en la pregunta Nº 3 de la encuesta aplicada queda establecido que la actuación de los jueces en cuanto a la valoración de la prueba ilícita en los delitos de narcotráfico, no ha sido coherente con la constitución y la ley procesal, especialmente porque en este tipo de delitos se vulnera con más facilidad las garantías básicas del debido proceso, pues a decir de los entrevistados y de los casos analizados, se allana domicilios sin orden del juez competente, se trata de obtener declaraciones sin la presencia del abogado, e inclusive en uno de los casos analizados se detiene a una menor y no se la pone a órdenes de autoridad competente en el tiempo que determina la ley, esto demuestra que hay vulneración de normas del debido proceso que debe ser tomado en cuenta al valorar la prueba, con la finalidad de desechar aquella que haya sido obtenida de forma ilícita.

SUBHIPOTESIS

1. ***Los Jueces de Garantías Penales en el proceso ecuatoriano, en algunos casos no han valorado debidamente la prueba actuada en los delitos de narcotráfico inobservando el cumplimiento de las garantías básicas del debido proceso y la legalidad de la prueba.***

La sub hipótesis planteada ha podido ser contrastada al aplicar la encuesta a los profesionales, y también al desarrollar el análisis de procesos, de ello se desprende que hay algunos casos en los que los Jueces de Garantías Penales no han valorado debidamente la prueba actuada, especialmente aquella practicada en los delitos de narcotráfico, por ello se ha pasado como válidas algunas pruebas obtenidas con vulneración a las garantías básicas del debido proceso, cuando lo correcto hubiese sido que no sean tomadas en cuenta por ser ilegales.

2. ***La prueba actuada en los delitos de narcotráfico con frecuencia se realiza sin observar las garantías básicas del debido proceso por lo que debe valorarse desde su inicio, y declararse la ilegalidad y su ineficacia probatoria por parte de los Jueces de Garantías Penales***

Esta sub hipótesis se contrasta con las respuestas obtenidas en la tercera y cuarta pregunta de la encuesta y también con los procesos analizados, de los que se desprende que en los delitos de narcotráfico con frecuencia se obtiene pruebas ***sin observar las garantías básicas del debido proceso,*** inclusive ello ha dado lugar a que luego éstos al ser impugnados, la Corte Nacional obteniendo fallo favorable a los procesados.

7.3. FUNDAMENTACION JURÍDICA

Los Derechos Humanos son considerados como normas supranacionales; a partir de su declaración se establecieron entre otros, los derechos de toda persona

que está siendo procesada, con la finalidad de que se respete su dignidad humana durante todo el proceso.

En materia de Jurisprudencia internacional continental, la Corte Interamericana de Justicia, de acuerdo con el artículo 8.2 de la Convención, ha determinado la exigibilidad de que "*una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla*" [116].

El Pacto San José de Costa Rica en Europa, el Estatuto de Roma, en el artículo 69 prevé al tratar las Práctica de pruebas que "*7. No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando: a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él.*"[117]

La Constitución de la República del Ecuador que rige desde octubre del 2008 textualmente manifiesta en el art. 76 que "*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

[116] CORTE INTERAMERICANA DE JUSTICIA citada por NOGUEIRA ALCALA, Humberto. "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia". Ius et Praxis, 2005, vol.11, no.1, p.221-241.
[117] ESTATUTO DE ROMA.-

...4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria"... [118]

El mandato constitucional a que hago mención, hace referencia a las pruebas que hayan llegado al proceso violando, en su obtención y en su práctica, las normas constitucionales o legales establecidas para el debido proceso, por lo tanto se considera que no son válidas, esto es, carecen de la eficacia jurídica. Son actos procesales nulos porque carecen de la fuerza jurídica que sólo las pruebas obtenidas y actuadas conforme a los mandatos constitucionales y legales la tienen.

