
SERIE FORTALECIMIENTO
INSTITUCIONAL

Derecho Procesal Penal: **Aspectos Probatorios**

UNIVERSIDAD ESPÍRITU SANTO

Km. 2,5 Vía a Samborondón - Ecuador

Teléfono: (593-4) 5000950

ceninv@uees.edu.ec

www.uees.edu.ec

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Juan León Mera N19-36 y Av. Patria, Edificio Fiscalía General del Estado. Quito

Teléfono: (593) 3985800

www.fiscalia.gob.ec

Autores:

Ana María Neira Pena

Estefany Johana Alvear Tobar

Federico Bueno de Mata

Agustín-J. Pérez-Cruz Martín

Xulio Ferreiro Baamonde

Mario Ricardo Reyes Vasco

David Soto Díaz

Santiago Velázquez

Pamela Juliana Aguirre Castro

Coordinadoras:

Pamela Juliana Aguirre Castro

Ana María Neira Pena

Ingrid Beatriz Rodríguez Tapia

Cita:

Derecho Procesal Penal: Aspectos Probatorios, 2022

Referencia Bibliográfica:

Neira Pena, A.M., Alvear Tobar, E.J., Bueno de Mata, F., Pérez-Cruz Martín, A.J., Ferreiro Baamonde, X., Reyes Vasco, M.R., Soto Díaz, D., Velázquez, S., Aguirre Castro, P.A. (2022). Derecho Procesal Penal: Aspectos Probatorios. Universidad Espiritu Santo – Ecuador.

Portada:

Universidad Espiritu Santo

Diseño e Impresión:

TRIBU Soluciones Integrales

Urdesa Norte Av. 2da. #315

Teléfono: (593-4) 2383926

ventas1@impgraficorp.net

Edición: Primera, marzo 2022

ISBN: 978-9978-25-176-8

Derechos reservados. Prohibida la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio, sin la autorización escrita de los editores.

Presentación

A pesar de que la noción de prueba es transversal al ámbito de las ciencias sociales, es en el campo específico de la vida jurídica en el que se ha considerado como una de las cuestiones más complejas y de mayor trascendencia. En efecto, entendiéndose que el derecho depende esencialmente de cuestiones vinculadas con la verdad y los hechos, no hace falta demasiada imaginación para comprender la enorme importancia que adquiere la prueba en el ámbito de las relaciones jurídico-sociales, tal como afirma el adagio tradicional: “tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”.

En otras palabras, como señalan Planiol y Ripert, “un derecho no es nada sin la prueba del acto jurídico o del hecho material del cual se deriva. Solamente la prueba vivifica el derecho y lo hace útil. *Idem est non esse aut non probari [la falta de prueba equivale a no existencia]*”. Así, sin el aspecto probatorio, no existiría orden jurídico alguno y la sociedad estaría irreparablemente expuesta a la violación de las normas. De este modo, los derechos de una persona serían simples apariencias, desprovistas de solidez y de cualquier eficacia diferente de la que podría obtenerse a través de un sistema primitivo de justicia privada, o por espontánea condescendencia de los demás.

Ciertamente, la administración de justicia sería imposible sin la prueba, al igual que la prevención de los litigios y la seguridad en los propios derechos. La justicia del veredicto en un proceso judicial requiere, fundamentalmente, de una adecuada investigación de los hechos. Ese indispensable contacto con la realidad solo puede ser obtenido a través de la prueba, que se configura como el único mecanismo para que el juez conozca los hechos que le permitirán adoptar una decisión legal y justa en cada caso concreto.

De este modo, la prueba es, probablemente, el elemento más importante del proceso penal. Como afirma Sentís Melendo, “la prueba constituye la zona, no solo de mayor interés, sino también neurálgica del proceso; la prueba da carácter al proceso; un proceso es más o menos liberal, más o menos autoritario, sobre todo en razón de la libertad o del autoritarismo que dominan la materia de la prueba”. Consecuentemente, el debate y discusión sobre los sistemas probatorios debe posicionarse como uno de los más urgentes y necesarios de las disciplinas jurídico-penales.

El interés relevante por el análisis del tema debe derivarse naturalmente a partir de la innegable importancia de su función lógica y práctica como instrumento elemental del proceso judicial. Es evidente que el problema de administrar justicia se realiza a través de un complejo e intrincado proceso en el cual la generación e innovación del conocimiento se configura como un campo de acción transversal que permite el análisis y la comprensión de los fenómenos jurídico-sociales, reduciendo las situaciones de incertidumbre y mejorando la actuación de la praxis judicial.

De este modo, asumiendo la responsabilidad y el desafío que implica generar y desarrollar un nuevo paradigma nacional en cuanto a generación del conocimiento se refiere, la Fiscalía General del Estado y la Universidad de Especialidades Espíritu

Santo (UEES), a través de la cooperación interinstitucional, han enfocado sus esfuerzos en desarrollar contenidos en el ámbito procesal penal que puedan llegar a establecerse como una herramienta o instrumento de consulta para los funcionarios de la carrera fiscal, abogados en general y estudiantes de derecho.

El enfoque de esta obra está centralmente motivado por cuestiones de lógica y epistemología asociadas a lo que, finalmente, debe entenderse como objeto de prueba bajo el panorama normativo nacional. Interrogantes como: ¿qué cuenta como determinación de los hechos?, ¿cuándo es razonable considerar que una hipótesis sobre los hechos ha sido probada?, ¿cuáles son los estándares de prueba involucrados?, son analizadas de manera minuciosa por catedráticos nacionales e internacionales, quienes determinan profundas reflexiones y respuestas a la complejidad inherente a este ámbito.

Así, a través de un enfoque sincrético se recogen las contribuciones de diferentes autores que, desde distintas perspectivas y teorías, comparten su visión, puntos de reflexión y praxis sobre la prueba. Evidentemente, ello no excluye la posibilidad de divergencias de opinión o preferencias disonantes entre sí. No es un error pensar que un buen libro constituye una oportunidad para profundizar en los propios conocimientos y reflexiones, sobre todo en la medida en que incorpore opiniones distintas y bien argumentadas. *Derecho Procesal Penal: aspectos probatorios* abre nuevos caminos y reflexiones, a la vez que integra perspectivas ya existentes. Por ello, la obra se establece como una ineludible fuente de consulta en el intento de repensar algunas de las cuestiones más importantes de la epistemología jurídica.

No obstante, resulta imprescindible recordar que en el ámbito de la ciencia y el conocimiento ninguna verdad es absoluta. Específicamente en el derecho, en el cual el método principal para el avance y la profundización está inherentemente asociado a la dialéctica de la argumentación, no caben verdades incuestionables. Por ello, ninguna obra puede exigir la aceptación de sus postulados como resultados dogmáticos, sino que, por el contrario, esta debe plantear interrogantes y generar discusiones. Desde este punto de vista, *Derecho Procesal Penal: aspectos probatorios* puede considerarse un adecuado y serio punto de partida para investigaciones más específicas o, a la vez, como fundamento en la configuración de reflexiones contrastantes ulteriores.

Finalmente, sobreviene la optimista afirmación de que la obra brinda criterios generales, sólidas argumentaciones y puntos de reflexión, que serán de significativa utilidad para estudiantes, abogados, docentes, jueces, fiscales y todos quienes acogen con pasión e interés las cuestiones trascendentales asociadas al estudio y aplicación del derecho. Confío plenamente en que *Derecho Procesal Penal: aspectos probatorios* alcance el objetivo pretendido y pueda mejorar en posteriores ediciones con los aportes y razonamientos que, indudablemente, surgirán a partir de su lectura, debate y discusión desarrollados en el ámbito académico y profesional.

Dra. Diana Salazar Méndez
Fiscal General del Estado

ÍNDICE

CAPÍTULO I

“LA PRUEBA: DISPOSICIONES GENERALES”

I. FINALIDAD DE LA PRUEBA	2
<i>I. Introducción</i>	2
<i>II. La concepción de la prueba en el COIP</i>	2
<i>III. Los hechos como objeto de prueba</i>	3
<i>IV. Crítica</i>	4
II. PRINCIPIOS PROBATORIOS	6
<i>I. Introducción</i>	7
<i>II. Principio de oportunidad</i>	7
<i>III. Principio de inmediación</i>	8
<i>IV. Principio de contradicción</i>	10
<i>V. Principio de libertad probatoria</i>	12
<i>VI. Principio de pertinencia</i>	13
<i>VII. Principio de exclusión</i>	14
<i>VIII. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba</i>	15
<i>IX. Crítica y propuestas de mejora</i>	16
III. NEXO CAUSAL PROBATORIO	18
<i>I. Introducción</i>	18
<i>II. Concepto de nexo causal</i>	18
<i>III. La prueba del nexo causal y la exclusión de las presunciones</i>	20
<i>IV. Crítica</i>	22
IV. CADENA DE CUSTODIA	25
<i>I. Introducción</i>	25
<i>II. Concepto de cadena de custodia</i>	25
<i>III. Objeto de la cadena de custodia</i>	27
<i>IV. Finalidad de la cadena de custodia</i>	27
<i>V.- La cadena de custodia desde su perspectiva material</i>	28
<i>VI. Sujetos responsables</i>	30
<i>VII. Crítica y propuestas de mejora</i>	31
V. VALORACIÓN PROBATORIA	33
<i>I. Introducción</i>	33
<i>II. Criterios de valoración de la prueba</i>	34
<i>II.1. Legalidad</i>	34
<i>II.2. Autenticidad</i>	34

II.3. Sometimiento a cadena de custodia.	35
II.4. Grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamentan los informes periciales.	36
III. Regla sobre carga de la prueba en caso de que quebrantamiento de la cadena de custodia.	38
IV.- Los indicios en el nexa causal en delitos de desaparición voluntaria. .	39
V. Crítica.	40
VI. PRESERVACIÓN DE LA ESCENA DEL HECHO	41
I. Introducción.	41
II. Concepto de escena del crimen.	41
III. La preservación de la escena y de los vestigios hallados en la escena del crimen.	42
IV. Sujetos responsables de la preservación.	44
V. Crítica.	44
BIBLIOGRAFÍA	46

CAPÍTULO II
“LA PRUEBA: ACTUACIONES TÉCNICAS
ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN”

I. RECONSTRUCCIÓN DEL HECHO	50
I. Introducción.	50
II. Origen.	50
III. Definición Legal.	51
IV. Objeto.	51
V. Órgano encargado.	51
II. MAQUINARIAS Y VEHÍCULOS	53
I. Introducción.	53
II. Definición.	53
III. Procedimiento.	54
IV. Diligencias Periciales.	54
V. Egreso del vehículo o maquinaria pesada.	55
III. COMUNICACIONES PERSONALES	56
I. Introducción.	56
II. Definición.	56
III. Objeto.	57
IV. Reserva de ley.	57
V. Procedimiento.	58

<i>VI. Intervenciones que podrían vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones.</i>	59
IV. GRABACIONES	61
<i>I. Introducción.</i>	61
<i>II. Grabaciones obtenidas por medios de comunicación social.</i>	61
<i>III. Grabaciones obtenidas por el Servicio Integrado de Seguridad ECU911.</i>	62
<i>IV. Grabaciones obtenidas por las partes procesales</i>	63
V. INFORMACIÓN DE CIRCULACIÓN RESTRINGIDA	64
<i>I. Introducción.</i>	64
<i>II. Definiciones.</i>	65
<i>III. Información protegida por cláusula de reserva.</i>	65
<i>IV. Información acerca de datos de carácter personal y la que proviene de las comunicaciones personales.</i>	66
<i>V. Información producida por el fiscal en el marco de una investigación previa y aquella originada en la orden judicial relacionada con las técnicas especiales de investigación.</i>	67
<i>VI. Información acerca de niñas, niños y adolescentes que viole sus derechos según lo establecido en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Constitución.</i>	67
<i>VII. La información calificada por los organismos que conforman el Sistema nacional de inteligencia</i>	68
VI. ALTERACIÓN, DISPOSICIÓN O DESTRUCCIÓN DE BIENES O SUSTANCIAS	69
<i>I. Introducción.</i>	69
<i>II. Definiciones.</i>	69
<i>III. Manejo de indicios hidrocarburiíferos.</i>	70
<i>IV. Manejo de sustancias sujetas a fiscalización.</i>	71
<i>V. Manejo de sustancias peligrosas y explosivos.</i>	71
VII. SUSTANCIAS CATALOGADAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN	72
<i>I. Introducción.</i>	72
<i>II. Definiciones.</i>	72
<i>III. Destrucción de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.</i>	73
<i>IV. Sustancias catalogadas sujetas a fiscalización impregnadas, diluidas o contenidas en bienes u objetos</i>	74
BIBLIOGRAFÍA	76

CAPÍTULO III
“ACTUACIONES ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN”

I. RETENCIÓN DE CORRESPONDENCIA	80
<i>I. Introducción.</i>	80
<i>II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.</i>	80
II. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES O DATOS INFORMÁTICOS	85
<i>I. Introducción.</i>	86
<i>II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.</i>	86
III. RECONOCIMIENTO DE GRABACIONES	93
<i>I. Introducción.</i>	93
<i>II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.</i>	93
IV. REGISTROS	99
<i>I. Introducción.</i>	99
<i>II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.</i>	101
V. REGISTRO DE VEHÍCULOS	106
<i>I. Introducción.</i>	106
<i>II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.</i>	106
VI. ALLANAMIENTO	111
<i>I. Introducción.</i>	111
<i>II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.</i>	112
VII. ORDEN DE ALLANAMIENTO	115
<i>I. Introducción.</i>	115
<i>II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.</i>	116
VIII. PROCEDIMIENTO DEL ALLANAMIENTO	120
<i>I. Introducción.</i>	120
<i>II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.</i>	120
BIBLIOGRAFÍA	124

CAPÍTULO IV
“TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN: PRIMERA PARTE”

I. OPERACIONES ENCUBIERTAS.....	127
<i>I. El agente encubierto y la lucha eficaz y efectiva contra la criminalidad organizada.</i>	<i>127</i>
<i>II.- Concepto.</i>	<i>132</i>
<i>III.- Operaciones encubiertas.</i>	<i>134</i>
<i>IV. Regla de excepcionalidad.</i>	<i>135</i>
<i>V. Ejecución de las operaciones encubiertas.</i>	<i>137</i>
<i>VI. Forma de ejecución de las operaciones encubiertas.</i>	<i>146</i>
<i>VII. Exención de responsabilidad civil y penal.</i>	<i>148</i>
<i>VII.1. Exención de responsabilidad penal: a. Naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad penal. b. Requisitos.</i>	<i>148</i>
<i>VII.2. Responsabilidad civil.</i>	<i>150</i>
<i>VII.3. ¿Responsabilidad disciplinaria?</i>	<i>151</i>
II. REGLAS A OBSERVAR.....	153
<i>I. Dirección.</i>	<i>153</i>
<i>II. Solicitud.</i>	<i>155</i>
<i>III. Autorización.</i>	<i>155</i>
<i>IV. Prohibición.</i>	<i>160</i>
<i>V. Mantenimiento de la identidad.</i>	<i>168</i>
<i>VI. Protección del agente encubierto.</i>	<i>174</i>
<i>VII. Valor procesal de las versiones del agente encubierto.</i>	<i>175</i>
<i>VIII. Debida reserva.</i>	<i>180</i>
<i>IX. Ausencia de valor.</i>	<i>182</i>
III. ENTREGAS VIGILADAS O CONTROLADAS	189
<i>I. Finalidad.</i>	<i>189</i>
<i>II. Órgano autorizante.</i>	<i>191</i>
<i>III. Contenido.</i>	<i>191</i>
IV. PROCEDIMIENTO PARA LA ENTREGA VIGILADA.....	193
<i>I. Momento.</i>	<i>193</i>
<i>II. Autoridad competente.</i>	<i>195</i>
<i>III. Detención.</i>	<i>195</i>
<i>IV. Suspensión.</i>	<i>196</i>
<i>V. Subsistencia.</i>	<i>196</i>
V. PROTECCIÓN DE LA OPERACIÓN	197
<i>I. Secreto y mantenimiento de las operaciones encubiertas.</i>	<i>197</i>

II. <i>Adecuación de la operación encubierta a la normativa internacional.</i> ...	198
VI. REMISIÓN DE ELEMENTOS PROBATORIOS	203
I. <i>Solicitud de remisión de elementos probatorios.</i>	203
II. <i>Tratados internacionales en materia de asistencia judicial recíproca.</i> ...	204
VII. AGENTE ENCUBIERTO PROCESADO	206
I. <i>Supuestos de responsabilidad penal del agente encubierto y procesamiento.</i>	206
II. <i>Garantías en la actuación del agente encubierto.</i>	207
VIII. RESERVA JUDICIAL	208
I. <i>Plazos</i>	208
BIBLIOGRAFÍA	209

