

## La vulneración del derecho a recurrir en la exclusión de medios de prueba en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio

### Infringement of the right to appeal in the exclusion of evidence at the evaluation and pre-trial hearings

Segundo Andrés Lucas Duche<sup>1</sup> ([slucasd@unemi.edu.ec](mailto:slucasd@unemi.edu.ec)) (<https://orcid.org/0000-0001-5523-163X>)

Valeria Anabelle Romero Alarcon<sup>2</sup> ([vromeroa3@unemi.edu.ec](mailto:vromeroa3@unemi.edu.ec)) (<https://orcid.org/0000-0001-7515-6198>)

### Resumen

El presente artículo ha tenido la finalidad realizar un estudio de la exclusión de medios de prueba en la audiencia preparatoria de juicio dentro de los procedimientos ordinarios en materia penal. De conformidad con la normativa vigente se ha llegado a colegir que no existe base legal para que se pueda impugnar la decisión que toma un juzgador cuando decide sacar de los medios de prueba, alguno que a su única consideración sea contrario a la ley o Constitución. Más allá que el juzgador sí debe realizar ese análisis como juez garantistas de derechos, no es menos cierto que, no permitir que sea revisada su decisión de excluir algún medio de prueba. Todo esto al amparo de lo preceptuado en la Constitución donde se indica la garantía de que se tendrá el doble conforme con el fin de que exista anuencia sobre una resolución por parte de varios juzgadores. Se ha logrado concluir que precisamente las vulneraciones radican en derechos constitucionales como el ya mencionado, pero a su vez, en el ejercicio del derecho a la defensa. Finalmente, también se ha dejado establecido que la tutela judicial efectiva queda coartada ante un hecho que no permite salvaguardar que sea el propio juzgador el que cometa una afectación determinante al proceso y a las partes procesales. Se ha sugerido una reforma en los articulados de la audiencia preparatoria de juicio y de impugnación.

---

<sup>1</sup> Universidad Estatal de Milagros, Ecuador

<sup>2</sup> Universidad Estatal de Milagros, Ecuador

## Abstract

The purpose of this article is to study the exclusion of evidence in the preparatory hearing in ordinary criminal proceedings. In accordance with the current regulations, it has been concluded that there is no legal basis to challenge the decision made by a judge when he decides to exclude from the means of evidence, any that in his sole consideration is contrary to the law or the Constitution. Beyond the fact that the judge must carry out this analysis as a judge who guarantees rights, it is no less true that his decision to exclude some means of evidence cannot be reviewed. All this under the protection of the provisions of the Constitution where the guarantee that there will be double conformity with the purpose that there is agreement on a resolution by several judges is indicated. It has been concluded that the violations lie precisely in constitutional rights such as the aforementioned, but also in the exercise of the right to defense. Finally, it has also been established that effective judicial protection is limited by a fact that does not allow safeguarding that it is the judge himself who commits a decisive affectation to the process and to the procedural parties. A reform has been suggested in the articles of the preparatory trial hearing and the impeachment hearing.

**Palabras clave:** medios de prueba, exclusión, impugnación, audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio

**Keywords:** means of proof, exclusion, challenges, evaluative and preparatory trial hearing

## Introducción

El procedimiento penal es un tipo de proceso particular puesto que durante su sustanciación se dirime la situación jurídica de una persona determinada, es decir, se investiga, analiza y decide si se logra enervar el estado de inocencia del que gozamos todas las personas. En ese sentido, el ius puniendi del Estado tiene un rango de acción evidenciable en el titular del ejercicio público de la acción penal, esto es, en el accionar investigativo que lleva a cabo la fiscalía. Durante esa investigación se realizan las diligencias investigativas que terminan decantando en medios de convicción que se agregan al expediente fiscal con el fin de acreditar los elementos de cargo y de descargo sobre el delito investigado (Cerezo, 2013). La procedencia y los requisitos para que se

disponga la realización de las distintas diligencias investigativas se encuentran estipulados de manera taxativa en la norma procesal penal. El ministerio público es el que se encarga de salvaguardar los derechos de los involucrados y por ende, aplicar esos requisitos previamente mencionados.

En ese sentido, si se lleva a la práctica se puede aseverar que la fiscalía es la que se encarga de admitir o negar la práctica de una diligencia con base en los requisitos legales de procedencia de cada una de ellas. Todo esto asegura que los derechos constitucionales y la legalidad se cumplan a cabalidad durante la tramitación de las investigaciones previas e instrucciones fiscales. Sin embargo, es dable considerar que pueda suscitarse una falta de acatamiento de las directrices para que se desarrolle una diligencia investigativa y ante escenario que vulnera derechos, existe un momento procesal oportuno para que un tercero decida si en efecto se transgredió la legalidad o constitucionalidad.

Dicho momento procesal oportuno es durante el anuncio y admisibilidad de los medios de pruebas. Es precisamente en este momento donde el juez, en su calidad garantista y bajo la tutela judicial efectiva, debe analizar si excluye o no un medio de prueba que haya sido ejecutado contrariando la ley o la Constitución durante la investigación previa o instrucción fiscal. Es totalmente comprensible que el juzgador pueda dirimir sobre la exclusión de medios de prueba anunciados, cuando estos han contravenido el ordenamiento jurídico, pese a ello, no resulta congruente con el principio de impugnación en su garantía a la doble instancia que, la decisión de excluir un medio de prueba sea irrecurrible y que no exista la posibilidad que jueces de alzada revisen los argumentos que motivaron al juez a realizar una determinada exclusión.