No se trata de la inexistencia jurídica de un acto procesal, sino de la nulidad de un acto procesal revestido con ilegalidades en su obtención o práctica. El acto existe, pero carece de eficacia jurídica por los vicios que ostenta en su introducción y práctica. No se necesita un pronunciamiento expreso que declare su nulidad, basta con haber vulnerado el mandato constitucional que estamos examinando, obtenida o practicada la prueba en contra de los mandatos constitucionales o legales, *ipso jure,* es ineficaz jurídicamente. Los vicios de introducción y actuación de la prueba fulminan de manera inmediata la eficacia jurídica del acto, sin necesidad que medie una sentencia que declare nulo el acto. El juez no puede asumirlo y valorarlo porque constitucionalmente carece de valor, *"no tiene validez alguna"*

Esta norma constitucional obliga a que los actos que se practiquen para la obtención de prueba sean eficaces y sirvan de sustento para el fallo que va a emitir

[118] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.- Art. 76 numeral 4

el Tribunal Penal luego de valorar las pruebas en la etapa del juicio; caso contrario y tal como lo determina el Código de Procedimiento Penal en el artículo 80, la prueba carecería de eficacia probatoria, pues "*Toda acción pre procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.*"[119]

También el artículo 83 de la misma norma jurídica hace referencia a la legalidad de la prueba en los siguientes términos: "*la prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de éste Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito.*"

Es fundamental para el proceso que todas los funcionarios que intervienen en la investigación conozcan y respeten las garantías básicas del debido proceso, absteniéndose de realizar actos que atenten contra su validez y eficacia probatoria, de lo contrario no podrá ser utilizada la prueba obtenida, tal como lo proclama la teoría del fruto del árbol envenenado que establece que "*si se utilizan medios*

[119] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO

ilegales para conseguir un fin, ese fin, una vez conseguido y por bueno y justo que sea, no tendrá validez alguna porque será tan ilegal como los medios".[120]

Los funcionarios a cargo de la investigación, sean éstos Fiscales, miembros de la Policía Judicial, o de grupos especiales conocen perfectamente cuales son las reglas a seguir en el desarrollo de una investigación, por lo tanto es obligación que una vez conocido el hecho se inicie la cadena de custodia , cuya importancia radica en que se constituye en el "*procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad para los efectos del proceso…"* [121]

De la actuación y los actos realizados en esta etapa del proceso, depende que se aporte al proceso pruebas idóneas que no dejen ninguna duda al juzgador, que tengan la eficacia probatoria que se requiere para que ninguna persona culpable pueda ser absuelta, y se pueda establecer la responsabilidad o inocencia del procesado, pues no existe verdad sin prueba, y lo que necesita el juzgador es tener elementos que permitan fundamentar su fallo sin incurrir en error judicial.

[120] Teoría del fruto del árbol envenenado.
[121] Manual de Cadena de Custodia.

8. CONCLUSIONES

Al concluir el trabajo de investigación he podido arribar a las siguientes conclusiones:

1. El proceso penal es el medio con el que cuenta la justicia para resolver la situación jurídica de una persona, ratificando al final del mismo su inocencia o declarando su responsabilidad y aplicando la ley penal en cada caso concreto.

2. Las actuaciones de los jueces, fiscales y miembros de la Policía se encuentran establecidas en la constitución y la ley y se basan en el respeto de los derechos humanos y la dignidad humana de la persona.

3. La obligación de todos los funcionarios que participan en la investigación de un delito es iniciar de manera inmediata la cadena de custodia para garantizar la plena validez de los elementos de prueba encontrados.

4. Las pruebas obtenidas y presentadas en el juicio, deben ser valoradas por los miembros del Tribunal de Garantías Penales, analizando minuciosamente el cumplimiento de las normas constitucionales y el respeto a los derechos humanos de los procesados

5. Se ha determinado que en las investigaciones realizadas en los delitos de narcotráfico frecuentemente se vulneran las garantías básicas del debido proceso por cuanto los investigadores y más funcionarios que intervienen descuidan la observancia las normas del debido proceso al tratar de obtener

evidencias de forma apresurada, así allanan domicilios sin orden judicial o tratan de obtener versiones fuera del lugar y sin la presencia del abogado.

6. De los casos analizados se establece que la vulneración de los derechos de las personas procesadas ha dado lugar inclusive a demandas ante la CIDH, acarreando como consecuencia que el Estado ecuatoriano deba responder y pagar indemnizaciones millonarias a los afectados.

7. En el caso Suarez Rosero, que se propuso ante la CIDH y que se inicia a partir del operativo Ciclón, además de la indemnización económica que se impone al Estado ecuatoriano también se impone la obligación de reformar el art. 114-A del Código Penal, ya que desconocía el derecho a la libertad de quienes estaban siendo procesado por delitos de narcotráfico y "*que hubieran permanecido sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura a plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido en el Código Penal como Pena máxima.*." o sea, se lo otorgaba a todas las demás personas excepto a los encausados por delitos sancionados por la ley sobre Sustancias estupefaciente y psicotrópicas.