CAPÍTULO V

“TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN: SEGUNDA PARTE”

I. COOPERACIÓN EFICAZ	220
I. <i>Introducción.</i>	220
II. <i>El acuerdo de cooperación.</i>	221
III. <i>El suministro de información por parte del cooperador.</i>	222
IV. <i>Los objetivos de la cooperación eficaz.</i>	223
II. TRÁMITE DE LA COOPERACIÓN EFICAZ	225
I. <i>Introducción.</i>	225
II. <i>El acuerdo de cooperación eficaz y el ejercicio de la acusación.</i>	225
III. <i>La concurrencia con otras atenuantes.</i>	227
IV. <i>El efecto vinculante del acuerdo de cooperación.</i>	229
III. CONCESIÓN DE BENEFICIOS DE LA COOPERACIÓN EFICAZ ...	230
I. <i>Introducción.</i>	230
II. <i>Los beneficios de la cooperación eficaz.</i>	231
III. <i>Supuestos de rebaja extraordinaria.</i>	231
IV. <i>Criterios para la determinación de la pena.</i>	233
V. <i>Localización o recuperación de activos.</i>	234
IV. MEDIDAS CAUTELARES Y DE PROTECCIÓN EN LA COOPERACIÓN EFICAZ	235
I. <i>Introducción.</i>	235
II. <i>Posibilidad de adopción de medidas cautelares y de protección.</i>	236

III. Secreto de las actuaciones.	239
IV. Extensión de las medidas más allá del proceso.	239
V. INFORMATE	241
I. Introducción.	241
II. El concepto de informante y su diferenciación de figuras afines.	242
III. El valor probatorio de las informaciones facilitadas.	243
VI. INVESTIGACIONES CONJUNTAS	245
I. Introducción.	245
II. Los compromisos internacionales de la República del Ecuador en materia de equipos conjuntos de investigación.	245
III. Ámbito de actuación de los equipos conjuntos de investigación.	246
IV. La configuración y el funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación.	247
VII. ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA	249
I. Introducción.	249
II. Ámbito de acción de la asistencia judicial recíproca.	250
III. Instrumentos de cooperación judicial internacional.	251
IV. El procedimiento de solicitud de asistencia internacional.	251
BIBLIOGRAFÍA	253

CAPÍTULO VI
“ MEDIOS DE PRUEBA: PRIMERA PARTE”

I. MEDIOS DE PRUEBA	256
I. Introducción.	256
II. El derecho de prueba.	256
III. Concepto de Prueba.	256
II. REGLAS ESPECIALES	258
I. Introducción.	258
II. Importancia.	259
III. Documento público y privado.	259
IV. Derecho del procesado a la no autoincriminación.	260
V. La o el fiscal o la o el defensor público o privado, podrá requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos, que se valorarán en juicio.	261
VI. Pertinencia del Documento.	261

III. TESTIMONIO	263
<i>I. Introducción.</i>	263
<i>II. Cuestiones Generales.</i>	264
<i>III. Distinción entre documento y testimonio.</i>	264
IV. REGLAS GENERALES DEL TESTIMONIO	265
<i>I. Introducción.</i>	266
<i>II. Regla de testimonio anticipado en el contexto de delincuencia organizada.</i>	266
<i>III. Marco Normativo Nacional e internacional.</i>	266
<i>IV. Medidas internacionales a ser tomadas en cuenta para la protección de testigos.</i>	267
V. TESTIMONIO DE PERITOS	271
<i>I. Introducción.</i>	271
<i>II. Definición de prueba pericial.</i>	271
VI. TESTIMONIO DE LA PERSONA PROCESADA	273
<i>I. Introducción.</i>	273
<i>II. Declaración como medio de defensa.</i>	273
<i>III Discrepancia en su valoración frente a otros procesados.</i>	274
BIBLIOGRAFÍA	275

CAPÍTULO VII
“MEDIOS DE PRUEBA: SEGUNDA PARTE”

I. TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA	278
<i>I. Introducción.</i>	278
<i>II. Testimonio sin contacto visual.</i>	279
<i>III. Medidas especiales para el testimonio de ciertas categorías de víctimas.</i>	281
<i>IV. Medidas para evitar el hostigamiento a la víctima.</i>	283
<i>V. Criterios para valorar el testimonio de la víctima.</i>	283
II. REGLAS GENERALES DE LA PERICIA	285
<i>I. Introducción.</i>	286
<i>II. Naturaleza de la prueba pericial.</i>	286
<i>III. Las y los peritos.</i>	291
<i>IV. El informe pericial.</i>	292
<i>V. La declaración pericial.</i>	292
III. REGLAS ESPECIALES	293
<i>I. Introducción.</i>	293

<i>II. Reglas especiales y reglas generales.</i>	294
<i>III. Deberes concretos derivados de las reglas especiales: Obligación de remisión del documento en que se registre la materialización del delito.</i>	295
IV. PRÁCTICA DE PRUEBAS	297
<i>I. Declaración de testigo.</i>	298
<i>II. Declaración de peritos.</i>	300
<i>III. Preguntas del tribunal.</i>	301
V. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS, OBJETOS U OTROS MEDIOS	302
<i>I. Exhibición de documentos.</i>	302
<i>II. Exhibición de objetos.</i>	304
<i>III. Exhibición de videos, grabaciones u otros medios análogos.</i>	305
<i>IV. Medios de prueba informáticos.</i>	306
VI. PRUEBA NO SOLICITADA OPORTUNAMENTE	308
<i>I. Análisis de los requisitos.</i>	308
<i>II. Aspectos procedimentales.</i>	309
BIBLIOGRAFÍA	311

CAPÍTULO VIII
“PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL”

I. INTRODUCCIÓN	315
II. EL ESTADO Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS	315
III. ÓRGANOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	317
IV. EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL	319
V. CONCLUSIONES	325
BIBLIOGRAFÍA	327

CAPÍTULO IX
“LA PRISIÓN PREVENTIVA: MEDIDA DE ÚLTIMA RATIO”

I. INTRODUCCIÓN	330
II. EL ESTADO Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS	331
III. CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA	336
IV. REFLEXIONES FINALES	338
BIBLIOGRAFÍA	339

CAPITULO I

LA PRUEBA: DISPOSICIONES GENERALES

Ana María Neira Pena, Ph.D.¹

*Prof.^a. Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidade da Coruña. España*

¹ Licenciada en Derecho por la Universidade da Coruña; Licenciada en Administración y Dirección de Empresas por la Universidade da Coruña; Máster en Asesoramiento Jurídico Empresarial por la Universidade da Coruña; Doctora en Derecho por la Universidade da Coruña (obteniendo la calificación de SOBRESALIENTE CUM LAUDE); Catedrática de Universidad de Derecho Procesal e investigadora en la Universidade da Coruña (2010-actualidad); Coordinadora del Programa Erasmus para Portugal de la Universidade da Coruña (2016-actualidad); Secretaria del Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (2016-actualidad).

I. FINALIDAD DE LA PRUEBA

Artículo 453.- Finalidad.- *La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. La concepción de la prueba en el COIP. III. Los hechos como objeto de prueba. IV. Crítica.*

I. Introducción

El objeto de este precepto, como indica su rúbrica, es determinar la finalidad o función de la prueba en el proceso penal. En este sentido, el artículo aborda dos cuestiones. La primera tiene que ver con la función que se asigna a la prueba, lo que encierra una determinada concepción sobre la misma. La segunda cuestión que se regula, aunque de forma indirecta, es la determinación del *thema probandi* o el objeto de la prueba, indicando que los medios de prueba deberán de referirse a los hechos y circunstancias materia de la infracción, así como a la responsabilidad de la persona procesada.

El abordaje de esta última cuestión –determinación del objeto de la prueba– supone una surte de anticipo en relación con la cuestión relativa a la pertinencia de la prueba –que luego se regula de forma expresa en el art. 454.5 COIP, el cual dispone que, la prueba, para ser pertinente y, por lo tanto, admisible, deberá referirse a los hechos penalmente relevantes, a las circunstancias que puedan influir en la calificación de la infracción y/o a la responsabilidad de los delincuentes–. De ambos aspectos a acreditar en el proceso –objetivo y subjetivo–, unidos por el denominado nexo causal regulado en el art. 455 COIP, será preciso convencer al juzgador para obtener una sentencia condenatoria, y el medio para hacerlo será precisamente la prueba.

II. La concepción de la prueba en el COIP

Siguiendo en este punto a Taruffo, cabe distinguir dos concepciones de la prueba: como instrumento de conocimiento y como instrumento de persuasión². La primera noción de prueba, como elemento cognoscitivo, la concibe como el conjunto de elementos, procedimientos y razonamientos mediante los cuales se busca y se establece la verdad de los hechos. Desde esta perspectiva, la prueba ofrece informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados en el proceso, permitiendo su reconstrucción, confirmada y verificada como verdadera, precisamente a través de la actividad probatoria. De acuerdo con la segunda concepción, la prueba sería un

² Michele Taruffo, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, en *La prueba. Artículos y conferencias* (Santiago: Metropolitana 2008), 59-66, <https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf>

instrumento de persuasión, que no serviría para establecer la verdad o falsedad de enunciado alguno, sino para persuadir al juez, esto es, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico³.

El art. 453 del COIP opta claramente por esta segunda concepción de la prueba, entendida, por lo tanto, como instrumento de persuasión, al indicar que su finalidad es convencer al juzgador. Ni siquiera se refiere el precepto al convencimiento sobre la verdad de los hechos, ni hace alusión alguna a su correspondencia con la realidad. Conforme a esta concepción, la averiguación de la “verdad”, “objetiva” o “correspondiente” de los hechos no es la finalidad que debe tener el proceso, puesto que de él se predicen objetivos y finalidades más prácticas y socialmente útiles, tales como la solución institucional del conflicto⁴. Con ello, tal y como indica Pérez-Cruz Martín, se torna en irrelevante la verdad como finalidad del proceso y de la prueba judicial⁵.

Ahora bien, este entendimiento legal de la prueba no debería conducir, en una interpretación literal del precepto, a desatender la función de la prueba como herramienta para conocer y verificar los hechos. Y ello porque, aunque el aspecto argumentativo y persuasivo no puede considerarse totalmente ajeno a la prueba, si se admite que esta no sirve para determinar la verdad o falsedad de los enunciados o para conocer los hechos, sino tan solo para persuadir al juez, se estaría admitiendo, en definitiva, que el conocimiento de la verdad es un fin ajeno al proceso. En este sentido, una vez más, las palabras de Taruffo resultan esclarecedoras e inspiradoras: “Sería, por decir lo menos, paradójico que, en un sistema democrático, inspirado en el valor de la verdad, la administración de justicia no se inspirara, sin embargo, en ese valor o, más aún, se fundara sistemáticamente en el error, en la mentira y en la distorsión de la verdad”⁶.

III. Los hechos como objeto de prueba

Al margen de que el COIP se refiera a la prueba como instrumento de persuasión, orientado, por lo tanto, a convencer al juez, lo cierto es que ese convencimiento recae, como no podría ser de otra forma, sobre los hechos relevantes para la decisión.

La delimitación que el COIP hace del objeto de la prueba, al referirse a “los hechos y circunstancias materia de la infracción” y a “la responsabilidad de la persona procesada” pone de manifiesto dos cuestiones relevantes. En primer lugar, se admite que la prueba ha de recaer sobre hechos, sin que sea procedente, en principio, la prueba sobre normas jurídicas u otros elementos no fácticos. En segundo lugar, y a renglón

³ Sobre estas y otras funciones de la prueba, véase Michele Taruffo, *La prueba de los hechos* (Madrid: Trotta, 2002), 80-89.

⁴ Rodrigo Vargas Ávila, “Concepciones de la prueba judicial”, *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores* 14, n.º. 28 (2011), 135-148, <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2383/2080>.

⁵ Agustín-Jesús Pérez Cruz-Martín, *La prueba y la presunción de inocencia en el Código Orgánico Integral Penal*, (Quito: Latitud Cero Editores, 2016), 111.

⁶ Michelle Taruffo, *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 115.

seguido, se apunta una cuestión de gran importancia; y es que, en el proceso, los hechos relevantes son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados especialmente por las normas aplicables a la decisión de la controversia jurídica⁷. En definitiva, es el derecho —en este caso, la ley penal— el que define y determina lo que en el proceso constituye “el hecho”⁸.

Por lo tanto, aunque las pruebas irán orientadas a la determinación de circunstancias fácticas o, de hecho, tal y como se desprende de este precepto del COIP, resulta inevitable mirar a la norma jurídica para determinar los hechos relevantes y, por lo tanto, para fijar los hechos que deberían de constituir el objeto de las pruebas a practicar en el proceso.

Al aludir el precepto a la responsabilidad de la persona procesada, en general, sin limitarla a la responsabilidad de naturaleza penal —como hace, por el contrario, el art. 454.5 COIP— cabe entender incluidos en el objeto de prueba aquellos hechos determinantes de la reparación integral que el procesado deba de realizar para resarcir a la víctima, en línea con el art. 604.4 a) COIP.

IV. Crítica

En primer lugar, hay que señalar que no es habitual que las normas legales establezcan una definición de prueba o una concepción filosófica sobre la prueba. La determinación de la función de la prueba suele venir presupuesta en las normas procesales, sin necesidad de determinación expresa. Además, la determinación de la finalidad de la actividad probatoria parece más bien una tarea doctrinal que una tarea que corresponda al legislador. En este sentido, procede dirigir al artículo 453 COIP una crítica de principio, dado que “carece de sentido recoger una previsión de dicha índole en un texto legal, por no ser contenido propio y adecuado de ser plasmado en una ley”⁹.

Por otra parte, la clara toma de partido del legislador ecuatoriano por la concepción de la prueba como instrumento de persuasión puede llevar a distraer a los operadores jurídicos de la esencial función de la prueba como instrumento de conocimiento. En este sentido, Pérez-Cruz Martín también se muestra muy crítico con el alineamiento del legislador con esta corriente doctrinal, que, de acuerdo con la opinión del referido autor, se ha mostrado manifiestamente insuficiente para precisar el alcance de la finalidad de la prueba, la cual no debe de quedar exclusivamente restringida a lograr la convicción judicial¹⁰.

Por último, cabe indicar que el precepto, en cuanto a su contenido, resulta parcialmente reiterativo, ya que, al aludir al objeto de la prueba, esto es, a lo que se debe de probar, se adentra en el ámbito de la relevancia o pertinencia de las pruebas,

⁷ Michelle Taruffo, *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*, 91-92.

⁸ Michelle Taruffo, *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*, 91-92.

⁹ Agustín-Jesús Pérez Cruz-Martín, *La prueba y la presunción de inocencia en el Código Orgánico Integral Penal*, 109.

¹⁰ Agustín-Jesús Pérez Cruz-Martín, *La prueba y la presunción de inocencia en el Código Orgánico Integral Penal*, 110.

como criterio de admisibilidad de las mismas. Cuestión que se regula, posteriormente, en el apartado 5 del artículo 454 COIP. Sorprendentemente, a pesar de la proximidad de ambos preceptos, hay algunas discordancias entre ellos. Así pues, mientras el art. 453 COIP se refiere a los hechos y circunstancias materia de la infracción, el 454.5 COIP añade una referencia a las consecuencias de la comisión de la infracción; y, mientras el primero se refiere a las pruebas de los elementos determinante de la responsabilidad de la persona procesada, en general, el art. 454. COIP se refiere específicamente a la responsabilidad de naturaleza penal, dejando al margen, en su dicción literal, la reparación civil de los daños ocasionados a la víctima.

II. PRINCIPIOS PROBATORIOS

Art. 454.- Principios.- *El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios:*

1. *Oportunidad.* - *Es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio. Los elementos de convicción deben ser presentados en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. Las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio. Sin embargo, en los casos excepcionales previstos en este Código, podrá ser prueba el testimonio producido de forma anticipada.*

2. *Inmediación.* - *Las o los juzgadores y las partes procesales deberán estar presentes en la práctica de la prueba.*

3. *Contradicción.* - *Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada.*

4. *Libertad probatoria.* - *Todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas.*

5. *Pertinencia.* - *Las pruebas deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada.*

6. *Exclusión.* - *Toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal.*

Se inadmitirán aquellos medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la o el fiscal con la persona procesada o su defensa en desarrollo de manifestaciones preacordadas.

Los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, se podrán utilizar en el juicio con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones, siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio. En ningún caso serán admitidos como prueba.