Este problema jurídico que representa una abierta transgresión a las partes procesales es un escenario recurrente en la sustanciación de causas penales, por lo tanto, a lo largo del presente trabajo investigativo se determinará las vulneraciones constitucionales y las consecuencias que se derivan por la imposibilidad de recurrir a la decisión judicial de exclusión de medios de prueba.

## Resultados

Con el afán de buscar la comprensión integral de los conceptos que giran en torno al problema jurídico del presente trabajo, resulta preponderante recoger doctrina que esboce criterios jurídicos para llegar a conclusiones contundentes en este tema. Por lo tanto, se revisará los siguientes criterios.

### Medios de prueba

El primer punto importante para revisar es lo que se debe comprender por un medio de prueba. Tomando en cuenta que un medio de prueba es una potencial prueba a practicarse para probar un determinado hecho supuesto, resulta imperioso que se delimite su construcción conceptual, para lo cual se tiene la siguiente aseveración:

Los medios de prueba son por tanto, los instrumentos de verificación y confrontación de los que nos servimos en la investigación de una certeza tanto formal o ficticia, como esencial o real, pues lo decimos aplicados a la materia jurídica. (Carranza, 2011)

Por lo expuesto, se considera un criterio instrumental al que se le otorga a un medio de prueba, particularmente, el medio de prueba es seleccionado por las partes procesales como ese instrumento que permite corroborar un determinado hecho, por esa razón, se lo considera aplicable a la situación controvertida en un caso concreto. Ahora bien, es necesario considerar que la doctrina ha sido extensiva al momento de conceptualizar las características que comprende a un medio de prueba, debido a que su nombre se encuentra provisto por el hecho fáctico de encontrarse sustanciando un proceso penal.

La aseveración realizada en líneas precedentes de que el medio de prueba obtiene su nombre con base en el momento procesal que se encuentra una determinada causa, es una construcción doctrinaria que indica lo siguiente:

Cuando nos referimos a los medios de prueba, estamos hablando de la prueba en sí pero utilizada en un determinado proceso judicial, es decir la prueba existe por sí y al ser ofrecida y admitida

dentro de un proceso judicial adquiere el nivel de medio, no siendo medio de prueba sino sólo cuando se cumpla el requisito de ser ofrecida y admitida como tal en un proceso. (Barnes, 1994)

Por lo tanto, solo se puede acreditar que se tiene un medio de prueba cuando la prueba ha sido ingresada al proceso judicial mediante el anuncio y la correspondiente admisión del operador de justicia. Esto implica que dicho medio de prueba en cuanto a elementos de forma debe cumplir 2 requisitos específicos, que sea anunciado y consecuentemente el juez decida su admisibilidad. Los conceptos previamente recabados coadyuvan a la comprensión idónea de las características de un medio de prueba, así como su ejercicio aplicable dentro de un proceso penal.

#### Anuncio de medios de prueba

Una vez que se ha comprendido lo concerniente al medio de prueba es menester precisar el concepto atinente al anuncio de los mismos, es decir, en que consiste la acción de anunciar en materia procesal penal, toda vez, que no es un escenario jurídico de mero trámite dentro de un proceso penal, sino que supone, el único momento procesal oportuno para que quede acreditado el medio de prueba que será procedente practicar y con ello, sólo se podrá probar la teoría del caso con aquellos medios de prueba que hayan sido anunciados.

Ante esa situación de relevancia procesal que pudiera determinar el decurso de proceso, tenemos la siguiente aseveración doctrinaria que dice:

Anunciar los medios de prueba corresponde una actuación declarativa explícita de cuáles son únicos medios requeridos por las partes procesales para llevar a cabo su tarea de probar supuestos de hechos pasados. Esa actuación declarativa debe ser conocida por la contraparte y el operador de justicia, puesto que los medios de prueba que desea practicar requieren una autorización previa por parte del juzgador. (Chiesa, 1991)

Ha quedado en evidencia que anunciar medios de prueba es una acción de hacer que comprende una declaración que se pone en consideración de todos los involucrados en un proceso penal con el fin de dejar establecido, cuáles son los medios que requiere para ejercer su derecho a la defensa en la calidad que tenga dentro del proceso penal. Esta conducta de hacer se encuentra en entera y

total decisión de cada parte procesal, ya que al ser una manifestación que se pone en consideración del juez, supone un filtro de legalidad y constitucionalidad que lleva a cabo la administración de justicia.

Ahora bien, es importante entender en este punto que se comprenda que dentro de esa acción que engloba el anunciar los medios de prueba, también se encuentran varios principios intrínsecos que se garantizan con la oportunidad procesal de que todos puedan anunciar los medios de prueba que consideren necesarios para su defensa. En ese sentido se puede recabar la siguiente conceptualización que indica: “El anuncio de pruebas está sometido a los principios, entre otros, de: oportunidad, inmediación, contradicción, exclusión, igualdad de oportunidades. Siendo así se debe proceder en el momento procesal oportuno” (Cruz Barney, 2015).

Es menester que quede clarificado que la norma procesal al instante en que prevé un momento oportuno para que se anuncien los medios de prueba, lo que está garantizando más allá del derecho a la defensa que tiene cada parte procesal, también garantiza que exista una contradicción a ese anuncio. De tal forma que, el anuncio y las contradicciones propuestas al mismo, sean valoradas en igualdad de oportunidades mediante una tutela judicial efectiva, la cual garantice las pruebas anunciadas cumplan la ley y no transgredan derechos constitucionales.