En base a las conclusiones anotadas, me voy a permitir realizar las siguientes recomendaciones:

9. RECOMENDACIONES

1. El Juez de Garantías Penales como garantista del proceso penal, debe cuidar celosamente de que el proceso se desarrolle dentro del estricto cumplimiento de las garantías básicas del debido proceso.

2. Todo proceso penal debe regirse a las normas constitucionales establecidas para un "debido proceso", con la finalidad de que las actuaciones realizadas dentro del mismo tengan plena validez y sirvan de sustento en el fallo judicial que va a emitir el juez.

3. Las investigaciones realizadas por los diferentes organismos encargados de hacerlas deben realizarse con observancia irrestricta de las normas del debido proceso con la finalidad de que el trabajo realizado aporte la prueba necesaria para ser valorada en el etapa del juicio.

4. Los miembros del Tribunal de Garantías penales al valorar la prueba presentada en el juicio, tienen la obligación de desechar aquellas obtenidas con violación a la constitución o la ley, pues si tiene origen ilícito carecen de valor probatorio.

5. Todos los funcionarios encargados de la investigación pre procesal y procesal penal, deben obtener previamente las autorizaciones judiciales que se requieran para realizar los actos judiciales tendientes a la obtención de evidencias, y emplear medios de prueba que garanticen su plena validez en el proceso

10. BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

- ABARCA G. Luis.- ***Fundamentos Constitucionales del Sistema Procesal Oral Ecuatoriano.-*** Quito- Ecuador.- Enero 2006.
- ABARCA GALEAS LUIS.- ***Lecciones de Procedimiento Penal***.- CSJ.- 2006
- ALVARADO VELLOSO Adolfo.- ***El debido proceso de la Garantía Constitucional***
- ANGULO González, Rubén Darío.- ***Cadena de Custodia en Criminalística***.- Ediciones Doctrina y Ley Ltda.- Bogotá Colombia.- 2005.
- BINDER, Alberto.- ***Ideas y materiales para la reforma de la Justicia Penal***.- ad-hoc.- Buenos Aires
- CABANELLAS, Guillermo.- ***Diccionario Jurídico Elemental***.- Editorial Heliasta S.R.L. 2002
- CARRARA, Francisco.- ***Programa del curso de derecho criminal***.- Edit. Universidad Externado de Colombia.- 1986.
- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO CASTELL.- Tomo I, Edit..Castell.- Madrid-España.-2004.
- DICCIONARIO JURIDICO OMEBA.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA.- Versión digital.- Tomo P.- 2009
- GOLDSTEIN, Raúl.- ***Diccionario de Derecho Penal y Criminología***.- Edit. Astrea, Argentina, 1989.

- JAUCHEN, Eduardo.-***Tratado de la prueba en material penal***.- Rubinzal Culzoni Editores.-Buenos Aires.-2002
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.- ***La ley y el delito***.- 21ava. Edición.-Edit. Harla.- México.
- LOPEZ Calvo, Pedro y GOMEZ Silva, Pedro.-***Investigación Criminal y Criminalística***.- Temis.
- REY LÓPEZ, Manuel.- ***El Delito y la Pena***.- Edit., Orbe, México.- 1989
- ROCHA Degreef, Hugo.- ***Las presunciones e indicios como medio u objeto de prueba***.- Editorial Ediar.- Buenos Aires 1997.
- ROSAS, Yataco.-***La Reforma del Proceso Penal Peruano***.- Anuario de Derecho Penal 2004.- Editorial Astrea. Lima-Perú
- URIARTE Valiente, Luis M. y Farto Piay, Tomas.- ***El proceso penal e***spañol. – Jurisprudencia Sistematizada, La Ley.- Grupo Wolters Kluwer Espana S.A. - Nueva Imprenta, Madrid.- 2007.
- ZAMBRANO Pasquel, Alfonso.- ***La prueba ilícita en el proceso penal.***
- ZARATE MILTON.- ***Fases de la Investigación Criminal***.- Maestría en Ciencias Penales.- UNL.- 2009.
- ZARATE Barreiro, Milton.- ***Táctica y Metodología Criminalística***.- Nivel de Post Grado de la UNL.- 2009
- ZARATE, Milton.- ***Técnica Criminalística***.- Universidad Nacional de Loja.- 2008.
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge.- *Tratado de Derecho Procesal Penal*.- Editorial Edino.- Tomo I- II-III