7. *Principio de igualdad de oportunidades para la prueba.* - *Se deberá garantizar la efectiva igualdad material y formal de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Principio de oportunidad. III. Principio de inmediatez. IV. Principio de contradicción. V. Principio de libertad probatoria. VI. Principio de pertinencia. VII. Principio de exclusión. VIII. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba. IX. Crítica y propuestas de mejora.*

I. Introducción

Este precepto recoge una serie de principios referidos al anuncio y práctica de la prueba, según reza su encabezamiento. Por lo tanto, se regulan en el mismo aquellos principios relativos al momento adecuado para proponer y practicar las pruebas, aquellos que informan la decisión de admisión o inadmisión de las pruebas propuestas y, así mismo, aquellos principios que han de informar la práctica o producción de pruebas ante el juzgador.

Muchos de los principios que se referencian y se definen en este artículo se encuentran interrelacionados entre sí. Así, por ejemplo, los principios de igualdad de oportunidades y de contradicción, que, aunque tienen un contenido autónomo, son complementarios entre sí.

Los principios enumerados en este precepto podrían clasificarse en tres categorías. 1) Principios del proceso, donde se ubicarían los principios estructurales del proceso, que informan, en este caso, la actuación de las partes en cuanto a la actividad probatoria (principios de contradicción e igualdad de oportunidades). 2) Principios del procedimiento, relativos a la forma y momento en que han de producirse los actos de prueba (principios de pertinencia e inmediación). 3) Principios relativos a la admisibilidad de las pruebas, que vienen a determinar los medios de prueba admisibles en abstracto (principio de libertad probatoria), así como los criterios para determinar su admisibilidad en el caso concreto (principio de exclusión y principio de pertinencia).

A continuación, los referidos principios serán analizados individualmente por el orden en que figuran en el COIP.

II. Principio de oportunidad

El principio de oportunidad se refiere al momento procesal oportuno para proponer y practicar la prueba.

El momento para proponer la prueba es la etapa de evaluación y preparatoria de juicio¹¹, por lo tanto, siempre de forma previa a la audiencia oral del juicio, con lo que se viene a garantizar la debida contradicción, en tanto que principio estructural del proceso y derecho fundamental de las partes. Por otra parte, la determinación legal del momento oportuno para proponer la prueba se relaciona con el principio de preclusión procesal, de tal forma que, transcurrida la etapa procedimental prevista para tal actividad propositiva, las partes perderán la posibilidad de proponer pruebas posteriormente.

Con el principio de oportunidad y su complementario, el de preclusión, se busca, por una parte, garantizar que las partes conozcan oportunamente las pruebas

¹¹ De acuerdo con el art. 601 COIP una de las funciones de la etapa de evaluación y preparatoria del juicio es, precisamente, anunciar las pruebas que serán practicadas en la audiencia de juicio, recayendo en las partes la carga de anunciar, en este momento procesal, la totalidad de las pruebas de que las partes intenten valerse.

propuestas de contrario (art. 454 apdo. 3) y, por otra, que el proceso no sufra dilaciones indebidas provocadas por la presentación de pruebas extemporáneas. Así mismo, con esta ordenación de la actividad probatoria se garantizan otro de los principios estructurales que ha de informar el proceso en general, y la actividad probatoria en particular, el principio de igualdad de oportunidades (art. 454 apdo. 7 COIP).

Por otra parte, el precepto fija como momento oportuno para la práctica de la prueba la audiencia del juicio, lo cual constituye garantía de intermediación (art. 454 apdo. 2 COIP) y posibilita la oralidad, como principio del procedimiento que también ha de informar la actividad probatoria (art. 560 COIP).

El hecho de que las pruebas en que se base el juzgador sean exclusivamente aquellas practicadas en el juicio oral, como reconoce este precepto, fue seguramente uno de los mayores logros de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, cuya magistral exposición de Motivos se refiere a “la idea fundamental de que en el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y descargo, y donde los Magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio” como una de las principales ideas inspiradores de un proceso penal moderno y de naturaleza acusatoria, frente al antiguo modelo inquisitivo, en el que el mismo juez que conducía la investigación, valoraba las pruebas y dictaba sentencia.

El COIP se encarga de reforzar esa idea según la cual las únicas pruebas a tomar en consideración en la sentencia serán las practicadas en la audiencia oral del juicio, señalando que las actuaciones realizadas durante la fase de investigación solo alcanzarán valor probatorio cuando sea incorporadas al juicio oral, a través de su práctica ante el tribunal sentenciador, con sujeción a los principios de intermediación, contradicción e igualdad.

Como excepción a la referida regla general en cuanto al momento procesal oportuno para practicar las pruebas, este precepto alude al testimonio anticipado. La prueba anticipada se refiere a aquellas diligencias que, no siendo por naturaleza fugaces e irrepetibles en el acto del juicio oral, sí presentan esas características en el caso concreto, en atención a las circunstancias concurrentes, como puede ser la probabilidad de que el testigo fallezca o enferme antes de la celebración del juicio oral¹². En tales casos, se interrogará al testigo en la fase preparatoria del juicio, respetando las debidas garantías, especialmente la contradicción e intermediación (art. 502.2 COIP), de forma que tal diligencia pueda ser valorada como prueba por el juzgador a pesar de haberse practicado en un momento previo al de la audiencia oral.

III. Principio de intermediación

En Ecuador, el principio de intermediación viene reconocido a nivel constitucional. En este sentido, el art. 75 de la Constitución de Ecuador dispone que “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita

¹² Agustín-Jesús Pérez Cruz-Martín, *La prueba y la presunción de inocencia en el Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Latitud Cero Editores, 2016), 314.

de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”.

Históricamente, la inmediación irrumpe como principio básico del procedimiento en tanto que implicación necesaria del proceso oral y público¹³. Por eso sorprende que, entre los principios que han de informar la actividad probatoria, se haga referencia a la inmediación y, sin embargo, se omita toda referencia a otros principios indisolublemente conectados con aquel, e igualmente medulares, como son el de oralidad¹⁴ y la concentración de las actuaciones.

Para Calamandrei, “inmediación significa presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar y, por consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse oralmente sus comunicaciones”¹⁵. Y esta parece ser la concepción acogida por el COIP al indicar que la inmediación implica la necesidad de que tanto las partes como los juzgadores estén presentes en la práctica de la prueba.

Sin embargo, la mayor parte de los autores, al estudiar el principio de inmediación se centran en la relación del juez con las fuentes de prueba. En este sentido, el principio de inmediación exige que el órgano que va a dictar la sentencia sea el que presencie directamente la práctica de las pruebas, examinando personalmente los documentos y escuchando tanto a las partes como a los testigos y peritos llamados a comparecer en la audiencia de juicio sin intermediarios ni interferencias¹⁶. Este principio supone, en definitiva, que el juez sentenciador ha de percibir por sus propios sentidos la práctica de la prueba en que basará su convicción. Se trata, por lo tanto, de garantizar la inmediatez entre los medios probatorios y el juzgador como garantía de una adecuada valoración de la prueba¹⁷.

En sentido negativo, la garantía de inmediación supone la exclusión de cualquier tipo de intermediación entre el juez y las fuentes de pruebas, especialmente en el caso de las pruebas personales. De esta forma, se evita que sean tomadas en consideración en la decisión judicial pruebas practicadas fuera del acto de audiencia oral, especialmente sin la participación del juez sentenciador, como podrían ser los testimonios prestados ante la Fiscalía u otros órganos encargados de la investigación penal¹⁸. Y ello porque, en palabras de Pagano, “en la viva voz hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de voz, el modo de decir, y tantas

¹³ Perfecto Andrés Ibáñez, “Sobre el valor de la inmediación. Una aproximación crítica”, *Jueces para la democracia*, n° 26 (2003), 57-66, 57.

¹⁴ El principio de oralidad se recoge en el art. 560 COIP como un principio informador del procedimiento, que ha de informar, entre otras actuaciones, los testimonios anticipados. E, igualmente, se prevé como uno de los principios a observar en la actuación probatoria, junto con los de publicidad, inmediación y contradicción (art. 610 COIP). Llama la atención, sin embargo, que no se recoja en el art. 454 COIP, si es que este pretende ser un listado completo de los principios que informan la actividad probatoria, como parece anunciar su rúbrica y su ubicación sistemática en el COIP.

¹⁵ Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, trad. Sentís Melendo (Buenos Aires: Ejea, 1973), 330.

¹⁶ Perfecto Andrés Ibáñez, “Sobre el valor de la inmediación. Una aproximación crítica”, 57.

¹⁷ Según la STC 142/2012, de 2 de julio, los principios de publicidad, **oralidad**, inmediación y contradicción deben de rodear el conocimiento de la actividad probatoria para la adecuada valoración de las pruebas (F. J. 5°).

¹⁸ William Torres, “Oralidad-inmediación-concentración”, *Derecho Penal y Criminología* 24, n° 74 (2003), 183-194, esp. 186-187.

otras pequeñas circunstancias, que modifican y desarrollan el sentido de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado con ellas”¹⁹.

Se habla también de inmediación temporal, para referirse a la necesidad de que concurra una proximidad cronológica entre el momento de adquisición de la prueba por el juzgador y la emisión de la sentencia²⁰. Y es que, precisamente para garantizar que la sentencia sea fruto de la apreciación judicial de las pruebas practicadas en la audiencia oral del juicio, es necesario que el tribunal discuta, vote y se pronuncie sobre las cuestiones de hecho y derecho que hayan sido objeto del plenario inmediatamente después, o en un momento temporal próximo, a la celebración del juicio oral. Con la inmediatez temporal se pretende que los juzgadores conserven en su memoria el resultado de la actividad probatoria a la hora de fallar la causa. Esta faceta de la inmediación se identifica con otro principio, presente en el COIP²¹, pero ausente en este precepto, el cual es el principio de la concentración temporal de las actuaciones.

Por lo tanto, el principio de inmediación implica, en primer lugar, el contacto directo de los sujetos procesales entre ellos y con el objeto de la causa²², señaladamente, aunque no exclusivamente, del juez con las fuentes de prueba. Y, en segundo lugar, debería suponer también la necesidad de que sean los jueces que presenciaron la prueba los que dicten la sentencia, valorando y apreciando las pruebas según su conciencia de forma próxima, sino inmediata, a la terminación de la audiencia oral.

IV. Principio de contradicción

El principio de contradicción, junto con el de igualdad de armas u oportunidades, constituye un principio estructural y fundamental de todo proceso judicial²³. Este principio debería de ser respetado a lo largo de todo el procedimiento, incluida la fase de instrucción, aunque en la fase de juicio oral y, señaladamente, en la práctica de la prueba, cobra una especial relevancia y vigor²⁴.

¹⁹ Francesco Mario Pagano, *Considerazioni sul processo criminale* (Stamperia Raimondiana: Nápoles, 1794), 106.

²⁰ Daniel R. Pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002), 53; En este sentido, Jairo Parra Quijano, “Algunas reflexiones sobre los principios de la prueba, nacidas de la lectura del Acto Legislativo N° 3 de 2002, por el cual se reforma la Constitución Política Nacional”, *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, vol. 2, n°. 4 (2003), 29-36, esp. 35, afirma que “la sentencia debe ser pronunciada inmediatamente terminada la audiencia o en un plazo muy breve posterior, para aprovechar, sobre todo, la valoración que el juez fue haciendo durante la audiencia, pero que no manifestó ni plasmó en ningún acto procesal, sino hasta la sentencia”.

²¹ De acuerdo con el art. 610 COIP, en el desarrollo del juicio se observarán, entre otros, los principios de continuidad del juzgamiento y concentración de los actos del juicio.

²² Andrés Ibáñez, “Sobre el valor de la inmediación”, 57.

²³ Vicente Gimeno Sendra, *Fundamentos del Derecho Procesal*, (Madrid: Civitas, 1981), 183-187.

²⁴ Según el Tribunal Constitucional español la contradicción se manifiesta en las distintas fases del proceso, constituyendo una regla esencial del desarrollo del mismo y una exigencia ineludible del derecho a un proceso con todas las garantías (SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000), sin cuya concurrencia, la idea de juicio justo es una simple quimera (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 14°).

En sentido amplio, el principio de contradicción consiste en la efectiva posibilidad de que toda persona, que se halle expuesta a ser afectada en su posición jurídica por una resolución judicial, pueda influir en el contenido de la misma, mediante la adquisición de conocimiento de los materiales en que ha de fundarse, la toma de postura respecto a los mismos y la participación en la introducción en el proceso de materiales que le sean favorables²⁵. En este entendimiento amplio del principio, cabe incidir en que la contradicción no implica únicamente respetar la posibilidad de las partes de ejercer el derecho a defender sus pretensiones al mismo tiempo que contradicen las pretensiones de la contraparte, sino también asegurar que las partes pueden participar en el procedimiento con el fin de influir en su resultado, entendido así, el contradictorio, como mecanismo político-legal de control del poder jurisdiccional²⁶.

El principio de contradicción, aplicado a la actividad probatoria, implica la posibilidad de las partes de controvertir o contradecir las alegaciones realizadas y las pruebas propuestas por la parte contraria. Se entiende, por lo tanto, que es “un elemento nuclear de la actividad probatoria”, que supone que “las pruebas que se incorporen al proceso deban ser conocidas por ambas partes, para poder ser objeto de debate, pudiendo, en su caso, plantear medios de prueba de contrario”²⁷. El respeto debido a este principio permite que los elementos de convicción en que se base el juzgador para decidir la causa, pasen por el tamiz de ambas partes, de forma que los aportados por una puedan ser refutados por la otra antes de que el juez tome posición respecto de los mismos, a través de la actividad de valoración probatoria.

Condición para que la contradicción sea real, es el oportuno conocimiento de la prueba por las partes. En este sentido, la contradicción, en tanto que principio estructural del proceso, presupone, por supuesto, la dualidad de partes, así como el previo conocimiento de la acusación para poder ejercer la defensa. En este sentido, el anuncio por las partes de las pruebas de las que intenten valerse en la fase preparatoria del juicio constituye requisito esencial para el oportuno conocimiento de las pruebas por la contraparte, siendo tal conocimiento, a su vez, presupuesto de una efectiva contradicción.

La posibilidad de contraste y refutación en que consiste el principio de contradicción se erige, además, en garantía del eficaz acercamiento a la verdad. En este sentido, tal y como afirma Ferrajoli:

[...] la verdad perseguida por el modelo acusatorio, concebida como verdad relativa o forma, se adquiere, como en cualquier investigación empírica, a través del procedimiento por ensayo y error. La principal garantía de su obtención se

²⁵ Manuel Ortells Ramos y Alicia Armengot Villaplana, “Los principios del proceso (I)”, en AA.VV. Ortells Ramos (Dir. y Coord.), *Introducción al Derecho Procesal*, 4ª ed. (Navarra: Aranzadi, 2014), 317-348, esp. 319.

²⁶ Camilo Zufelato, “La dimensión de la «prohibición de la decisión-sorpresa» a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n° 78 (2017): 21-42, esp. 23.

²⁷ Silvia Barona Vilar, “Objeto de la prueba y principios esenciales de la actividad probatoria”, en AA.VV. M^a Isabel González Cano (Dir.); M^a Isabel Romero Pradas (coord.) *La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 77-148, esp. 16.

confía a la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, es decir, al libre desarrollo del conflicto entre las dos partes del proceso, portadores de puntos de vista contrastantes, precisamente porque son titulares de intereses opuestos²⁸.

V. Principio de libertad probatoria

El principio de libertad probatoria consagra, en realidad, el principio de libertad de medios de prueba, indicando que todos los medios probatorios son válidos, sin que exista una lista tasada o cerrada de vías por las cuales las fuentes de prueba puedan acceder al proceso. Esta regla podría entrar en contradicción, a priori, con la literalidad del art. 498 COIP, según la cual, los medios de prueba son el documento, el testimonio y la pericia. Sin embargo, la contradicción es solo aparente, en tanto que la admisión de las denominadas pruebas atípicas o innominadas, esto es, no expresamente previstas en la ley suele ser norma general, sin necesidad de disposición legal expresa²⁹.

Ello es así, en primer lugar, porque el juicio de admisibilidad de las pruebas depende, normalmente, de su utilidad para la determinación de los hechos, y no de la existencia de una norma expresa que le dé amparo³⁰. Y, en segundo lugar, porque, normalmente, las fuentes de prueba atípicas pueden ser introducidas en el proceso a través de su reconducción a alguno de los medios de prueba análogos regulados en la norma.