#### Contradicción al anuncio de medios de prueba

Dentro de la diligencia procesal enmarcada como el anuncio de medios de pruebas, se encuentra un punto a tratar relevante. Ya que inmediatamente anunciada las pruebas se le concede la oportunidad a que las partes procesales se pronuncien contradiciendo los medios de prueba anunciados por otro. En ese sentido, cabe revisar qué engloba la contradicción al anuncio de los medios de prueba. Esta contradicción es una garantía procesal que asegura el enfrentamiento dialéctico entre las partes dentro de un proceso, mediante un pronunciamiento oral o escrito en donde se puedan expresar las razones por las cuales refutan los medios de prueba de la contraparte.

Contradecir los medios de prueba no sólo implica manifestarse en oposición a la declaración puesta en conocimiento por la contraparte, sino que, a su vez, conlleva un ejercicio argumentativo

donde se debe especificar las razones jurídicas por las cuales cabe no considerar admisible un determinado medio de prueba (García & Ávila , 2014). El ejercicio argumentativo reposa en la estrategia jurídica de cada parte procesal, puesto que detectar y especificar los requisitos legales o vulneraciones a derechos constitucionales es una tarea que coadyuva a la administración de justicia para que su decisión encuentre la motivación adecuada.

La contradicción no es otra cosa que una objeción a una aseveración, lo que llevado al proceso penal representa un argumento que procura desvirtuar lo manifestado por la contraparte (Jakobs, 1997). En ese sentido es necesario que, como parte final de la contradicción al anuncio de medios de prueba, se considere que las razones para objetar los medios de prueba no están cimentadas en cuestiones de fondo, sino, en particularidades de forma que faltaron en la ejecución de una diligencia o la vulneración de derechos constitucionales en la obtención de determinado elemento de convicción. Con todo lo expuesto, se colige que la contradicción dentro de la diligencia de anuncio de medios de pruebas, es garantista de derechos a la defensa y oportuna para presentar objeciones en cuanto a vulneraciones de ley y Constitución.

### Exclusión de medios de prueba

Una vez que se ha realizado un recorrido doctrinario sobre los temas, instituciones jurídicas y derechos que engloban al anuncio de medios de prueba, cabe continuar con la decisión judicial que resuelve si la objeción planteada a un medio de prueba contiene los suficientes argumentos jurídicos para que proceda y con ello se lo excluya. En vista de esta situación decisional que reposa en la administración de justicia resulta pertinente recoger los modelos de exclusión más relevantes que son: sistema americano, sistema europeo continental y sistema latinoamericano.

### Modelo americano

Según Manuel Miranda Estampres (2019), la regla de exclusión fue creada a partir de la jurisprudencia estadounidense (pág. 22). La prueba de lo antes aseverado es la sentencia del caso *Weeks v. United States*, donde se dejó establecido que deben ser inadmitidas las pruebas incriminatorias que hayan sido obtenidas en una entrada y registro del domicilio por parte de la fuerza pública sin la autorización de un juez. La razón principal de establecer este escenario de

inadmisibilidad es el atentado a la IV enmienda del Bill of Rights, donde se garantiza que queda prohibida las detenciones y registros arbitrarios (pág. 16).

Avanzando en la línea de tiempo, la jurisprudencia de Estados Unidos se decantó por una prohibición de utilización directa de la fuente de prueba, así como de los frutos que de ella se desprendieran, cuando se pudiera comprobar que la fuente es ilícita. Esa singularidad fue recogida en la sentencia del caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (pág. 31). Para dar un cierre a este recuento histórico jurisprudencial de Estados Unidos, se debe considerar el caso *Rochin v. California*, donde se decidió emplear la regla de la exclusión tomando como fundamento el derecho al debido proceso que consagra la XIV Enmienda (pág. 19).

#### Modelo europeo

En este tipo de modelo se encuentra arraigado el constitucionalismo y en virtud de ello, cuando existe una lesión a prohibición explícitas para la producción de los medios de prueba, resulta inadmisibles y carente de valor dicha prueba, debido a que afectó algún derecho fundamental del procesado (Álvarez Caro, 2015). En este tipo de modelo existen críticas ya que la exclusión de medios de prueba está relacionada al grado de afectación al derecho fundamental. Por esa razón existen tres círculos de derechos que van del más blando en cuanto a intervención estatal hasta el que no tiene límites.

#### Modelo latinoamericano

En este apartado donde se revisará la exclusión de manera generalizada se puede resaltar lo indicado por Maier (1999), quien distingue la prohibición de valorar el fondo de la prueba y otro lado, la prueba inconstitucional o ilegal. Precisamente cabe destacar la siguiente construcción que dice:

El interés particular vulnerado y el interés estatal en la persecución penal, y se debe negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria allí donde los últimos prevalezcan sobre los primeros, fundamentalmente, en los casos de criminalidad grave y de difícil esclarecimiento. (pág. 137)



Entonces se puede corroborar que Ecuador sí ha recogido bases de dicha construcción doctrinaria, en virtud que al momento de realizar la exclusión de medios de prueba, el operador de justicia no realiza un análisis de fondo sobre su valoración probatoria sino que solo se ciñe a analizar si la fuente de obtención y la forma de recabar los elementos fueron ejecutados en sinergia con la ley y Constitución.

#### Audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio

Continuando con el análisis respectivo a la preparación de juicio, es relevante revisar el tema de alistar y dejar todo definido para celebrar una audiencia de juicio. En la sustanciación de las causas penales se tiene una audiencia completa donde se subsana cualquier omisión y a su vez, en caso de que todo se encuentre válidamente actuado, entonces se procede a analizar y admitir los medios de prueba que anuncien las partes. Es determinante una audiencia que prepara todos los pormenores que deberán desarrollarse en la correspondiente audiencia de juicio, precisamente porque la finalidad de un proceso judicial es llevarse a cabo cada etapa cumpliendo las garantías mínimas del debido proceso.

La evaluación a la que refiere esta clase de audiencia, corresponde a un análisis exhaustivo de que se han cumplido todos los presupuestos legales y constitucionales (Ferrajoli, Derecho Penal mínimo y otros ensayos, 2008). La preparación por su lado refiere a un escenario de dejar establecido cuáles serán los únicos temas y medios de prueba que se practicarán de manera consecuente en la audiencia de juicio. Dicho en otras palabras, esta es la antesala para una diligencia final, donde se cerrará con una resolución judicial que decida la situación jurídica de una determinada persona.

Llevado al estudio esquemático, esta clase de audiencia se encuentra dividida en dos grandes momentos, por una parte, está la revisión, pronunciamiento y resolución sobre la validez de todo lo que ha sido actuado hasta ese momento. De forma concatenada, se tiene la sustentación del dictamen fiscal con la correspondiente acusación y anuncio de medios de prueba. En la misma unidad de acto se desarrolla el anuncio de medios de prueba por parte de las demás partes procesales. Dejando la salvedad que se puedan refutar los medios de prueba anunciados.

Se cierra ese segundo momento de la audiencia con un pronunciamiento expreso de si proceden o no las objeciones a los medios de prueba y de ser el caso, se excluye los mismos (Gimeno, 2018). Es imperante que esta audiencia culmine con un auto donde esté incluido todo lo necesario para que se celebre de forma óptima una audiencia de juicio, esto es, que esté plenamente identificado el acusado, el delito por el cual se le acusa, un recuento fáctico del hecho ilícito y finalmente los medios de prueba que hayan sido admitidos por el operador de justicia.

### Derecho de impugnación

La impugnación es concebida como un derecho el cual no solo se recoge en el derecho interno de cada país, sino que se encuentra reconocida en normas e instrumentos internacionales catalogándola como una norma suprema, y en tal virtud, se la define como una de las garantías del debido proceso, la cual se entiende como el derecho que tienen los justiciables para recurrir a las sentencias y así ejercer su legítimo derecho a la defensa.

En este sentido, la doctrina define el derecho de impugnación de la siguiente forma.

Las impugnaciones son los remedios que se ponen a disposición de las partes para provocar por medio de un mismo juez o de un juez superior un nuevo pronunciamiento purificado, ya del defecto o del error que ostentaba la providencia anterior (Quintero & Prieto, 2000). Es así que, se entiende que el derecho de impugnación es un medio o mecanismo que tienen las partes para que se subsane el error en el que pueda haber incurrido el juzgador al momento de emitir su pronunciamiento, el cual causó un perjuicio a un o ambas partes procesales.

Se establece también que la impugnación tiene su génesis en el derecho a la defensa por cuanto este tiene como finalidad de objetar los actos o resoluciones del juzgador. Así pues, Alberto Segovia (2007) define al derecho de impugnación de la siguiente manera.

El principio de impugnación que, nació del derecho de defensa y siendo un derecho subjetivo de las partes procesales, se constituye en actos que tienen la finalidad de refutar objetar u obtener la

modificación de ciertos actos procesales establecidos en la ley y que revelen equivocación al juzgar o errores del juicio (p. 28)

En la legislación ecuatoriana el derecho a impugnar se encuentra positivizado en el artículo 76 de la Constitución del Ecuador (2008) numeral 7 literal m, y preceptúa lo siguiente: “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (p. 38). Y de forma específica se la halla cristalizada en el Código Orgánico Integral Penal (2014) en el artículo 5 numeral 5, de la siguiente forma: “Impugnación procesal: toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código” (p. 8).

Sin lugar a duda, la doctrina y el legislador coinciden en que la impugnación es un mecanismo y derecho de las partes procesales, el cual que es ejercido dentro del ámbito del derecho a la defensa, cuya finalidad es dar un remedio a los errores en que pueden incurrir los juzgadores en el ejercicio de sus facultades sancionadoras, cuyos efectos repercuten perjudicialmente en las partes.

#### Prueba ilegal y prueba ilícita

Esta clasificación de las pruebas corresponde a una categoría de pruebas no permitidas en el proceso penal, puesto que no cumplen con los parámetros para su obtención, lo cual deriva no poder utilizarlas ni incorporarlas al proceso.