NORMATIVA LEGAL

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008
- CODIGO PENAL
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL 2012
- LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS
- REGISTRO OFICIAL Nº 156.- "Manual de Cadena de Custodia".- 27 de agosto del 2007.-
- ASAMBLEA NACIONAL.- ***Código Orgánico de la Función Judicial***.- marzo de 2009
- ESTATUTO DE ROMA
- PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA.

REVISTAS Y PUBLICACIONES

- DIARIO EL UNIVERSO Domingo 21 de junio del 2009 Guayaquil, Ecuador
- http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/caso-ciclon-ii%C2%85-en-absolucion-515708.html

MATERIAL CONSULTADO EN INTERNET

- **Microsoft ® Encarta ® 2009**. © 1993-2008 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos
- **ARBUROLA Valverde, Allan.-** Prueba ilícita o espúrea en materia penal.- http://www.monografias.com/trabajos76/prueba-ilicita-espurea-materia-penal/ prueba-ilicita-espurea-materia-penal.shtm
- GARCIA Falconí, José.- *El recurso de Nulidad en materia penal.-* http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6368:el-recu
- www.derecho.com.- *El Juez de Garantías Penales*.- mayo 2011
- http://eem.policiaecuador.gob.ec/fileadmin/eem-repositorio/biblioteca/MODELO_DE_INVESTIGACION_DEL_DELITO_01.pdf
- http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx
- http://www.google.com.ec/nj.org/portal/index.php?option=com_docman&task..- *Valoración de la Prueba*.- 16 enero 2012
- www.alfonsozambrano.com en el link CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR
- http://www.geocities.com/teoriadeldelito/tde13delito.htm.-Ermo.- Elementos constitutivos del delito. [En Línea] Disponible en: www.enj.org. [16 de enero 2013]

http://www.geocities.com/teoriadeldelito/tde13delito.htm

ANEXOS

ENCUESTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
NIVEL DE POST GRADO
MAESTRIA EN CIENCIAS PENALES

Con el objeto de obtener mi título de Magister en Ciencias Penales, estoy realizando un trabajo investigativo con el título "**CONSTITUCIONALIDAD Y VALORACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL Y DELITOS DE NARCOTRÁFICO EN EL ECUADOR**", por lo que comedidamente le solicito que se sirva dar respuesta a las preguntas que a continuación le planteo, agradezco su gentil colaboración.

1. Considera que en los Procesos Penales se observan de manera irrestricta las Garantías Básicas del Debido Proceso?

SI ( ) NO ( )

PORQUE?.....
.....

2. En qué medida considera Ud. que la actuación del Juez de Garantía Penales es coherente con lo previsto en la Constitución de la República del Ecuador, la ley Penal y su procedimiento; en la doctrina y jurisprudencia, al momento de valorar la prueba en los juicios de narcotráfico?

Muy coherente ----------

Poco coherente ----------

Se vulneran las garantías del debido proceso ----------

PORQUE?.....
.....

3. Con frecuencia en las investigaciones y operativos policiales ejecutados en los delitos de narcotráfico que se mencionan a continuación, se vulneran las garantías constitucionales:

	SI	NO
Órdenes de allanamiento	…….	……..

Interrogar a los sospechosos	…….	…….
Recolección de evidencias	……	…….
Cadena de custodia	…….	…….

4. Considera Ud. que el Juez de Garantías Penales, desde su inicio, debe valorar de oficio la prueba, y declarar la ilegalidad e ineficacia probatoria, en caso de advertir algún acto violatorio a las garantías constitucionales en su obtención?

   SI ( ) NO ( )

   PORQUE?.....
   .....
   .....

5. La teoría del Fruto del Árbol envenenado que muchos países acogen en su legislación para valorar la prueba obtenida en el proceso, establece que" ***si se utilizan medios ilegales para conseguir un fin, ese fin, una vez conseguido y por bueno y justo que sea, no tendrá validez alguna porque será tan ilegal como los medios***."; teoría que es coherente con las disposiciones constitucionales vigentes en nuestro país. Considera Ud. que se toma en cuenta esta teoría al momento de valorar las pruebas en un proceso penal por delitos de narcotráfico?