En cualquier caso, de acuerdo con este precepto, la única limitación al acceso de las fuentes de prueba al proceso se encontraría en los requisitos de pertinencia y de legalidad, que son, en definitiva, los criterios de admisibilidad de las pruebas desarrollados en los siguientes apartados del mismo artículo³¹. Por lo tanto, de acuerdo con este apartado, se admitirá cualquier medio de prueba pertinente, en tanto que, referido a hechos o circunstancias relevantes para el enjuiciamiento, y legal, esto es, no contrario a “la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas”³².

En definitiva, el principio de libertad probatoria supone que debe de permitirse la incorporación de todos aquellos elementos probatorios que contengan información relevante para el establecimiento de los hechos, a menos que existan normas

²⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 610.

²⁹ Michelle Taruffo, *La prueba de los hechos* (Madrid: Trotta, 2002), 403-405.

³⁰ Michelle Taruffo, *La prueba de los hechos*, 406.

³¹ El requisito de pertinencia aparece regulado en el art. 454.5 COIP, mientras que, el requisito de legalidad, se recoge en el art. 454. 6 COIP. Ambos serán analizados a continuación.

³² Según Michelle Taruffo, *La prueba de los hechos*, 364, el problema de qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso, se resuelve mediante la aplicación combinada de dos criterios: uno típicamente lógico, que es el de la relevancia; el otro, típicamente jurídico, que es el de la admisibilidad. Entre estos dos criterios hay un orden lógico según el cual la prioridad corresponde al de la relevancia: así, si una prueba es irrelevante, no tiene sentido preguntarse si es jurídicamente admisible, ya que su adquisición sería en todo caso inútil.

legales expresas que los excluyan o condicionen³³. En palabras de Taruffo, “cualquier prueba relevante debe de ser admitida, excepto que una norma jurídica específica la excluya o subordine su admisión a presupuestos o condiciones particulares”³⁴.

De nuevo, se trata de un principio claramente preordenado a garantizar un eficaz acercamiento a la verdad, esto es, a maximizar las posibilidades de determinar de forma racional y aceptable los hechos, evitando al mismo tiempo la conducción de actividades procesales inútiles³⁵.

VI. Principio de pertinencia

El principio de pertinencia implica que todas las pruebas propuestas, para ser admitidas, han de ser relevantes para acreditar hechos o circunstancias relativos a la infracción penal o a la responsabilidad del acusado. Según Taruffo “la relevancia no es propiamente una cualidad de la prueba, sino característica constitutiva de la misma, en el sentido de que solo lo que es relevante puede ser definido como ‘prueba’ en un proceso”³⁶.

El COIP, una vez más, en su afán por potenciar la entrada en el proceso de la mayor cantidad de información posible, de forma que el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la verdad sea eficaz, indica expresamente que serán pertinentes, no solo las pruebas directamente referidas a los hechos relevantes, sino también las que indirectamente se refieren a la infracción penal y sus circunstancias o a la eventual responsabilidad del acusado. Con esta distinción parece hacerse referencia a dos conceptos específicos propios del *common law*: *materiality* y *relevancy*. La primera cualidad, típica de la prueba directa, se refiere a la relevancia de los hechos jurídicos; mientras que, la segunda, se refiere a la prueba relativa a hechos secundarios, por lo tanto, no jurídicos, de los que pueden derivarse lógicamente consecuencias probatorias respecto del hecho principal³⁷.

En definitiva, como consecuencia de este principio, solo deben de admitirse aquellas pruebas relacionadas con los hechos que fundan la pretensión objeto del proceso, de las que pueda deducirse alguna consideración referente a la calificación jurídica del delito o que puedan servir para adquirir el convencimiento sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado³⁸.

³³ Claudio Meneses Pacheco, “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, *Ius et Praxis*, vol. 14, n.º. 2 (2008), 43-86, 81.

³⁴ Michelle Taruffo, *La prueba de los hechos*, 378.

³⁵ Michelle Taruffo, *La prueba de los hechos*, 378.

³⁶ Michelle Taruffo, *La prueba de los hechos*, 365.

³⁷ Sobre esta distinción entre prueba directa e indirecta, véase Michelle Taruffo, *La prueba de los hechos*, 365 y 453-460. De acuerdo con el autor, la distinción entre prueba directa o indirecta depende de la relación que se dé entre el hecho a probar y el objeto de la prueba. Por lo tanto, será prueba directa aquella que versa directamente sobre el hecho a probar. Y, en cambio, se estará ante una prueba indirecta cuando el objeto de la prueba esté constituido por un hecho distinto de aquel que debe de ser probado, pero que, a pesar de ello, resulta jurídicamente relevante a los efectos de la decisión.

³⁸ Agustín-Jesús Pérez Cruz-Martín, *La prueba y la presunción de inocencia en el Código Orgánico Integral Penal*, 132.

VII. Principio de exclusión

El principio de exclusión constituye la concreción legal de la norma constitucional según la cual “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria” (art. 76.4 Constitución de Ecuador).

El principio de exclusión es, al igual que el de pertinencia, una norma sobre la admisibilidad de las pruebas, en este caso, de contenido negativo o excluyente. En definitiva, especialmente en un sistema como el ecuatoriano, en el que rige la libertad de medios de prueba, si cualquier prueba relevante es en principio admisible³⁹, lo que determina este principio es una exclusión a posteriori de determinadas pruebas a la luz de ciertas normas jurídicas.

Concretamente, el art. 454.6 COIP, determina la inadmisibilidad y excluye, por lo tanto, la eficacia probatoria de aquellos elementos de convicción obtenidos en violación de los derechos reconocidos por la Constitución, por los tratados internacionales en materia de derechos humanos y, más generalmente, en la ley. La amplitud con que se recoge esta norma de exclusión lleva a concluir que resultan inadmisibles las pruebas obtenidas vulnerando cualquier derecho que el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconozca, tanto a las personas individualmente como en atención a su pertenencia a un grupo, así como a las comunidades pueblos y nacionalidades. Y ello, en aplicación del principio general, según el cual, donde la ley no distingue, no debe de hacerlo el intérprete.

Adicionalmente, el precepto que nos ocupa excluye las pruebas referidas a conversaciones entre la defensa y la fiscalía en desarrollo de manifestaciones preacordadas. El manto de confidencialidad con que se protegen estas comunicaciones parece claramente preordenado a incentivar las negociaciones ente la defensa y la acusación, lo que parece acorde con la enorme relevancia que el ordenamiento jurídico ecuatoriano otorga a la cooperación eficaz del acusado en la determinación de la pena⁴⁰.

En definitiva, si se busca fomentar la justicia negociada y los acuerdos entre las partes, la confidencialidad de las negociaciones puede constituir un incentivo clave y un factor esencial para una negociación libre y franca. Ahora bien, como toda regla de exclusión, la inadmisibilidad de tales comunicaciones, impidiendo su acceso al proceso, supone limitar la información que accede al mismo y, con ello, las posibilidades de determinación de los hechos y de acercamiento a la verdad.

Por último, en este mismo precepto se indica que “los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, se podrán utilizar en el juicio con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones, siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio. En ningún caso serán admitidos como prueba”. Esta disposición, de redacción bastante

³⁹ Cabe referir, en este punto, la Rule 402 de las Federal Rules of Evidence norteamericanas, según la cual “*all relevant evidence is admissible*”.

⁴⁰ Los acuerdos de cooperación eficaz son regulados en los arts. 491 a 494 COIP, los cuales son objeto de comentario en esta obra por Xulio Ferreiro Baamonde.

mejorable, debe de ser limitada en su literalidad a través de una interpretación teleológica. Evidentemente, no se debe derivar de la misma que las declaraciones de los testigos y los informes periciales no serán admitidas como prueba, lo cual resultaría absurdo. Por el contrario, lo que parece derivarse de esta norma legal es una preferencia por el testigo directo y, en general, por la prueba directa, frente al testigo de referencia o a pruebas indirectas relativas a la credibilidad del testigo o a lo que este haya podido decir o hacer según terceras personas.

Igualmente, al excluir el precepto “cualquier otra declaración previa” parece referirse a las declaraciones realizadas en la fase de investigación o preparatoria del juicio, las cuales, de acuerdo con el ya analizado principio de oportunidad, no constituirán prueba, dado que solo las diligencias practicadas en la audiencia oral de juicio constituyen auténticas pruebas y despliegan valor probatorio.

Por el contrario, las actuaciones de la fase preparatoria no deben de ser tomadas en consideración por el juzgador para formar su convicción, con la excepción del testimonio producido de forma anticipada.

Sobre las declaraciones practicadas en fase de investigación, el COIP se cuida de advertir que solo podrán ser usadas con la “finalidad de recordar y destacar contradicciones, siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio”⁴¹, indicando que, en ningún caso, serán admitidas como prueba. Se trataría, en este supuesto, de una exclusión vinculada, no a la irregular obtención de la prueba, sino a su irregular incorporación al proceso, por haberse producido tales actuaciones en un momento procedimental inoportuno y, por ende, no apto para la producción de pruebas.

VIII. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba

El principio de igualdad de oportunidades para la prueba constituye una concreción legal del derecho, reconocido a nivel constitucional, consistente en presentar pruebas por la defensa y contradecir las que se presenten en su contra (art. 76.7 h) Constitución de Ecuador). A nivel constitucional, el derecho de presentar pruebas es concebido como garantía esencial del derecho de defensa.

Ahora bien, tal y como se ha indicado en epígrafes anteriores, este derecho no es ilimitado, debiendo ser entendido como el derecho a utilizar las pruebas pertinentes para el proceso, inadmitiéndose aquellas irrelevantes o impertinentes, así como las no permitidas por la ley y las presentadas fuera de plazo o sin respetar la legalidad procesal⁴². En definitiva, para que la vulneración de este derecho alcance relevancia

⁴¹ En una línea similar, la legislación procesal penal española parece atribuir una función similar a las declaraciones sumariales de los testigos, disponiendo que “cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe” (art. 714 LECrim).

⁴² España Tribunal Constitucional, Sentencia 70/2002, de 3 de abril, Boletín Oficial del Estado 99, 25 de abril de 2002.

constitucional será preciso que, siendo relevante para la decisión final del litigio, el medio de prueba propuesto en legal forma, sea inadmitido inmotivadamente o mediante una interpretación o aplicación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable⁴³.

El principio de igualdad de armas se encuentre, así mismo, claramente conectado con el de contradicción. Igual que este, aquel debe de ser respetado en todas las fases procesales, y no exclusivamente en el marco del juicio oral, aunque sea en el momento de la práctica probatoria en el que cobra un vigor e importancia mayores. Este principio implica que acusación y defensa han de contar con posibilidades análogas de actuación a lo largo del proceso, con idénticas oportunidades de alegar y probar lo que a su derecho convenga y, asimismo, de refutar las alegaciones y pruebas introducidas por la parte contraria.

Tratándose de una garantía básica y estructural del debido proceso, cabe hacer hincapié en que corresponde a los órganos judiciales procurar que en el proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que estas posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen⁴⁴.

La igualdad formal se basa en que la ley no cree desigualdades en cuanto a las oportunidades de actuación de las partes y que no imponga a una de las partes una carga desproporcionada, atribuyéndole, por ejemplo, la carga de probar hechos negativos o su propia inocencia.

Sin embargo, la igualdad material, a la que también alude el art. 454. 7 COIP, es bastante más compleja de alcanzar, al menos solo con base en la regulación legal. Solo si las partes gozan de ciertos derechos prestacionales de forma efectiva se podrá alcanzar la igualdad material o real. Pero para ello, es necesario establecer medidas que remuevan los obstáculos que provocan la desigualdad material entre los individuos, tales como la desigualdad en el nivel cultural, en los conocimientos técnico-jurídicos, en el acceso a los recursos económicos necesarios para afrontar el proceso, etc. En este sentido, resulta especialmente relevante el derecho de asistencia jurídica gratuita –reconocido en el art. 75 Constitución de Ecuador–, que ha de ser reconocido a todos aquellos acusados que no tengan recursos económicos suficientes para contar con un asesoramiento jurídico efectivo y de calidad. Solo de este modo será posible acercarse al ideal de la igualdad material.

IX. Crítica y propuestas de mejora

Como valoración general del precepto, cabe señalar que resulta loable la

⁴³ España Tribunal Constitucional, Sentencia 1/1996, de 15 de enero, Boletín Oficial del Estado 43, 219 de febrero de 1996.

⁴⁴ España Tribunal Constitucional, Sentencia 26/1988, de 28 de noviembre, Boletín Oficial del Estado 306, 22 de diciembre de 1988; España Tribunal Constitucional, Sentencia 162/1993, de 18 de mayo, Boletín Oficial del Estado 147, 21 de junio de 1993; o, España Tribunal Constitucional, Sentencia 154/2000, de 12 de junio, Boletín Oficial del Estado 165, 11 julio 2000.

existencia de un cuadro de principios que informen la actividad probatoria, y que sirvan para integrar aquellas lagunas que, en materia de prueba, pueda tener la legislación. Los principios referidos en este precepto, además de constituir normas de directa aplicación, han de servir de guía interpretativa a los juzgadores a la hora de desarrollar la actividad probatoria, así como a la hora de interpretar la ley procesal.

Ahora bien, cabe hacer una crítica de principio al precepto legal en cuestión, primeramente, por referirse a los principios que informan “el anuncio y práctica de la prueba”, cuando muchos de ellos se refieren a otro acto procesal clave de la actividad probatoria, el cual es el de la admisión o inadmisión de las pruebas propuestas por las partes. Quizás habría sido más oportuno hablar de los principios que rigen la actividad probatoria, abarcando también los principios que informan, por ejemplo, el momento de valoración de la prueba.

En segundo lugar, resulta criticable la existencia de omisiones inexplicables en el catálogo de principios que han de informar la actividad probatoria. Es que, incluso limitando el ámbito del precepto a la proposición y práctica de la prueba, se acusan ausencias muy relevantes. Así, por ejemplo, no se alude a los principios básicos, conectados con la intermediación, como el de oralidad o el de concentración de las actuaciones. Estos principios sí encuentran, sin embargo, cierto reconocimiento a nivel constitucional o en otros preceptos del COIP. Concretamente, el art. 86.2 a) de la Constitución Ecuador dispone que “el procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias”.

Tampoco se consagra la publicidad de los actos procesales de prueba. Y ello, a pesar de que, a nivel constitucional, sí se proclama la publicidad de los procedimientos judiciales como garantía básica del derecho de defensa y del debido proceso (art. 76.7 d) Constitución de Ecuador⁴⁵, concretado a nivel legal en los arts. 560 y 610 COIP).

Asimismo, se echa en falta, en este artículo que pretende aunar los principios de la actividad probatoria, algún principio que regule la proposición de pruebas, señalando si la iniciativa probatoria ha de recaer única y exclusivamente en las partes o si, por el contrario, en determinados casos el juez puede proponer de oficio la práctica de ciertas pruebas⁴⁶.

Por otra parte, el precepto recoge algunas normas procesales, como las relativas al momento en que han de proponerse y practicarse las pruebas, o como el valor probatorio de ciertas declaraciones que, lejos de referirse a principios generales, constituyen especificaciones normativas particulares para situaciones muy concretas. Por lo tanto, es posible que la ubicación sistemática de estas normas en este precepto no sea la más adecuada.

⁴⁵ Según este precepto “[l]os procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley”. Así mismo, el art. 610 COIP indica que la actuación probatoria en el juicio se regirá por el principio de publicidad.

⁴⁶ Cuestión que es regulada en el art. 604.4 b) COIP, según el cual “En ningún caso la o el juzgador podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”.

III. NEXO CAUSAL PROBATORIO

Art. 455.- Nexo causal.- *La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Concepto de nexo causal. III. La prueba del nexo causal y la exclusión de las presunciones. IV. Crítica.*

I. Introducción

El objeto de este precepto parece ser doble. Por una parte, se deriva del mismo la necesidad de acreditar el nexo causal entre la infracción y la persona procesada, determinándose así, al menos parcialmente, el objeto de la prueba del proceso penal. Esto es evidente: cualquier proceso penal busca comprobar si el factor introducido por el acusado es o no la causa del resultado penalmente relevante¹.

Por otra parte, y aquí se encuentra, seguramente, la razón de ser de este precepto, la norma excluye las presunciones como forma de acreditar el nexo causal, indicando que este debe de quedar acreditado a través de medios de prueba directos y no de meros indicios.