Resulta también importante establecer de donde proviene la legalidad de la prueba, para lo cual los autores Herrera y Cortés (2011) preceptúan lo siguiente. La legalidad constituye un referente obligatorio para poder definir y conceptualizar la prueba ilegal sin este referente no podría darse un alcance a la prueba legal como a la ilegalidad por ende toda la actividad jurisdiccional esta reglada previamente a la obtención, producción y valoración de la prueba penal (p. 30)

En virtud de lo anterior, como primer punto cabe mencionar en que consiste la prueba ilegal. Se dice que esta prueba surge como producto de una vulneración de la garantía del debido proceso,

dicho en otras palabras, esta prueba violenta requisitos y supuestos que establecen el marco jurídico, lineamientos que atienden a la obtención, conservación y práctica. Por otra parte, la prueba ilícita es aquella en la cual se observa que para su obtención o práctica se produce la violación a derechos de carácter constitucional, por lo cual se entiende que no se salvaguardan derechos ni garantías fundamentales.

En este sentido Chiesa (1991) acerca de la prueba ilícita refiere lo siguiente: “La prueba ilícita es recolectada con violación grave de los derechos humanos, y gama de garantías constitucionales, al paso que la prueba ilegal es la compilada o descubierta con violación a los diversos requisitos legales” (p. 91-92). Es así que, se puede evidenciar cual es la característica fundamental para poder diferenciar ambas instituciones, se entiende que mientras una transgrede derechos constitucionales, la otra vulnera requisitos y parámetros legales.

En concordancia con lo expuesto, Jiménez (2016) determina lo siguiente: “La prueba ilegal, es decir, aquella que afecta el debido proceso en su concepción procesal formal y la prueba ilícita, esto es, aquella que afecta el debido proceso por vulneración de derechos fundamentales de contenido sustancial” (p. 14).

#### Decisión unilateral para excluir medios de prueba

Sobre la base del estudio legal atinente al problema jurídico, se debe considerar lo preceptuado en el último inciso del numeral 4 en el artículo 604 del COIP el cual refiere a las opciones por las cuales puede optar el juzgador cuando se objeta un medio de prueba anunciado, siendo el caso de la aceptación a dicha objeción la que dará lugar a que se excluya un determinado medio de prueba (García & Ávila, 2014). Se puede colegir que, la decisión jurisdiccional va a terminar decidiendo cuáles elementos de prueba se quedan fuera del listado que cada parte procesal tiene, de cara a la audiencia de juicio que se suscitara consecuentemente. Resulta notorio que esta decisión condiciona los escenarios devinientes en el proceso penal, ya que, el medio de prueba que se excluye puede ser uno de los estelares sobre los cuales se basa la defensa.

Previo a continuar analizando este escenario de exclusión de medios de prueba, es necesario que se deje sentado que no se está desconociendo que, a través de esta facultad otorgada por la ley a

los operadores de justicia, se pueda salvaguardar los derechos constitucionales de las personas que objetan el medio de prueba y a su vez no provocar valoraciones de prueba ilícitas o ilegales. Pese a ello, es importante recordar que, dentro de los derechos constitucionales y principios procesales, también se encuentran el doble conforme y derecho a la defensa y tutela judicial efectiva. Estos principios y derechos se encuentran directamente relacionados con el escenario jurídico donde no se prevé la impugnación del auto que decide excluir medios de prueba.

Avanzando en la revisión de la normativa legal, se debe traer a colación cuáles son los autos y providencias que se puede apelar. Existen 6 tipos de autos que son recurribles bajo el recurso de apelación de conformidad con lo preceptuado en el artículo 653 del COIP (Asamblea Nacional, 2014). En ese listado de autos recurribles o impugnables, no se encuentra el auto que excluye medios de prueba en una audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio. Por lo tanto, si la ley no prevé el recurso de apelación para una resolución o auto judicial, entonces, no es procedente interponerlo.

La taxatividad de los autos y resoluciones apelables coadyuva a identificar de forma plena lo que puede subir en grado para que jueces de alzada revisen lo resuelto por su inferior. El recurso de apelación garantiza el pleno ejercicio del derecho a impugnar, el cual pregona la apertura para mostrar el desacuerdo jurídico que se tiene por la decisión optada por el juzgador. En el caso de un recurso vertical, como es el recurso de apelación, se tiene garantizado que la motivación y los argumentos que sirvieron para dictar un auto o resolución, sean esgrimidos y revisados jurídicamente por jueces superiores.

En este punto es preciso acotar la salvedad de entrar en acción el principio de doble conforme, el cual busca que haya anuencia y se manifieste la conformidad que tienen jueces distintos con respecto a lo que resolvió un juez inferior en grado. De esta forma se construye esa conformidad por doble instancia respecto a una forma de decisión judicial en un proceso. Resulta claro que, si se permite revisar lo efectuado por otro, se puede corroborar la legitimidad y el garantismo de los derechos constitucionales.

Para el caso de exclusión de medios de pruebas anunciados en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, no tiene previsto el recurso de apelación y con ello, se identifica una primera arista, en lo atinente a la unilateralidad de la decisión de sacar elementos del acervo probatorio que se ofertará en la audiencia de juicio (Gómez, 2016). Esta decisión que queda supeditada a lo que interprete un solo juez, no denota imparcialidad y objetividad, puesto que no se permite esa revisión ulterior. El operador de justicia que se conoce como Juez de Unidad Judicial Penal se sabe única autoridad con la facultad de decidir si se excluye o no en un proceso penal.