SI ( ) NO ( )

PORQUE?.....
.....
.....

Gracias por su colaboración

INDICE:

Portada i

Autorización ii

Autoría iii

Agradecimiento iv

Dedicatoria..... v

Tabla de Contenidos vi

1. TITULO 1

2. RESUMEN 2

2.1 ABSTRACT 4

3. INTRODUCCIÓN 6

4. REVISIÓN DE LITERATURA 9

4.1. MARCO CONCEPTUAL 9

4.1.1. EL PROCESO PENAL 9

4.1.1.1. EL PROCESO PENAL INQUISITIVO 11

4.1.1.2. EL PROCESO PENA ORAL 14

4.1.2. SUJETOS PROCESALES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO PENAL 16

4.1.2.1. EL FISCAL 17

4.1.2.2. EL OFENDIDO 21

4.1.2.3. EL PROCESADO 23

4.1.3. EL PAPEL DEL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES 24

4.1.4. ETAPAS DE INVESTIGACIÓN DEL DELITO 26

4.1.5. DERECHOS HUMANOS 37

4.1.5.1. OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO 41

4.1.6. DERECHOS DE PROTECCIÓN 43

4.1.7. GARANTÍAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO 44

4.1.7.1. EL DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO

Y EL ALLANAMIENTO DE DOMICILIO 49

4.1.7.2. LA ORDEN JUDICIAL 52

4.1.8. LA CADENA DE CUSTODIA 53

4.1.8.1. IMPORTANCIA DE LA CADENA DE CUSTODIA

EN EL PROCESO PENAL 55

4.1.8.2. INTEGRANTES DE LA CADENA DE CUSTODIA 57

4.1.9. LA PRUEBA 64

4.1.9.1. EVOLUCIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA 66

4.1.9.1.1. LAS ORDALIAS 66

4.1.9.1.2. LA CONFESIÓN 67

4.1.9.1.3. LA PRUEBA TESTIMONIAL 69

4.1.9.1.4. LA PRUEBA INDICIARIA 70

4.1.9.2. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA 72

4.1.9.3. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL 75

4.1.9.4. LA PRUEBA ILÍCITA 82

4.1.9.5. EL PROCESO VICIADO 86

4.1.10. NULIDADES PROCESALES 92

4.1.11. EL DELITO 96

4.1.11.1.1. ELEMENTOS DEL DELITO 98

4.1.12. EL DELITO DE NARCOTRÁFICO 101

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. LA INVEST CRIMINAL EN LOS DELITOS DE NARCOTRAFICO..... 105

4.2.1.1. TECNICAS DE INVESTIGACION EN EL NARCOTRAFICO 107

4.2.2. LA TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO ……..
ORIGEN Y ANTECEDENTES …… 111

4.2.3. FUNDAMENTO DE LA TEORÍA DEL FRUTO DEL
ÁRBOL ENVENENADO …….. 112

4.2.4. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU INCIDENCIA EN
LOS PROCESOS DE NARCOTRÁFICO …….. 115

4.3. MARCO JURIDICO

4.3.1. ANÁLISIS DEL ART. 76# 4 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR …….. 120

4.3.2. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES TRATADOS Y
CONVENIOS INTERNACIONALES QUE IMPONEN RESPETO
A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PROCESADOS ……. 123

4.3.3. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS: 79, 80, 81, 84 y 92 DEL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL …… 127

4.3.4. ANALISIS DEL ART. 114-A DEL CODIGO PENAL ……. 130

4.3.5. EXCLUSIÓN DE PRUEBAS EN LA AUDIENCIA
PREPARATORIA DEL JUICIO …… 134

4.3.6. LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS 136

4.3.7. LEGISLACIÓN COMPARADA EN CUANTO A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL 139

5. MATERIALES Y METODOS 149

5.1. MATERIALES 149

5.2. MÉTODOS 150

5.3. TÉCNICAS 152

6. RESULTADOS 154

6.1. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS 154

6.2. ESTUDIO DE CASOS 170

7. DISCUSIÓN 195

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS 195

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS 197

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA 199

8. CONCLUSIONES 204

9. RECOMENDACIONES 206

10. BIBLIOGRAFIA ……... 207

11. ANEXOS ……..……... 211

INDICE ……... 213