II. Concepto de nexo causal

La relación de causalidad, o nexo causal al que se refiere el precepto, viene constituido por la vinculación entre la conducta que despliega el sujeto activo y el resultado material o lesivo de esa conducta. Desde la perspectiva procesal, este nexo no es más que un juicio de imputación del hecho al procesado. Sin embargo, desde el punto de la dogmática penal, no sin cierta controversia, se indica que el nexo causal es un elemento constitutivo del tipo penal objetivo, previo y adicional a la imputación objetiva². En este sentido, el nexo causal sería la conexión fáctica o empírica de la realidad naturalística en la que se basa la acción y el resultado³. Tal y como apunta Hernández Basualto:

[...] el aspecto más característico del problema desde el punto de vista estrictamente causal es que las dificultades no se refieren sólo a la comprobación del nexo causal en el caso concreto, entendiéndose por tal la explicación del mismo

¹ Carlos Pérez Del Valle, “La causalidad ¿una solución procesal para un problema dogmático?”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* XLIX, fasc. III (1996): 979-1003, 1000.

² José María Peláez Mejía: “La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal”, *Revista De Derecho (Valdivia)* XXXI, n° 2 (2018): 295-320, 304, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v31n2/0718-0950-revider-31-02-00295.pdf>

³ José María Peláez Mejía, “La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal”, 304.

mediante la aplicación de una ley causal general. Por el contrario, los casos se caracterizan porque a la luz del estado actual de las disciplinas competentes se encuentra en duda el presupuesto mismo de dicha comprobación singular, cual es la propia existencia de una ley causal general aplicable a éste o a otros casos equivalentes⁴.

Los defensores de la exclusión de la prueba indiciaria como forma de acreditar el nexa causal parten, precisamente, de la distinción entre la ley causal de cobertura y la conexión entre la acción y el resultado en el caso concreto, argumentando que:

[u]na ley de cobertura se prueba mediante la experiencia científica, y esta debe de llevarse al proceso mediante prueba pericial (...) La prueba indiciaria si bien puede probar el hecho generador y el generado, no tiene idoneidad para probar el nexa entre el uno y el otro, ya que no puede establecer la ley de cobertura. El indicio prueba hechos a partir de otros hechos; por lo tanto, hay una imposibilidad epistemológica de utilizar el indicio para probar aquello que es contrafactual como es el caso de la ley de cobertura en sí misma considerada⁵.

Sin embargo, este argumento no parece resultar extensible al precepto legal objeto de análisis, el cual parece referirse, no a esa ley causal general, sino más bien a la causalidad en el caso concreto, esto es, al nexa causal entre la infracción y la persona procesada.

La existencia de causalidad o nexa causal entre la “conducta” ejecutada por una persona y el ulterior “resultado” producido es un elemento imprescindible de la responsabilidad penal en los delitos de resultado –al menos respecto de los que producen una modificación del mundo físico⁶–, y aunque está claro que su comprobación es un requisito necesario para considerar a un sujeto como responsable, también es cierto que tal elemento no es suficiente⁷. Y ello porque adicionalmente

⁴ Héctor Hernández Basualto, “El problema de la ‘causalidad general’ en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 1 (2006): 1-33, 3, http://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/a_7.pdf

⁵ Luis Bernardo Ruiz Jaramillo; Óscar García Arcila, “La relación de causalidad en la valoración de la prueba en la responsabilidad médica administrativa, estudio de Jurisprudencia del Consejo de Estado”, *Estudios de Derecho LXVII*, n.º 150 (2010): 17-40, 23, <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/331367/20787508>

⁶ Según Héctor Hernández Basualto, “El problema de la ‘causalidad general’ en el derecho penal chileno”, 3-4, debe hacerse notar que el problema de la causalidad general no es exclusivo de los delitos de lesión, sino que también afecta la eventual introducción de *delitos de peligro*, aun de delitos de peligro abstracto. La razón estriba en que, siendo consustancial a la idea de peligro el pronóstico fundado de lesión, esto es, de que la conducta *puede causar* la lesión, no puede calificarse de “peligrosa” (en concreto) una actividad si faltan los presupuestos conceptuales de tal pronóstico.

⁷ Según Héctor Hernández Basualto, “El problema de la ‘causalidad general’ en el derecho penal chileno”, 9, descontado que la causalidad no puede razonablemente ser criterio *suficiente* para fundar la imputación jurídico-penal, no parece posible, sin embargo, desconocer su importancia fundamental como

es indispensable demostrar: (i) la vinculación jurídica de esa causalidad empírica con su ejecutor mediante un juicio de imputación objetiva que verifique la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la concreción de este en el resultado; (ii) si dicho comportamiento fue realizado con dolo o al menos con imprudencia, ya que está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva; y, finalmente, (iii) si tal comportamiento fue perpetrado por un sujeto capaz de comprender lo ilícito de sus actos, consciente de la prohibición de tal comportamiento y con la posibilidad de actuar de otra manera; esto es, si el sujeto actuó con culpabilidad⁸.

III. La prueba del nexo causal y la exclusión de las presunciones

Como se avanzó al inicio de este capítulo, la verdadera razón de ser del precepto objeto de análisis se encuentra en su parte final, en la cual, con una redacción bastante confusa, se excluyen las presunciones como forma de acreditación del referido elemento constitutivo del delito. En este sentido, se afirma que, con este precepto se obliga a los tribunales penales a abandonar la teoría procesal de la comprobación del nexo causal con base en indicios (vigente con el Código Penal derogado) y se exige su acreditación con base en auténticos medios de prueba⁹.

El precepto en cuestión indica que la acreditación del nexo causal “tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones”. De esta redacción se derivan dos cuestiones, a mi juicio, cuanto menos inquietantes. La primera es la contraposición entre los hechos reales, por una parte, y los hechos presuntos, por otra, como si se tratase de términos antónimos, cuando en realidad no lo son. La segunda es la exclusión tajante de las presunciones, que no parece limitarse a las presunciones legales contra reo, lo cual podría encontrar justificación, sino que parece venir a excluir, en general, la prueba indiciaria.

La prueba indiciaria o la presunción consiste en una inferencia que permite pasar de un hecho conocido (*factum probans*) a un hecho desconocido (*factum probandum*), entre los cuales debe existir un enlace preciso, lógico y racional según las normas del criterio humano o máximas de la experiencia¹⁰. Las presunciones son, por lo tanto, deducciones lógicas construidas a partir de indicios o indicadores, las cuales constituyen una vía generalmente admitida en el proceso penal para formar la

criterio *necesario* de la misma, al menos en el ámbito de los delitos cuya consumación exige una alteración física del mundo, como ocurre paradigmáticamente en los tipos de homicidio y lesiones.

⁸ José María Peláez Mejía, “La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal”, 296.

⁹ Fabián Gustavo Gordillo Gallegos y Jorge Morales Álvarez, *La prueba del curso causal* (Cuenca-Ecuador: Universidad del Azuay, 2015), 1-40, 37, <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/4337>.

¹⁰ Según el Tribunal Supremo español “*la prueba indiciaria es la suma enlazada y no desvirtuada de una serie de datos; datos base, que, a través de ellos, permiten al Juez arribar el hecho consecuencia por medio de un explícito juicio de inferencia fundado en un razonamiento lógico-inductivo en el que la solidez de los indicios avala la solidez de la conclusión, siempre en los términos propios de la certeza judicial*”. España Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, Sentencia 532/2019, de cuatro de noviembre de 2019. ECLI: ES: TS: 2019:3504, Recurso de Casación.

convicción judicial¹¹. De hecho, en la gran mayoría de las causas penales, la prueba empleada es de naturaleza indiciaria, dado que, habitualmente no es posible contar con pruebas directas, siendo las únicas disponibles las de carácter indirecto¹². Esta admisión generalizada de la prueba por indicios se pone de manifiesto en la realidad de los tribunales penales, además de ser expresamente avalada tanto por el Tribunal Constitucional español¹³ como por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos¹⁴.

La realidad es que la prueba por indicios o, más bien, el razonamiento indiciario, está enraizado en la base del enjuiciamiento penal. De hecho, puede sostenerse, como lo hace Hernández Basualto

[...] que la prueba en el proceso penal nunca funciona sobre la base de certezas sino sólo con grados más o menos altos de plausibilidad, como lo muestra especialmente el rol prominente que en la prueba penal le corresponde a la llamada “prueba indiciaria”, esto es, a las inferencias realizadas a partir de hechos conocidos, probados mediante “prueba directa”¹⁵.

Así pues, al igual que ocurre en las ciencias naturales, donde la explicación causal de la relación entre dos sucesos es generalmente una explicación probabilística, también en el proceso penal será posible y legítimo acreditar el nexo causal entre dos sucesos sobre la base de explicaciones probabilísticas¹⁶. Y ello porque, si esto es suficiente para los estándares de racionalidad de las ciencias naturales, desde luego deberá de serlo también para el razonamiento jurídico.

En definitiva, no cabe duda de que las presunciones judiciales son absolutamente legítimas como método de integración de la convicción judicial, y aptas para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, por lo que no se alcanza a comprender su

¹¹ Fernando Gascón Inchausti, “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba”, en AA.VV. Juan Antonio Robles Garzón; Manuel Ortells Ramos (coords.), *Problemas actuales del proceso iberoamericano* 1, (2006), 587-606, 594.

¹² De acuerdo con Jordi Nieva Fenoll, *Derecho Procesal III. Proceso penal* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019), 400, la presunción es un esquema de razonamiento que cabe utilizar a propósito de cualquier prueba y que no constituye un acontecimiento aislado, sino que se trata de una constante en cualquier enjuiciamiento, ya que siempre se intentan averiguar unos hechos presuntos, a través de un juicio lógico, a partir de unos indicios, siendo únicamente los delitos flagrantes los que podrían ser objeto de condena sin acudir a este razonamiento presuntivo.

¹³ Según el Tribunal Constitucional español, las pruebas indiciarias son aptas para desvirtuar la presunción de inocencia cuando los hechos indicios se encuentran plenamente probados, y de ellos cabe deducir los hechos constitutivos de delito a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, el cual debe de ser expresamente explicitado en la sentencia condenatoria (véanse, entre otras, las SSTC 174/1985, de 17 de diciembre, 175/1985, de 7 de marzo y 24/1997, de 11 de febrero).

¹⁴ Véanse, en este sentido, las SSTEDH Salabiakn v. Francia de 7 de octubre de 1988; Pham Hoang v. Francia, de 25 de septiembre de 1992 y Telfner v. Austria, de 20 de marzo de 2001, en las que se reconoce la capacidad de la prueba por indicios para desvirtuar la presunción de inocencia.

¹⁵ Héctor Hernández Basualto, “El problema de la ‘causalidad general’ en el derecho penal chileno”, 19.

¹⁶ Héctor Hernández Basualto, “El problema de la ‘causalidad general’ en el derecho penal chileno”, 22-23.

exclusión en cuanto a la prueba del nexo causal, como fundamento de la imputación de la persona procesada.

En cualquier caso, la voluntad del legislador ecuatoriano de excluir generalmente la prueba por indicios como forma de acreditar en el proceso el nexo causal, se confirma con la excepción a tal regla contenida en el art. 457 III COIP, según el cual, “en el caso de delito de desaparición involuntaria, la acumulación de indicios servirá de nexo causal vinculante siempre y cuando dichos indicios se relacionen con el hecho o circunstancia a probar y sean inequívocos respecto del hecho o circunstancia controvertida¹⁷. Por lo tanto, si los indicios se admiten expresamente en casos de desaparición involuntaria, a *sensu contrario*, hay que interpretar que no resultan admisibles en el resto de infracciones penales.

Por último, hay que advertir que, tal y como pone de manifiesto Hernández Basualto, la prueba del nexo causal, en tanto que relación entre el resultado y la acción del autor, parece enfrentar dificultades en contextos causales complejos¹⁸. Así, por ejemplo, en la relación causal entre el desarrollo normal de determinadas actividades complejas –generalmente productivas y técnicamente sofisticadas– y la aparición de enfermedades o aun la muerte de personas situadas de alguna manera en el área de impacto de tales actividades, debido a que es, en este contexto, y no en otro –como el de las muertes y lesiones producidas por la delincuencia común–, en el que las prácticas y concepciones probatorias tradicionales se han ido enfrentando a grandes dificultades a la hora de fundamentar la existencia de una relación causal respecto de la cual, sin embargo, existen muy fuertes indicios y un extendido convencimiento¹⁹. Seguramente por eso, ante la generalización de la acreditación de la prueba a través de indicios en este tipo de delitos, para contrarrestar tal práctica judicial, el legislador ecuatoriano decidió optar por excluir la prueba indiciaria. No obstante, lo que no se comprende es que tal exclusión se prevea, con carácter general, para la apreciación del nexo causal respecto de cualquier delito, salvo el de desaparición involuntaria, sin limitarlo a aquellos supuestos de contextos causales complejos.

IV. Crítica

Primeramente, cabe dirigir una crítica de principio al precepto, dada la innecesaridad de regular específicamente la prueba sobre el nexo causal, en tanto que elemento constitutivo del tipo penal objetivo. Este elemento, como el resto de los que determinan o modulan la responsabilidad penal del procesado, debiera de

¹⁷ Esta disposición fue introducida por Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal (R.O. 107-S, 24-XII-2019). La ubicación sistemática del precepto resulta criticable. Siendo una excepción a la regla general del art. 455 COIP, debería de haberse introducida esta norma relativa a las desapariciones involuntarias como un segundo párrafo del referido precepto. Su inclusión en un precepto relativo a la valoración de la prueba (art. 457 COIP) no encuentra explicación.

¹⁸ Héctor Hernández Basualto, “El problema de la ‘causalidad general’ en el derecho penal chileno”, 3.

¹⁹ Héctor Hernández Basualto, “El problema de la ‘causalidad general’ en el derecho penal chileno”, 3.

ser acreditado en el proceso conforme a unas reglas probatorias comunes, basadas en la valoración de la prueba libre y racional por parte del juzgador, así como en los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.

No se alcanza a comprender el porqué de la existencia de un precepto legal indicando la necesidad de probar en el juicio el referido nexo causal, cuando, en primer lugar, este puede carecer de sentido en cierto tipo de delitos –como los de mera actividad–; y, en segundo lugar, porque existen otros muchos aspectos necesitados de prueba para imputar responsabilidad penal a una persona por un hecho delictivo –tales como la imputación objetiva, el dolo, la imprudencia y la culpabilidad–. Por otra parte, al excluirse las presunciones como forma de acreditación de este elemento del tipo, parece establecerse un sistema probatorio distinto y, consecuentemente, un diverso nivel de certeza, para los distintos elementos constitutivos de la responsabilidad penal, lo cual podría resultar discutible desde el punto de vista de la teoría de la prueba.

En otro orden de ideas, la norma resulta criticable en vista de su ámbito de aplicación general, que abarcaría cualquier delito salvo el de desaparición involuntaria. En caso de justificarse la existencia de un precepto como este, su aplicación debería limitarse a relaciones causales complejas²⁰.

A mayor abundamiento, cabe indicar que la redacción del precepto es poco clara y manifiestamente mejorable en algunos puntos. Algunas de las cuestiones a mejorar serían las siguientes:

- En primer lugar, el precepto distingue entre *prueba* y *elementos prueba*, sin que a tales conceptos se les atribuya un contenido o significado propio y autónomo. Puede que la pretensión del legislador fuera distinguir entre las fuentes y los medios de prueba, en cuyo caso habría sido más adecuado usar los referidos términos, que son los generalmente aceptados por la doctrina científica²¹.

- Otra cuestión criticable en cuanto a la redacción del precepto es la indicación de que la prueba “deberá de tener un nexo causal”, cuando la prueba, evidentemente, no tiene ni deja tener nexo alguno, sino que, a lo sumo, sirve para acreditar tal nexo.

- El precepto indica, así mismo, que “el fundamento tendrá que basarse en hechos

²⁰ En este sentido, cabe señalar, a modo de ejemplo, de una regulación similar, si bien limitada a determinados tipos delitos, el art. 232 del Proyecto de Nuevo Código Penal chileno (Texto refundido y sistematizado del articulado aprobado en las deliberaciones de la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia, entregado al Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar, el día 18 de diciembre de 2005 y elaborado por Jean Pierre Matus Acuña y Héctor Hernández Basualto. Acceso el 18 de febrero de 2021. <http://www.icpenales.cl/website/www.icpenales.cl/uploads/pdf/anteproyecto-foro-penal.pdf>), en el cual se dispone lo siguiente: “*Sin perjuicio de las reglas generales, podrá tenerse por probado que la operación de un proyecto o actividad ha producido efectivamente lesiones graves o la muerte de una o más personas determinadas, si se cumplen los siguientes requisitos: a) Que exista prueba de que una o varias personas determinadas estuvieron expuestas al peligro producido por el proyecto o actividad, con anterioridad a sus lesiones o muerte; b) Que exista prueba pericial que aporte una explicación general sobre los procesos biológicos, químicos o físicos que desencadenan en las personas la exposición al peligro de que se trate; y c) Que exista prueba pericial de que en las personas lesionadas o muertas se desencadenaron similares procesos a los mencionados en la letra anterior, después de su exposición al peligro de que se trate*”.