#### Naturaleza jurídica del auto que excluye medios de prueba

Ahora bien, sabiendo que la decisión se toma de forma unilateral sin revisión posterior, cabe avanzar en el análisis de la exclusión de un medio de prueba. En aras de aquello, es importante individualizar que clase de autos y resoluciones se dictan en materia penal, así como las clases de recursos que se pueden interponer a cada uno de ellos. De esta forma, se tiene que los autos pueden ser de sustanciación e interlocutorios. El tema de esta tesis está ligado a los autos interlocutorios, debido a que es un tipo decisión que pese a no ser de fondo, define una situación jurídica relevante en el decurso del proceso, es decir, se decide sobre los derechos de las partes.

El autor que excluye medios de prueba lleva consigo una carga motivacional que debe cumplir, debido a que además de sacar un elemento del universo de acervo probatorio, así mismo, debe fundamentar las razones jurídicas por la cuales rechaza la objeción planteada por los sujetos procesales. La notoriedad es tal, que no cabe la menor duda de que se está ante un auto interlocutorio que pese a no definir el fondo del asunto, sí delimita aspectos sustanciales del proceso (De la Rúa, 1991). La interrogante es hasta que punto resulta determinante la exclusión de medios de prueba. En el anterior apartado se dejó estipulado que si bien es necesaria la valoración de si la prueba es ilegal o ilícita y conforme a ello, sea dable la exclusión, también es congruente que la decisión de excluir al menos pase por una garantía básica que es el doble conforme.

Esta clase de decisión de separar o quitar de la lista de medios de prueba que tendrá una parte en la audiencia de juicio, sí tiene naturaleza de auto interlocutorio, siendo aceptable la idea de que pueda ser revisado por un superior, por el simple hecho que contiene derechos e intereses de las partes en su esencia. Si se hace una analogía con la norma adjetiva en materia procesal, se evidencia que en materia penal no hay posibilidad de apelar sino se encuentra taxativamente enumerado el escenario donde sí cabe. Por lo tanto, el COIP crea un escenario limitativo no sólo de autos recurribles sino de pleno ejercicio al derecho a la defensa.

#### Análisis para excluir medios de prueba

En este apartado cabe referirse a los supuestos normativos que prevé la norma adjetiva con el fin de que sean los parámetros para excluir un medio de prueba. Esos dos supuestos tienen que ver con omisión, incumplimiento o transgresión de una directriz de la ley o de la Constitución. Por una parte, se tiene a las pruebas ilegales, las cuales engloban un escenario carente de algún requisito legal. Por otra parte, se tiene a las pruebas ilícitas, estas tienen que ver con alguna transgresión a derechos fundamentales en la fuente de obtención.

Es relevante analizar estas dos por separado, ya que, más allá que el final jurídico es el mismo para ambas, aun así es dable tomar en consideración que calificar un medio de prueba como ilegal o ilícita conlleva una valoración esquematizada (Muñoz Conde, 1999). En primer lugar, es procedente recordar conforme al marco teórico que la prueba ilegal conlleva que existió una omisión o actuación contraria a lo preceptuado en la normativa. Es evidente que, bajo el principio de legalidad, los administradores de justicia son garantista de que se cumplan las directrices de la ley. En ese mismo sentido, el juzgador realiza una tutela judicial efectiva para que se asegure el cumplimiento del ordenamiento jurídico previo, lo que conlleva que exista certeza y seguridad jurídica en los administrados. Con el recuento de los principios y derechos involucrados en el momento de análisis de una prueba ilegal, resulta congruente que toda aquella prueba ilegal sea excluida, caso contrario, quedan coartados principios como legalidad y seguridad jurídica, en virtud de una deficiente tutela judicial.

En segundo lugar, se tiene a la prueba ilícita que conforme reza su redacción indica que es toda aquella que fue obtenida contrario a los derechos constitucionales o derechos humanos reconocidos en tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. El análisis requerido para corroborar si en un medio de prueba se ha configurado algún presupuesto de ilicitud, engloba la plenitud de máximas del Derecho Constitucional, como es la supremacía constitucional. Esa supremacía constitucional implica que, si el operador de justicia constata que existe un derecho mejor reconocido en la Constitución o Tratados Internacional de Derechos Humanos, entonces debe preferir garantizarlos, dando como resultado la exclusión de los medios de prueba, aunque hayan sido obtenidos conforme a requisitos de ley infraconstitucional.

De igual forma, en el análisis de ilicitud de un medio de prueba, el juzgador debe revisar si se ha configurado una transgresión de un derecho fundamental, tales como, la intimidad, la inviolabilidad de domicilio e inviolabilidad de correspondencia (Elbert, 1998). Puede darse el caso que la diligencia pericial o la obtención de una determinada evidencia se vea enmarcada en un hecho fáctico donde se afectó el derecho fundamental de las partes procesales. Ese escenario vulnerador de derechos es razón suficiente para que el operador de justicia aplique de forma directa los preceptos constitucionales y declare ilícito el medio de prueba.

De acuerdo con los dos presupuestos, sea el de ilegalidad o ilicitud, se requiere que el operador motive su resolución de declarar un medio de prueba bajo cualquiera de esos calificativos. Devienen en imperioso para el proceso judicial que la decisión judicial de admitir, rechazar y excluir, tenga las salvedades no sólo de que se escuche a las partes y puedan objetar, sino que su vez, las mismas partes puedan acceder al criterio motivacional que llevó al juez a decidir por una exclusión.

#### Potenciales escenarios ante la exclusión de medios de prueba

El primer escenario jurídico que se suscita una vez que se ha excluido un medio de prueba, es configurar una separación de un elemento de convicción que se comprende era relevante para la teoría del caso de la persona involucrada. Esa separación se evidencia como una reducción en el acervo probatorio que se tendrá para la audiencia consecuente, lo que va a terminar decantando



en una limitación directa al derecho a la defensa en su garantía de probar (Ferrajoli, 2014). El hecho de excluir un medio de prueba anunciado por alguna de las partes provoca que se vea mermado de forma considerable los alegatos de cargo y de descargo con respecto al delito investigado.

Llevado a un plano procesalista, cuando se excluye medios de prueba se está dejando sin sustento jurídico alguno de los hechos fácticos que se deben demostrar en todo proceso penal. De forma en que se sea más específico con la ejemplificación se pueda mencionar aquel medio de prueba que demostraba la materialidad de una infracción. Si era el único medio de prueba que podía probar la existencia y consumación de la acción típica, antijurídica y culpable, entonces el proceso penal, se quedaría sin base. Se puede tomar de esta misma forma a todo aquel medio de prueba que coadyuvaba a determinar quién era el responsable del ilícito penal o en su defecto el que serviría como nexo causal.

La potencial consecuencia antes descrita y de ser el caso que exista la exclusión de un medio de prueba que es determinante para el proceso penal, cabe cuestionarse si con base en ello, el operador de justicia estaría facultado para dictar sobreseimiento porque no existiría cumplimiento de requisitos, precisamente sobre ello se va a desarrollar en la segunda potencial consecuencia jurídica de haberse excluido un medio de prueba. De conformidad con lo preceptuado en el apartado del sobreseimiento, es menester enfatizar que los jueces tienen la facultad de dictarlo cuando conforme a su valoración e interpretación lleguen a la convicción que los hechos no constituyen delito o que los elementos en los cuales la fiscalía ha fundamentado su acusación no son suficientes para presumir existencia de delito y determinación de una persona responsable.

Es dable que los operadores de justicia de la misma forma cómo optaron por excluir medios de prueba, así también dicten el sobreseimiento respectivo ya que podría darse el caso que la fiscalía se quede sin fundamentos probatorios para sostener la acusación en la audiencia de juicio. Esta situación jurídica se encuentra prevista por el COIP, pero a diferencia del auto que excluye medios de prueba, este por su parte, sí concede la salvedad de poder ser apelado. Desgasta el andamiaje procesal penal lo referente a la imposibilidad de que se revise la decisión tomada por

el juez, ya que, de forma directa queda condicionado el resto del proceso judicial, así como las demás instancias.

Pasando a analizar este tercer escenario jurídico, se puede denotar que cuando se excluye un medio de prueba es que no pasa por una revisión, análisis o segundo filtro dicho auto donde contiene la decisión de exclusión, es claramente un vacío normativo, es decir, una laguna del derecho, la cual no puede ser suplida con normativas análogas, ya que en Derecho Penal no existe interpretaciones extensivas o análogas. Con base en esta singularidad, si se excluye un medio de prueba, es lógico avizorar una disminución dentro de la teoría del caso de una de las partes. Al momento en que se separa del cúmulo de pruebas, todas aquellas que el juez ha considerado ilegal o ilícitas, es notorio que se salvaguarda principios y derechos constitucionales, sin embargo, eso no obsta que, se permita corroborar que sea procedente y apegado a derecho lo decidido por el juez.

En virtud que la norma mantiene a la actualidad ese vacío normativo en lo que respecta a la posibilidad de impugnar el auto que resuelve la exclusión de medio prueba, obliga a las partes que continúen un proceso con las herramientas probatorias que hayan quedado disponibles, particularidad que claramente sería un hecho vulnerador de derechos constitucionales si se puede corroborar que la decisión de exclusión no tuvo un sustento jurídico adecuado.

### Vulneraciones por imposibilidad de impugnar exclusión de medios de prueba

En este último apartado dentro del análisis del problema jurídico, se desarrollará en que esfera del derecho se suscitan afectaciones y vulneraciones por la imposibilidad de presentar exclusión de medios de prueba. A manera de corolario se puede esbozar que continuar un proceso penal sin los medios de prueba necesarios o en su lugar, que se dicte un sobreseimiento dentro de un proceso. resulta decantando en vulneraciones de índole constitucional. Se puede partir con el escenario

jurídico donde el proceso penal continúa su curso, pese a que el discurso jurídico con la teoría del caso ha quedado amilanado por la exclusión tantas veces referida.

En ese punto de continuación del proceso penal, las partes se quedan sin oportunidad de que otros juzgadores superiores en grado, puedan pronunciarse sobre la decisión de excluir un determinado medio de prueba. Esto claramente denota una transgresión al doble conforme, un principio del derecho procesal, que también se encuentra consagrado en la Constitución de la República. En el otro escenario jurídico, donde el juzgador opte por cerrar el proceso penal mediante un sobreseimiento ya que al momento de excluir medios de prueba ya no hay lo suficientes para llamar a juicio, entonces se puede constatar otra vulneración directa a un derecho constitucional que se corresponde a la tutela judicial efectiva.

El Estado ecuatoriano se encuentra obligado a que se garantice la tutela judicial efectiva en todas las etapas de los procesos judiciales, por lo tanto, cuando se excluye un medio de prueba que pueda acarrear desmedro en la situación jurídica de las partes procesales y en el fondo también al interés general de la sociedad. Cuando un proceso continúa sin salvaguardar que se cumplan todos los preceptos legales y constitucionales, como es el derecho al doble conforme y derecho a la defensa, de manera concatenada también deja de ser aplicable la tutela que brindan los operadores justicia penal, los mismos que se dicen ser garantistas de derechos.