²¹ Entre otros muchos, Claudio Meneses Pacheco, “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, *Ius et Praxis*, 14, n.º. 2 (2008): 43-86.

reales [...] y nunca en presunciones”, sin que de la literalidad del mismo quede claro a qué fundamento se está refiriendo la norma, si al de la prueba, o al del nexo causal.

Seguramente, el precepto, de ser considerado necesario, sería más claro redactado en los siguientes términos: *La prueba referida al nexo causal entre la infracción y la persona procesada ha de ser directa, sin que se admitan las presunciones en este ámbito*. Las referencias a hechos reales (frente a presuntos) o la distinción entre pruebas y elementos de prueba complican innecesariamente la redacción y no parecen aportar nada al contenido de la norma.

Por otra parte, el precepto puede resultar equívoco, al estar ubicado sistemáticamente entre las disposiciones generales relativas a la prueba (Título IV, Capítulo I COIP) e indicar que “la prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada”, ya que una interpretación literal y sistemática del mismo podría llevar al erróneo entendimiento de que “todas las pruebas” han de referirse a ese nexo entre la conducta y el resultado, cuando, evidentemente, resulta perfectamente posible y aun necesario, que la actividad probatoria se refiera, también, a otros circunstancias o hechos relevantes para el enjuiciamiento, como las agravantes y atenuantes de la responsabilidad penal, la culpabilidad de la persona procesada o la entidad del daño causado, entre otros muchos extremos que deberán ser acreditados en el juicio.

Igualmente, resulta criticable la mezcla entre cuestiones propias del derecho procesal, como el objeto de la prueba, y elementos pertenecientes a la dogmática penal, especialmente tratándose de categorías sujetas a enormes controversias doctrinales y no aplicables a todo tipo de infracciones, como es el caso del nexo causal. En definitiva, el objeto de la prueba ha de ser los hechos que, desde la óptica jurídica, aparecen como relevantes para la decisión judicial. Esta cuestión ya viene determinada en los arts. 453 y 454.5 COIP, sin necesidad de aludir específicamente a la prueba del nexo causal o la causalidad como objeto de prueba.

Por último, la exclusión de la prueba indiciaria, en los términos indicados por el precepto, no parece adecuada. La prueba por indicios no es más que un razonamiento lógico deductivo que, de la prueba plena y directa sobre ciertos hechos (hechos indicio), permite deducir o afirmar con cierto nivel de certeza la existencia de otro hecho (hecho consecuencia o hecho presunto). Pues bien, cuando este razonamiento lógico-deductivo se basa en hechos indicios suficientemente sólidos y absolutamente contrastados, así como en un nexo lógico y racional que conduce de forma natural del hecho indicio al hecho presunto, las garantías probatorias que ofrece este método son adecuadas. Por eso, en general, la prueba indiciaria debe admitirse en el proceso penal.

IV. CADENA DE CUSTODIA

Art. 456.- Cadena de custodia.- *Se aplicará cadena de custodia a los elementos físicos o contenido digital materia de prueba, para garantizar su autenticidad, acreditando su identidad y estado original; las condiciones, las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos y se incluirán los cambios hechos en ellos por cada custodia.*

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

SUMARIO: *I. Introducción. II. Concepto de cadena de custodia III. Objeto de la cadena de custodia. IV. Finalidad de la cadena de custodia. V.- La cadena de custodia desde su perspectiva material. VI. Sujetos responsables. VII. Crítica y propuestas de mejora.*

I. Introducción

Este precepto regula la cadena de custodia sobre los elementos o piezas de convicción que luego serán introducidos en el proceso a través de los diversos medios de prueba. Se trata, por lo tanto, de una actividad previa a la netamente probatoria, que sin duda constituye una cuestión de trascendental relevancia en todo sistema procesal.

El precepto identifica, en primer lugar, los elementos que serán objeto de la cadena de custodia. En segundo lugar, determina la finalidad de la cadena de custodia, esto es, para qué sirve la misma. En tercer lugar, describe la cadena de custodia desde su perspectiva material, detallando el inicio y el fin de la misma, así como los elementos intermedios o las distintas secuencias que integran los distintos “eslabones” de esa cadena ininterrumpida de protección. Por último, individualiza a los distintos sujetos responsables de la aplicación de esta garantía básica orientada a asegurar el valor probatorio de los elementos de convicción.

II. Concepto de cadena de custodia

De acuerdo con Gutiérrez Sanz, para elaborar un concepto de cadena de custodia es necesario partir de una doble perspectiva¹. Así pues, según la referida autora, por un

¹ María Rosa Gutiérrez Sanz, *La cadena de custodia en el proceso penal español*, (Navarra: Aranzadi, 2016), 25.

lado, la cadena de custodia es un proceso técnico específico de ocupación, custodia y análisis orientado a permitir la trazabilidad de las fuentes de prueba; mientras que, por otro, se trata de un instrumento procesal imprescindible para otorgar verosimilitud a la prueba pericial que, por lo tanto, influirá en su valoración.

Desde la primera perspectiva, la cadena de custodia es el conjunto de prácticas de carácter material que se desarrollan desde la ocupación del vestigio criminal – obtención del elemento de prueba según la terminología del COIP– hasta que tal vestigio se analiza y se aporta al proceso, ínterin en el cual no debe de haber interrupción entre la progresión de acciones de recogida, custodia y análisis².

Desde la perspectiva procesal, la cadena de custodia avala la incolumidad de la fuente de prueba y, por lo tanto, su ruptura conduce a la menor o nula fiabilidad de la pericia practicada sobre tal fuente probatoria³.

En definitiva, la cadena de custodia puede ser definida como el procedimiento, oportunamente documentado, que permite constatar la identidad, integridad y autenticidad de los vestigios o indicios delictivos, desde que son encontrados, hasta que se aportan al proceso como pruebas⁴.

Para algunos autores, la cadena de custodia no exige necesariamente la documentación escrita del conjunto de actos en que consiste, pudiendo darse cuenta de tales actuaciones mediante testimonio de las personas intervinientes⁵. En este punto, aunque el COIP no establece expresamente el requisito de documentación escrita, parece la solución más oportuna, debiendo de quedar documentalmente registrados los siguientes aspectos: las condiciones –se entiende por estas, las circunstancias en que se encontraban los vestigios en el momento de su hallazgo–, las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos –por lo tanto, la identificación de todos los sujetos que hayan intervenido en las distintas actuaciones que integran la cadena de custodia– y, por último, los cambios hechos en ellos por cada custodia –debiendo de reflejarse, también en soporte documental, cualquier modificación de los vestigios y de las condiciones en que estos se encontraban originalmente–.

² En este sentido, Esteban Mestre Delgado, “La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos”, en AA.VV., Carmen Figueroa Navarro (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal* (Madrid: Edisofer, 2015), 39-79, 69, señala que “*la cadena de custodia designa en primer lugar (de ahí su denominación de “cadena”) una sucesión de fases procedimentales que deben de estar interconexiónadas entre sí. Lo esencial, en esta primera perspectiva, es la necesaria concatenación de actuaciones, de tal modo que cada una de ellas arranca de la precedente y concluye en la siguiente, sin que pueda interrumpirse, por motivo alguna, esa vinculación interna*”.

³ María Rosa Gutiérrez Sanz, *La cadena de custodia en el proceso penal español*, 26.

⁴ M. Carmen Figueroa Navarro, “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”, *Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n° 84 (2011): 4.

⁵ Manuel Richard González, “La cadena de custodia en el proceso penal español”, *Diario La Ley*, n° 8236 (2013): 5.

III. Objeto de la cadena de custodia

Para determinar cuál es el objeto de la cadena de custodia resulta necesario distinguir entre fuentes y medios de prueba. Así pues, mientras las fuentes de prueba son elementos ajenos al proceso que preexisten al mismo (ej. un objeto, un documento, una persona, un resto biológico), los medios de prueba son aquellos actos procesales que sirven para incorporar al proceso las fuentes de prueba (ej. prueba documental, prueba testifical, prueba pericial).

Pues bien, el objeto de la cadena de custodia hace referencia concretamente a las fuentes de prueba⁶, que se recogen en la escena del crimen o allá donde se hallen y, posteriormente, se incorporan al proceso, normalmente, a través de la prueba pericial, momento en el cual la cadena de custodia pierde su razón de ser.

De acuerdo con el COIP, el objeto de la cadena de custodia viene constituido, más específicamente, por “los elementos físicos o contenido digital materia de prueba”. Con esta expresión, se trata de abarcar cualquier vestigio o indicio criminal, distinguiéndose entre las fuentes de prueba del mundo físico y del mundo digital. Pero, lo cierto es que, con esa delimitación, podría ser dudoso si quedaría protegido, por ejemplo, el contenido de los documentos electrónicos analógicos, como una cinta de casete o una cinta de vídeo, que precisan de un dispositivo electrónico para su lectura, pero no son digitales. Habría sido más oportuno aludir genéricamente a todas las fuentes de pruebas o a todos los vestigios o indicios criminales, tanto físicos como electrónicos.

IV. Finalidad de la cadena de custodia

Otra cuestión relevante, en relación con la cadena de custodia, que se regula en este precepto, es su finalidad. En este sentido, se indica que los actos en que consiste la cadena de custodia aplicada a las fuentes de prueba han de servir “para garantizar su autenticidad, acreditando su identidad y estado original”. Por lo tanto, son tres las cualidades o elementos que se busca proteger con la custodia ininterrumpida de las fuentes de prueba:

- Identidad. La garantía de identidad es probablemente la más relevante de las que se persiguen con la cadena de custodia. En este sentido, cabe indicar que “el efecto esencial de la continuidad, sin ruptura, de todas las fases de la investigación policial sobre un vestigio o prueba del delito, es la necesaria identidad del objeto, demostrando que en ningún momento ha podido ser sustituido por otro”⁷. Esta garantía es referida por la jurisprudencia española con el término “mismidad”⁸.

⁶ María Rosa Gutiérrez Sanz, *La cadena de custodia en el proceso penal español*, 20.

⁷ Esteban Mestre Delgado, “La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos”, 70.

⁸ Así pues, de acuerdo con el Tribunal Supremo español, la cadena de custodia persigue *garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción*

Sin embargo, cabe advertir que la presentación como evidencia de un clon del archivo informático requisado, y no del original, no tiene efectos invalidantes ni supone duda sobre la autenticidad de la copia cuando esta es realizada con las debidas garantías⁹.

- Autenticidad. Además de garantizar la identidad del objeto, la cadena de custodia cumple también con la función de acreditar su autenticidad, impidiendo la manipulación, alteración o contaminación del vestigio o fuente de prueba¹⁰. Evidentemente, la corrupción o transformación de la fuente de prueba puede destruir su valor procesal, impidiendo la realización de pericias fiables sobre la fuente corrupta o contaminada.

- Estado original. Relacionada con la autenticidad, cabe señalar la necesidad de que las fuentes prueba, cuando son incorporadas al proceso, se encuentren en el mismo estado y condiciones en que se encontraban cuando fueron recogidas. Precisamente por eso, el COIP exige que, cualquier cambio en las condiciones o estado de los vestigios, muchas veces imprescindibles para proceder a su recogida y manejo, o a su examen y análisis, sean documentados por el custodio o autoridad competente que corresponda.

V. La cadena de custodia desde su perspectiva material

El COIP fija el inicio y el fin de la cadena de custodia, indicando que este se “inicia en el lugar donde se obtiene, encuentra o recauda el elemento de prueba y finaliza por orden de la autoridad competente”. Esta norma merece una crítica de principio, en tanto que mezcla, a mi juicio, indebidamente, circunstancias de lugar y modo. Se nos dice *dónde* empieza la custodia –lugar en que se obtiene la prueba– y, por otra parte, *la forma* en que termina –por orden de la autoridad competente–. Seguramente, habría resultado más adecuado fijar el principio y el fin atendiendo al momento o actuación procesal correspondiente. Así pues, la cadena de custodia

de las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo. Es a través de la corrección de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la “mismidad” de la prueba. Por lo tanto, es necesario tener la completa seguridad de lo que se traslada, lo que se mide, lo que se pesa y lo que se analiza es lo mismo en todo momento, desde el instante mismo en que se recoge del lugar del delito hasta el fomento final en que se estudia y destruye (Auto del Tribunal Supremo español auto n.º 2197/2012, de 9 de febrero)

⁹En este sentido, resulta relevante la distinción señalada por Eloy Velasco Núñez, *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales* (Madrid: La Ley, 2010), 232, entre las pericias informáticas y otras realizadas sobre corporeidades no reproducibles (cadáveres, máquinas, drogas, armas...). Solo las primeras presentan la peculiaridad de que, una vez entregada la copia espejo al perito, quedando el original guardado por el fedatario público correspondiente, ya no se ven afectadas por las consideraciones sobre cadena de custodia, pues la reproducción o copia garantiza fielmente que el objeto de la pericia (cuerpo del delito o pieza de convicción) es el mismo que el aprehendido o analizado.

¹⁰ Esteban Mestre Delgado, “La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos”, 73.

comienza con la recogida de las fuentes de prueba¹¹ y finaliza con la incorporación de tales fuentes de prueba al proceso a través del medio probatorio adecuado.

Por otra parte, el precepto señala cuáles son las concretas actuaciones materiales en que consiste el proceso de custodia. Se trata, concretamente de “la recolección, envío, manejo, análisis y conservación” de los vestigios y, evidentemente, la complementaria documentación escrita de tales actuaciones, que ya ha sido analizada.

Las referidas actuaciones podrían clasificarse atendiendo a su realización en tres momentos temporales sucesivos: 1) Hallazgo, protección y recogida. 2) Custodia y conservación, especialmente en los momentos de envío y manejo de las evidencias, para evitar interrupciones de la cadena o quiebras de la identidad y/o autenticidad de las fuentes de prueba; 3) Análisis de los vestigios o indicios.

Respecto del hallazgo, protección y recogida llama la atención que el COIP haya dividido, de una forma un tanto artificial, el momento del hallazgo y preservación inicial (art. 458 COIP) y el momento de la recogida o recolección, en el que el art. 456 COIP fija el inicio de las actividades de custodia. En este momento de ocupación o recogida de los vestigios es fundamental impedir la mezcla de diferentes objetos o sustancias, evitando así su contaminación¹². Asimismo, resulta clave la pericia del investigador –en el caso de España, de la Policía Judicial– a la hora de decidir qué elementos son relevantes y, por lo tanto, deben de ser recogidos y cuáles no, siendo que, muchas veces, los vestigios más importantes no son perceptibles a primera vista.

La custodia, conservación, envío y manejo de esos vestigios recopilados resulta esencial para que, llegado el momento del análisis, este despliegue la utilidad que de él se espera. Además, la documentación adecuada de todas estas actuaciones será garantía de fiabilidad de la prueba que, en relación con los indicios recogidos, se practique en el proceso.

Es posible que tales vestigios deban ser entregados a un laboratorio oficial o puestos a disposición de algún experto o perito que proceda a su análisis. Otras veces, los vestigios simplemente quedan depositados en algún lugar, siendo aquí esencial que el espacio en que se depositen sea adecuado a la naturaleza del material recogido, de tal forma que este no se contamine, ni se destruya o se confunda con otro¹³.

En último término, los vestigios recogidos y custodiados deberán ser analizados por los técnicos forenses correspondientes, se trate de organismos especializados, médicos forenses u otro tipo de expertos. El técnico que recibe la evidencia deberá documentar su estado y momento de la recogida, así como el aspecto del embalaje, todo lo cual debería de quedar reflejado en un documento de recepción¹⁴.

En el desarrollo del análisis por los técnicos o especialistas habrán de seguirse los protocolos adecuados para que, tampoco en esta etapa, se alteren, se destruyan o se

¹¹ Incluso antes, con la preservación de la escena del crimen, en los términos previstos en el art. 458 COIP.

¹² María Rosa Gutiérrez Sanz, *La cadena de custodia en el proceso penal español*, 65.

¹³ María Rosa Gutiérrez Sanz, *La cadena de custodia en el proceso penal español*, 73.

¹⁴ María Rosa Gutiérrez Sanz, *La cadena de custodia en el proceso penal español*, 76.

contaminen las fuentes de prueba, adoptando para ello las cautelas que sean precisas.