## **Discusión**

Se puede colegir que existe un vacío legal del artículo 604 del COIP en lo atinente a la exclusión de medios de prueba, situación jurídica que se desarrolla en la sustanciación de una audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio. El vacío legal corresponde a una no previsión de que se pueda apelar de ese auto que excluye medios de prueba, dejando en estado de indefensión a las partes procesales.

De igual forma, se ha llegado a corroborar que no tener estipulada la apelación del auto de exclusión de medios de prueba, es claramente un auto interlocutorio que decide sobre situaciones sustanciales del proceso. Entre la parte sustancial del proceso se tiene las pruebas que van a

permitir llevar a la convicción de que un hecho ilícito se perpetuó y que ese accionar se lo puede endilgar a una persona determinada.

Asimismo, se llegó a la conclusión que los escenarios lesivos están enmarcados en las vulneraciones al principio de doble conforme, puesto que no se permite revisar y que ratifiquen en sentido conforme lo decidido sobre excluir o no un medio de prueba. En esta misma línea de ideas, se pudo constatar que el derecho a la defensa queda coartado ya que, la teoría del caso y lo que se iba a probar queda condicionado y limitado. Finalmente, la tutela judicial efectiva no se garantiza en este punto del proceso penal, particularidad que hace responsable a la administración de justicia, por no velar y tutelar de forma integral los derechos de todas las partes procesales de forma oportuna.

## Conclusiones

Un proyecto de reforma de ley que contenga una directriz que permita impugnar la exclusión de un medio de prueba, mediante el recurso de apelación. Este trámite de apelación deberá ser conocido por los jueces de alzada, pero con el fin de coadyuvar a que no se retrase la tramitación de la causa penal, este recurso debe ser concedido con efecto diferido. Siendo así, la parte procesal cuando reciba la sentencia por parte del Tribunal, tenga la posibilidad de fundamentar su recurso ante los jueces de alzada en caso que considere necesario.

Por lo tanto, en segunda instancia se podrá conocer y sustanciar la fundamentación del recurso de apelación a la exclusión de medios de prueba si la hubiera de forma primaria y consecuentemente se tramitará la apelación de la sentencia de fondo. Dicho en otras palabras, en segunda instancia se puede apelar de la sentencia, sólo que el pronunciamiento sobre la exclusión de medios de prueba es un punto de la audiencia que debe llevarse a cabo, ante de pronunciarse sobre la apelación al fondo del problema jurídico recogido en la sentencia respectiva.

Con base en lo expuesto, se debe agregar una oración al final del literal c), numeral 4 que diga lo siguiente: “Se podrá apelar de la resolución de exclusión medios de prueba con efecto diferido.” De igual forma, se debe añadir un numeral artículo 653 que diga: “Del acto que excluye medios de prueba”.

## Referencias

Álvarez, M. (2015). *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*. Reus S.A.

Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449.

Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento 180.

Barnes, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración Pública*, 500.

Carranza, H. (2011). *Introducción al concurso de delitos: criterios sobre unidad y pluralidad delictiva*. Editorial B de f.

Cerezo, J. (2013). *Derecho Penal*. Tecnos Grupo Anaya S.A.

Chiesa, E. (1991). *Manual de derecho Procesal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Tercer Mundo.

Cruz, O. (2015). *Defensa a la defensa y Abogacía en México*. México: Universidad Nacional Autónoma De México - Instituto De Investigaciones Jurídicas.

De la Rúa, F. (1991). *Teoría general del proceso*. Ediciones Depalma.

Elbert, C. (1998). *Manual básico de criminología*. EUDEBA.

Ferrajoli, L. (2008). *Derecho Penal mínimo y otros ensayos*. México: CEDH.

Ferrajoli, L. (2014). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta.

García, F., & Ávila, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Ara Editores.

Gimeno, S. V. (2018). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, S.L.

Gómez, I. (2016). *La seguridad jurídica una teoría multidisciplinaria aplicada a las instituciones*. Universidad Externado de Colombia.

Herrera, E., & Cortés, J. (2011). *Prueba ilícita y prueba ilegal criterios de diferenciación*. Bogotá.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal - Parte General - Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.

Jiménez, E. (2016). *La Cláusula de exclusión en el sistema penal cusatorio Colombiano*. <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15222/JimenezBeltranElvis20;jsessionid=FA44F5582DE7CF2F2A5DEAB69697CF10?sequence=3>

Maier, J. (1999). *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Nuevo Foro Penal, 137.

Miranda, M. (2019). *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*. Marcial Pons.

Muñoz, F. (1999). *Teoría General del Delito*. Editorial TEMIS S.A.

Quintero, B., & Prieto, E. (2000). *Teoría General del Proceso*. Temis.

Rochin v. California, *Sentencia 342 U.S. 165* (Corte Suprema Federal de los EEUU 02 de junio de 1952).

Segovia, A. (2007). *Impugnación en el Proceso Penal*. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Silverthorne, Co. v. United States. *Sentencia No. 251 U.S. 385* (Corte Suprema Federal de los EEUU 26 de junio de 1920).

Weeks v. United States. *Sentencia No. 232 U.S. 383* (Corte Suprema Federal de los EEUU 24 de febrero de 1914).