Concluido el análisis, que se incorporará como prueba pericial al proceso, será todavía preciso, normalmente, conservar las fuentes de prueba, por si fuera necesario realizar alguna pericia ulterior sobre las mismas o repetir el examen realizado, salvo que la ley provea para ellas otro destino, como su destrucción o su realización. El destino que se les dé a tales vestigios tras el análisis y, en su caso, su destino final una vez terminado el proceso, también debería de estar regulado y quedar documentado.

VI. Sujetos responsables

El precepto legal objeto de análisis determina a los sujetos llamados a aplicar las normas relativas a la cadena de custodia. En este sentido, se indica que son responsables de su aplicación:

- El personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses. Se trata de un organismo integrado por técnicos especialistas en criminalística, medicina legal y ciencias forenses, que depende funcionalmente de la Fiscalía y, entre cuyas funciones, se encuentra la de realizar algunas de las primeras actuaciones a desarrollar ante la comisión de un delito. Así, por ejemplo, es el órgano competente para vigilar, resguardar, proteger y preservar el lugar donde presuntamente se cometió la infracción y recoger los resultados, huellas, señales, armas, objetos, instrumentos y demás vestigios (art. 449.6 COIP), para proceder al levantamiento e identificación del cadáver (art. 449.7 COIP) o para llevar a cabo el reconocimiento del lugar de los hechos (art. 460 COIP). En aquellos lugares donde no exista personal del sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, serán los servidores o servidoras de la Policía Nacional quienes asumirán las atribuciones de aquel (art. 449 *in fine* COIP).
- El personal competente en materia de tránsito. Tratándose de infracciones de tránsito, las diligencias de reconocimiento del lugar de los hechos, investigaciones, inspección técnica ocular y peritajes serán realizados por el personal especializado del organismo competente en materia de tránsito en su respectiva jurisdicción (art. 460.2 COIP). Entre sus funciones, se encuentran la fijación y recolección de las evidencias, huellas y vestigios encontrados en el lugar de los hechos, la aprehensión de los vehículos implicados en accidentes de tránsito en los que resulten personas heridas o fallecidas, y su traslado a los patios de retención vehicular, así como el reconocimiento pericial de los vehículos ordenado por la Fiscalía (art. 460 apdos. 5, 6 y 7 COIP). Igualmente, estos agentes serán competentes para realizar los exámenes de alcoholtest, prueba que, tras ser realizada con el correspondiente detector, deberá ser custodiada por ellos.

- Todos los servidores públicos y particulares que tengan relación con estos elementos, incluyendo el personal de servicios de salud que tengan contacto con elementos físicos que puedan ser de utilidad en la investigación. Esta cláusula abierta parece comprender tanto a funcionarios públicos como a particulares, desde el momento en que, ya de forma espontánea, ya por razón de su trabajo o función, entren en contacto con elementos de convicción relacionados con un hecho presuntamente delictivo. De entre este amplio conjunto poblacional, se hace alusión específica a los profesionales del ámbito de la salud, que serán, generalmente, los encargados de obtener las muestras de fluidos corporales, componentes orgánicos y genético-moleculares.

Los profesionales de la salud estarán obligados a conservar los elementos de prueba encontrados al examinar a las personas en condiciones de seguridad hasta que las muestras recogidas sean entregadas al personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses (art. 363 COIP). Serán también competentes, estos mismos profesionales de la salud, para la realización de exámenes médicos y corporales, ya de la persona procesada, ya de la víctima (art. 465 COIP) y a la posterior conservación de los elementos hallados en tales exámenes.

VII. Crítica y propuestas de mejora

El precepto, al determinar qué garantiza la cadena de custodia, mezcla los elementos que integran tal cadena (tales como las condiciones de las fuentes de prueba o las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos) con las finalidades de la custodia (garantizar la autenticidad e identidad de los elementos de convicción custodiados).

Por otra parte, no se entiende porqué el contenido del art. 458 COIP, que se analizará más adelante, y que se refiere a la preservación de la escena del crimen y a los sujetos obligados a tal preservación (etapa inmediatamente anterior al inicio de la cadena de custodia) no está integrado en este artículo 456 COIP, o porque no le precede, ya que se trata de una actividad esencial para que la cadena de custodia cumpla con su finalidad, hasta el punto de que tal conservación de la escena del crimen podría considerarse como el primer eslabón de la cadena de custodia.

El precepto dispone que la cadena se inicia en el lugar donde se obtiene, encuentra o recauda el elemento de prueba y finaliza por orden de la autoridad competente. Creo que esta delimitación del principio y el fin de la custodia ininterrumpida resulta criticable. Y ello porque no importa tanto *dónde* se inicia, como *cuando* se inicia esa cadena y, por otra parte, carece de sentido que finalice por orden de la autoridad competente, sin que además se especifique cuál sea esa autoridad. La cadena debería iniciarse en el momento en que se encuentren los vestigios de la actividad delictiva, y finalizar, naturalmente, solo una vez que el vestigio haya sido analizado e incorporado al proceso, en su caso, como prueba pericial.

En cuanto al objeto de la custodia, como ya se indicó *ut supra*, resulta criticable que se excluyan los elementos electrónicos no digitales, sino analógicos, al limitarse la custodia a elementos físicos y digitales.

También resulta criticable la inclusión indiscriminada de los particulares que tengan relación con los vestigios del delito entre los obligados a aplicar las normas técnicas de la cadena de custodia, ya que los ciudadanos que entren en contacto con las fuentes de prueba de forma espontánea, y no tenga obligación de conocer las normas sobre cadena de custodia por razón de su profesión u oficio, no debieran tener, en sentido estricto, el deber de aplicar esta normativa ni un deber específico de custodia. A lo sumo, se les podrá exigir que actúen con la diligencia media de un ciudadano corriente, y de buena fe en la preservación de las fuentes de pruebas, hasta que estas sean aprehendidas por el personal especializado competente.

V. VALORACIÓN PROBATORIA

Art. 457.- Criterios de valoración.- *La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales.*

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

En el caso de delito de desaparición involuntaria, la acumulación de indicios servirá de nexo causal vinculante siempre y cuando dichos indicios se relacionen con el hecho o circunstancia a probar y sean inequívocos respecto del hecho o circunstancia controvertida.

SUMARIO: *I. Introducción. II. Criterios de valoración de la prueba. II.1. Legalidad. II.2. Autenticidad. II.3. Sometimiento a cadena de custodia. II.4. Grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamentan los informes periciales. III. Regla sobre carga de la prueba en caso de que quebrantamiento de la cadena de custodia. IV.- Los indicios en el nexo causal en delitos de desaparición voluntaria. V. Crítica.*

I. Introducción

Este precepto regula los criterios o reglas que rigen la valoración de la prueba practicada en la audiencia del juicio. Estos criterios valorativos son los siguientes: a) la legalidad; b) la autenticidad; c) el respeto de las reglas relativas a la cadena de custodia; d) y, en el caso de las pruebas periciales, el grado de aceptación científica y técnica del método empleado.

Por otra parte, el precepto incorpora una regla sobre carga de la prueba, al hacer recaer en la parte proponente la demostración de la autenticidad de aquellos elementos de prueba respecto de los cuales no se haya respetado la cadena de custodia. De este modo, se regulan, de forma indirecta, las consecuencias derivadas del incumplimiento de las normas sobre cadena de custodia.

Por último, fruto de una reforma reciente, vigente desde junio del año 2020¹, se establece la admisión de la prueba por indicios para acreditar el nexo causal en el caso de delitos de desaparición involuntaria, siempre y cuando los indicios disponibles cumplan con ciertas condiciones.

¹ Esta reforma fue introducida por el Art. 81 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019.

II. Criterios de valoración de la prueba

II.1. Legalidad. Sorprende que la legalidad de la prueba sea incluida entre los criterios a tener en cuenta para su valoración, siendo que, de acuerdo con el art. 454.2 COIP, toda prueba obtenida con violación de los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la ley, carece de eficacia probatoria. De este precepto, cabría deducir que la legalidad de la prueba no es criterio de valoración, sino condición de admisibilidad.

Sin embargo, esa aparente contradicción inicial, se despeja si se comparan los presupuestos aplicativos de ambos preceptos. Así pues, mientras que la prueba obtenida vulnerando determinados derechos debe de ser excluida del proceso, es posible que haya pruebas obtenidas y/o producidas de forma ilegal o irregular, pero que, sin embargo, no vulneren los derechos reconocidos por la Constitución, por los tratados internacionales o por la ley. Pues bien, estas últimas serán admisibles, aunque las irregularidades que afecten a su obtención o a su práctica podrán influir en su fiabilidad y en su valor como elemento de convicción judicial. En este punto, resulta oportuno distinguir entre la prueba ilícita o prohibida, obtenida con vulneración de ciertos derechos –la cual será inadmisibile ex art. 454.2 COIP– y la prueba irregular, obtenida o practicada contrariando alguna disposición legal².

En definitiva, la ilegalidad en la obtención de la prueba –vulnerando, por ejemplo, las normas sobre preservación de la escena del crimen o sobre cadena de custodia–, al igual que la ilegalidad en la práctica de la prueba –al producirse, por ejemplo, sin respetar el principio de inmediación–, cuando no suponga vulneración de derechos y, por lo tanto, la exclusión del acervo probatorio, serán circunstancias que influirán negativamente en el valor acreditativo del elemento de prueba en cuestión, tanto desde la perspectiva de su fuerza persuasiva como desde el punto de vista de su valor cognoscitivo.

II.2. Autenticidad. La autenticidad de la prueba implica que la misma no haya sido manipulada, alterada o contaminada³. En el caso de las pruebas físicas o electrónicas, la forma idónea de garantizar tal autenticidad es, precisamente, el

² En ese sentido, Manuel Serra Domínguez, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XVI, (España: Edersa, 1991), 2: 95, clasifica las pruebas, según los motivos que determinan su ilicitud, en: a) pruebas expresamente prohibidas por la ley; b) pruebas realizadas en forma distinta a la regulada por la ley, burlando las formalidades legales de su práctica; c) pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución; Por su parte, Manuel Miranda Estrampes, *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial referencia a la Exclusionary Rule estadounidense* (México: Ubijus, 2013), 79, admite que no toda ilicitud probatoria comporta necesariamente la “inutilizabilidad procesal”, esto es, la exclusión del elemento probatorio; Por su parte, Enrique Ruiz Vadillo, “La actividad probatoria en el proceso penal español”, en AA.VV., *La prueba en el proceso penal*, Colección cursos, vol. 12 (Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1993), 131, limita el concepto de prueba prohibida a aquella que, bien en su obtención, bien en su práctica, ha vulnerado algún derecho fundamental.

³ Esteban Mestre Delgado, “La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos”, en AA.VV., Carmen Figueroa Navarro (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal* (Madrid: Edisofer, 2015), 39-79, 73.

cumplimiento de las normas sobre cadena de custodia (art. 456 COIP).

Ahora bien, en sentido amplio, auténtico es aquello acreditado como cierto y verdadero por los caracteres o requisitos que en ello concurren. En este sentido, son muchas las circunstancias que pueden incidir en la autenticidad de la prueba. Así, por ejemplo, en relación con los testigos, las razones que estos den en cuanto al origen de su conocimiento, la persistencia y coherencia en su versión de los hechos, el ánimo vindicativo o espurio que, eventualmente, pudiera esconderse tras su declaración, entre otras circunstancias, podrían ser elementos determinantes de la credibilidad de sus declaraciones. Si, por el contrario, se analiza la autenticidad de una grabación, un elemento determinante de su valor probatorio será la entrega de los soportes originales o de copias auténticas, así como, en su caso, el examen pericial que determine que tal grabación no ha sido editada, manipulada o sometida a añadiduras o supresiones⁴. Tratándose de grabaciones, su autenticidad puede pasar por determinar al autor de la voz, a través de una diligencia de reconocimiento de voz, mientras que, tratándose de un documento escrito, su carácter auténtico requerirá la certeza sobre la persona que lo firma, que quizás deba ser acreditada por un perito calígrafo.

Sobre la autenticidad, determinante de la valoración o eficacia probatoria, la norma general será presumir tal autenticidad –especialmente cuando se hayan respetado las normas de la cadena de custodia– salvo que la misma sea discutida o puesta en duda por alguna de las partes del proceso.

II.3. Sometimiento a cadena de custodia. El cumplimiento de las normas sobre cadena de custodia, aunque *a priori* cabría pensar que es un requisito de validez, lo cierto es que, en realidad, constituye un presupuesto de fiabilidad, dado que influye sobre la identidad y autenticidad de los elementos de prueba y, por lo tanto, sobre su eficacia o valor probatorio⁵. Así pues, tal y como afirma Gutiérrez Sanz, la pieza de convicción solo será fiable para el juez cuando no existan dudas acerca de su identidad e incolumidad⁶.

La ruptura de la cadena de custodia, por lo tanto, no implica la nulidad de la prueba. Pero, sí puede crear dudas sobre la realidad e identidad de los objetos intervenidos, lo cual afectará a la valoración probatoria que realice el tribunal, cuando tales dudas sean fundadas⁷. Por lo tanto, constatada la rotura de la cadena de custodia, –circunstancia que en sí misma, no implica vulneración de derechos fundamentales⁸– esa fuente de

⁴ Juan Antonio Rosas Castañeda, “Análisis de la validez y eficacia probatoria de las grabaciones obtenidas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLII, n.º 124 (2009): 253-287, 278.

⁵ En este sentido, los Tribunales españoles han indicado, en reiteradas ocasiones, que la quiebra de la cadena de custodia nada tiene que ver con la ilicitud o la inutilizabilidad de la prueba, sino con su menor fiabilidad (STS (Sala de lo Penal) n.º 277/2016, de 6 de abril (ECLI: ES:TS:2016:1546)).

⁶ María Rosa Gutiérrez Sanz, *La cadena de custodia en el proceso penal español*, (Navarra; Aranzadi, 2016), 39

⁷ En este sentido, se afirma que “*La cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental, lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede afectar a la credibilidad del análisis, pero no a su validez*” (STS (Sala de lo Penal) n.º 795/2014, de 20 de noviembre (ECLI: ES:TS:2014:4961)).

⁸ De acuerdo con jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo español la irregularidad de la cade-

prueba deberá de ser excluida si, y solo si, existen dudas razonables en cuanto a su autenticidad. Mestre Delgado va más allá en este razonamiento argumentando, con base en cierta jurisprudencia⁹, que la ruptura de la cadena de custodia solo excluye la prueba si ha existido una alteración o manipulación real de las fuentes de prueba¹⁰.

II.4. Grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamentan los informes periciales. La prueba pericial ha sido definida como la “actividad procesal mediante la que una persona o institución especialmente cualificada suministra al Juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento acerca de ciertos datos controvertidos, cuya percepción escapa a las aptitudes comunes judiciales”¹¹. En la misma línea, se define al perito como “La persona experta en materia no jurídica, que elabora, que elabora y trasmite al tribunal información especializada dirigida a permitir a este el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes para el proceso”¹².

Pues bien, precisamente porque la función básica del perito es aportar al proceso conocimientos o máximas de la experiencia técnicas, de las que el juez carece, puede ser difícil determinar el modo en que el tribunal valorará tales conocimientos que, por su propia naturaleza técnica y no jurídica, le son ajenos. Esta parece ser la justificación de que, en un precepto dedicado, en general, a la valoración de la prueba, se establezca una norma específica para la apreciación de la prueba pericial.

El criterio indicado por el legislador para valorar la prueba pericial es el “grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamentan los informes periciales”. Con esta disposición, el legislador ecuatoriano parece haber asumido como propia la doctrina de la Corte Suprema estadounidense en el caso Frye¹³, según la cual las pruebas periciales, para ser atendibles, deben estar suficientemente fundadas en criterios de aceptación general del área de conocimiento

na de custodia no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno, que tan solo vendría dada por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa (Véase, por todas, STS (Sala de lo Penal) n° 120/2018, de 16 de marzo (ECLI: ES:TS:2018:869))

⁹ Entre otras: STS (Sala de lo Penal) n° 1046/2006, de 19 de octubre (ECLI: ES:TS:2006:6950)

¹⁰ Mestre Delgado, “La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos”, 75.

¹¹ Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte General*, 3ª ed. (Madrid: Colex, 2010), 473.

¹² Andrés De La Oliva Santos; Ignacio Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3ª ed. (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2004), 397.

¹³ *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923). En esta sentencia, la Corte cambio el criterio imperante hasta entonces en cuanto a la valoración de las pruebas periciales al ir más allá de las credenciales del experto y valorar un aspecto sobre el conocimiento que fundamenta o subyace a la técnica o método aplicada. La resolución argumenta lo siguiente: “Es muy difícil detectar el momento preciso en el que un principio o descubrimiento científico cruza la línea que hay entre su etapa experimental y aquella en la que es demostrable. En algún lugar de esta zona de penumbra, el valor de las pruebas a su favor debe ser reconocido, y mientras que los tribunales recorren un largo camino para admitir *expert testimony* derivado de principios científicos o descubrimientos bien reconocidos, aquello de lo que estas pruebas se deducen debe estar lo suficientemente fundado para tener la aceptación general del área de conocimiento correspondiente.”

correspondiente. Sin embargo, no se debe de obviar que posteriormente la Corte Suprema estadounidense modificó su doctrina en el caso Daubert¹⁴ en el que, al grado de aceptación científica, se añadieron otros criterios de valoración.

En definitiva, el grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales puede ser un criterio razonable para valorar las conclusiones de tales informes, aunque seguramente no sea el único criterio a considerar. Además, es muy posible que, en ciertos casos, tal criterio resulte insuficiente para decidir el asunto que, en último término, ha de resolver la autoridad judicial¹⁵. En este sentido, resulta oportuno aludir a la sentencia del Tribunal Supremo español, n.º. 20999/1992, de 23 de abril de 1992, sobre el síndrome del aceite tóxico¹⁶. En esta resolución, el TS español sentenció que, en aquellos ámbitos en los que el conocimiento empírico vulgar resulta insuficiente para emitir una explicación causal suficientemente convincente y cuando, además, falte en la comunidad científica un consenso bastante acerca de la cuestión, ha de ser el órgano jurisdiccional el que decida si el número de datos en su poder (estos sí suficientemente probados) constituye fundamento suficiente para abrir paso a una proposición afirmativa de causalidad¹⁷.

Desde luego, ante la falta de consenso científico, no cabe el *non liquet* ni es aceptable entender que siempre habrá que absolver en virtud del principio *in dubio pro reo*, asumiendo que, si los científicos especialistas dudan, al tribunal no le cabe sino dudar¹⁸. Por lo tanto, aunque no exista certeza (científica), una conclusión altamente

¹⁴ Corte Suprema (Estados Unidos) Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993). En esta resolución se establecieron los conocidos como criterios Daubert, orientados a valorar la prueba científica, que son 4: a) si la teoría o técnica puede ser, y de hecho ha sido, comprobada; b) que la teoría o técnica haya sido publicada o sujeta o “peer-review”; c) Cuando se trate de una técnica científica, será necesario valorar su margen o rango de error conocido o posible, así como la existencia y el cumplimiento de estándares durante su proceso; d) grado de aceptación de la teoría o técnica empleada por parte de la comunidad científica relevante, *aun cuando no se deberá considerar como condición necesaria de la fiabilidad de estos elementos probatorios* (la cursiva es mía).

¹⁵ Tal y como afirma José Luis Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal. Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español* (Barcelona: Bosch, 1985), 478-479, el Juez debe controlar el grado de aceptación de las conclusiones de los peritos, así como la razonabilidad y fiabilidad de los procedimientos de análisis realizados, ya que, “*si al perito toca resolver un problema científico, o una duda técnica, al juez corresponde resolver el problema del proceso, que es siempre un problema humano y de proyección social*”.

¹⁶ El Síndrome del Aceite Tóxico (SAT) surgió bruscamente en España en mayo de 1981, asociándose al consumo de un aceite de colza desnaturalizado con anilina al 2% que había sido importado para usos industriales y, desviado con posterioridad al consumo humano previa refinación. La resolución judicial llegó años más tarde con la STS (Sala de lo Penal) n.º 20999/1992, de 23 de abril (ECLI: ES:TS:1992:20999).

¹⁷ Edgardo Donna, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008), 218; En este sentido, la referida sentencia sobre el aceite de colza, de 23 de abril de 1992, indica que “*Cuando en el proceso no se ha podido alcanzar por los peritos un consenso, pero no obstante ello el Tribunal tiene la convicción de la existencia de la causalidad, es indudable, se afirma, que no se puede suponer una vulneración del principio in dubio pro reo, pues éste sólo exige que el Juez no hay tenido dudas. Consecuentemente, si el Tribunal no tiene dudas será libre de aceptar la causalidad, sobre la que los peritos no han logrado aunar sus opiniones, en la medida en que ello no implique apartarse de conocimientos científicos o principios generales de la experiencia*”.

¹⁸ En este sentido, tal y como sostiene Héctor Hernández Basualto, “El problema de la “causalidad

plausible bastará para justificar un pronunciamiento condenatorio¹⁹.

Para terminar, cabe advertir, que la libre valoración de la prueba, frente a la superada técnica de la prueba legal consistente en producir reglas generales y abstractas que predeterminen el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba, no debe de conducir al irracionalismo en la valoración probatoria²⁰. La concepción racional de la libre valoración de la prueba permite configurar el juicio sobre el hecho como orientado tendencialmente a fundar una versión verdadera del hecho mismo²¹. En este sentido, la libre valoración encuentra uno de sus límites en los conocimientos científicos comprobados y generalmente aceptados, así como en principios o máximas generales de la experiencia²².

III. Regla sobre carga de la prueba en caso de que quebrantamiento de la cadena de custodia

Como ya se indicó *ut supra*, el cumplimiento de las normas sobre cadena de custodia constituye un presupuesto de autenticidad de los elementos de prueba que, por lo tanto, se erige en presupuesto de fiabilidad y no de validez²³.

Por lo tanto, en vista de que los elementos de prueba no sometidos a cadena de custodia resultarán admisibles, el legislador ecuatoriano ha optado por imponer la carga de acreditar su autenticidad a la parte que los presente y que intente valerse de ellos. En este sentido, la parte que proponga tales pruebas habrá de ofrecer garantías que avalen o acrediten su autenticidad. Normalmente, tales garantías consistirán en otros medios probatorios, normalmente de tipo pericial, tendentes a demostrar la autenticidad o fiabilidad de la prueba no sometida a custodia ininterrumpida.

Esta regla sobre carga probatoria debe de interpretarse conjuntamente con el principio *in dubio pro reo*, recogido expresamente en el art. 5.3 COIP como una de las garantías y principios rectores del proceso penal. En este sentido, las dudas en cuanto a la autenticidad de las pruebas de signo incriminatorio han de ser siempre resueltas en favor del reo.

general” en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º. 1 (2006): 1-33, 18, el Tribunal no debe de suplantar el parecer técnico del perito. Sin embargo, sí puede- y debe -discernir, oyendo precisamente a los especialistas, si el disenso científico es tal que, en verdad, expresa un déficit de información insalvable para fundar una decisión racional y legítima.

¹⁹ Héctor Hernández Basualto, “El problema de la ‘causalidad general’ en el derecho penal chileno”, 20.

²⁰ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos* (Madrid: Trotta, 2002), 387-403, esp. 399.

²¹ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, 400.

²² Héctor Hernández Basualto, “El problema de la ‘causalidad general’ en el derecho penal chileno”, 16.

²³ María Rosa Gutiérrez Sanz, *La cadena de custodia en el proceso penal español*, 39-41

IV. Los indicios en el nexo causal en delitos de desaparición voluntaria

Frente a la regla general contenida en el art. 455 COIP según la cual el nexo causal no podrá ser acreditado a través de presunciones, en este precepto se introduce una excepción para una figura delictiva concreta. En este sentido, se dispone lo siguiente: “en el caso de delito de desaparición involuntaria, la acumulación de indicios servirá de nexo causal vinculante siempre y cuando dichos indicios se relacionen con el hecho o circunstancia a probar y sean inequívocos respecto del hecho o circunstancia controvertida”²⁴. Esta disposición fue introducida por Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal (R.O. 107-S, 24-XII-2019).

Esta norma que, como se indicó, tiene como finalidad dar entrada a la prueba indiciaria como forma válida de acreditar el nexo causal entre la actuación de la persona procesada y la desaparición de la víctima en los delitos de desaparición involuntaria, exige los siguientes requisitos para la validez del razonamiento probatorio indiciario: a) la acumulación de indicios b) que los indicios se relacionen con el hecho o circunstancia a probar c) que sean inequívocos respecto del hecho o circunstancia controvertida. La pregunta que corresponde hacerse, en este punto, es la siguiente: ¿acaso no son estos los requisitos generales que ha de cumplir, en todo caso, la prueba indiciaria?

En este punto, resulta relevante la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre los criterios para valorar la suficiencia de la prueba indiciaria, lo cuales han sido recientemente recogidos en la STS (Sala de lo Penal) n° 532/2019, de 4 de noviembre²⁵. De acuerdo con esta resolución, para que la prueba indiciaria sea apta para fundamentar una condena y, por lo tanto, para desvirtuar la presunción de inocencia han de cumplirse, entre otros, los siguientes requisitos: a) los indicios deben de ser varios (o excepcionalmente uno, pero con singular potencia acreditativa), estar plenamente acreditados, ser independientes entre sí, pero encontrarse interrelacionados en cuanto a su fuerza conclusiva y concomitantes al hecho que se trata de probar; b) la inducción o inferencia debe ser razonable, respondiendo plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de tal forma que entre el hecho indicio y el hecho presunto deba existir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, de modo que el hecho presunto fluya como conclusión natural del hecho indicio; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos-base y los hechos-consecuencia; d) además, el tribunal, para condenar con base en indicios, al igual que en cualquier otro tipo de prueba, debe estar razonablemente convencido del hecho presunto. En este

²⁴ Esta disposición fue introducida por Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal (R.O. 107-S, 24-XII-2019). La ubicación sistemática del precepto resulta criticable. Siendo una excepción a la regla general del art. 455 COIP, debería de haberse introducida esta norma relativa a las desapariciones involuntarias como un segundo párrafo del referido precepto. Su inclusión en un precepto relativo a la valoración de la prueba (art. 457 COIP) no encuentra explicación.

²⁵ España Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, Sentencia 532/2019, de cuatro de noviembre de 2019. ECLI: ES: TS: 2019:3504, Recurso de Casación.

sentido, la sentencia indica que la condena no puede fundarse en la creencia del juez, tribunal o del jurado de que “creen” que los hechos ocurrieron como relatan, sino que “están convencidos” de que ocurrieron así, sin duda alguna, porque la suma de esos indicios “que deben explicar con detalle” es lo que les lleva a esa convicción.

V. Crítica

Como crítica general al precepto objeto de análisis, cabe señalar que se echa en falta, en el mismo, un criterio general de valoración de la prueba. En este sentido, el precepto no alude a ninguno de los dos grandes sistemas de valoración probatoria, estos son, el sistema de libre valoración y el sistema de prueba legal o tasada. Y ello a pesar de que, como indica Taruffo, la afirmación del principio de libre convicción se ha convertido ya en una cláusula de estilo en todas las legislaciones procesales y, es más, se considera normalmente como un principio general fundamental²⁶. Precisamente por ello llama, si cabe más, la atención su ausencia en un precepto intitulado “Criterios de valoración” inserto en el Título IV COIP relativo a la prueba.

En otro orden de ideas, resulta así mismo criticable la ubicación sistemática del tercer párrafo del precepto –relativo a la prueba del nexo causal en los delitos de desaparición involuntaria–, ya que tratándose de una excepción a la regla general del art. 455 COIP, debería haberse introducido esta norma especial –relativa a las desapariciones involuntarias– como un segundo párrafo del referido precepto. Su inclusión en un precepto relativo a la valoración de la prueba, como el art. 457 COIP, no encuentra explicación.

²⁶ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, 398. Así, por ejemplo, en la legislación procesal penal española, el principio de libre valoración de la prueba, se consagra con la siguiente fórmula: “*El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley*” (art. 741 LECrim)

VI. PRESERVACIÓN DE LA ESCENA DEL HECHO

Art. 458.- Preservación de la escena del hecho o indicios.- *La o el servidor público que intervenga o tome contacto con la escena del hecho e indicios será la responsable de su preservación, hasta contar con la presencia del personal especializado.*

Iguales obligaciones tienen los particulares que por razón de su trabajo o función entren en contacto con indicios relacionados con un hecho presuntamente delictivo.

SUMARIO: *I. Introducción. II. Concepto de escena del crimen. III. La preservación de la escena y de los vestigios hallados en la escena del crimen. IV. Sujetos responsables de la preservación. V. Crítica.*

I. Introducción

Este precepto establece una obligación general, dirigida tanto a los servidores públicos como a los particulares que, por razón de su trabajo o función, entren en contacto con evidencias o elementos de convicción o con la escena del crimen. Todos ellos están obligados a preservar la escena del crimen y los indicios o vestigios que en ella se encuentren.

La específica obligación que se impone a los referidos sujetos consiste en preservar, durante un período temporal determinado, las piezas o elementos de convicción, así como la integridad de la escena del crimen e, implícitamente, tratándose de elementos físicos aprehensibles, se entiende que ponerlos a disposición del personal especializado llegado el momento. Se trata, por lo tanto, de la actividad inmediatamente anterior al inicio de la cadena de custodia, por lo que la ubicación sistemática de este precepto, alejada del art. 456 COIP, resulta difícil de entender.

II. Concepto de escena del crimen

El término escena del delito fue acuñado por las ciencias criminalísticas en el siglo XIX, teniendo como premisa la presencia física del juez, quien realizaba la inspección ocular del sitio en el cual posiblemente se había cometido un delito¹.

La escena del crimen, como su nombre indica, es el lugar en el que se ha cometido el hecho delictivo. Esto es, es el espacio físico en el que se ha producido un acontecimiento susceptible de una investigación científica criminal con el propósito de establecer su naturaleza y quiénes intervinieron².

¹ Wilford Buitrago Gómez y Román Francisco Téllez Navarro, "La manipulación de la escena del delito, valoración y exclusión probatoria", *Via Inveniendi et Iudicandi* 9, n.º 2 (2014): 61-94, 69.

² Ramón González, "La documentología relacionada con el lugar del hecho", *Revista Indicios*, vol. I, n.º 2 (2011), 10-17, 11.

Las escenas del crimen se pueden clasificar en función de su ubicación, en cerradas o abiertas³, y también en atención a su relación con el delito, distinguiendo la escena primaria y la secundaria⁴. La escena primaria es el área o lugar donde se ha producido el hecho y donde suele haber una gran concentración de rastros físicos, mientras que la escena secundaria es aquella donde los rastros (por ejemplo, objetos) fueron transportados desde la etapa primaria.

III. La preservación de la escena y de los vestigios hallados en la escena del crimen

Una vez determinada la escena del delito, es necesario actuar en orden a garantizar que esta no sea alterada, modificada o destruida, de manera que los indicios o vestigios relevantes para la investigación, no sean manipulados, modificados, alterados, destruidos, escondidos o que, por el contrario, sean adicionados otros con el fin entorpecer o desviar la labor de indagación e investigación, e inclusive generar impunidad⁵.

De acuerdo con la RAE, preservar significa “proteger, resguardar anticipadamente a alguien o algo, de algún daño o peligro”⁶. En este contexto, la actividad de preservación supone la conservación de la escena del crimen y de los vestigios que se encuentren en ella a efectos de evitar alteraciones, modificaciones o su contaminación.

Una de las primeras actuaciones que puede requerir la preservación de la escena del crimen es su cierre físico, a través del denominado “acordonamiento” del lugar. Acordonar significa, en este contexto, “rodear un sitio, definir su perímetro y marcarlo con cinta para aislarlo de posibles agentes contaminantes para el levantamiento de indicios en el lugar de los hechos o facilitar las labores a los equipos sanitarios, de evacuación de heridos o cuerpos policiales”⁷. En definitiva, esta actuación persigue proteger la escena del crimen para evitar la contaminación, suplantación, alteración o corrupción de las evidencias que se encuentran en ella.

La adecuada preservación de la escena del crimen constituye el primer eslabón de la cadena de custodia. De hecho, una deficiente preservación de los vestigios antes de su recogida puede suponer la quiebra de los fines que persigue la cadena de custodia, poniéndose en duda la identidad o autenticidad de las fuentes de prueba. En este sentido, la inicial labor de preservación, y posterior recogida y clasificación de las

³ Jorge Jiménez Serrano, “La escena del crimen en el criminal profiling (I)”, *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, n.º. 6 (2009): 37-44, 38-41.

⁴ Marcella Maris Sniegovski, Jewers Matheus Bortolatto y Fernanda Formolo, “Manchas de Sangre: El análisis de su patrón en la escena del crimen”, *Skopein: La justicia en manos de la Ciencia*, n.º. 14 (2016): 6-18, 6.

⁵ Buitrago Gómez y Téllez Navarro, “La manipulación de la escena del delito, valoración y exclusión probatoria”, 71.

⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., (versión 23.4 en línea), <https://dle.rae.es>.

⁷ Academia Iberoamericana de Criminalística y Estudios Forenses y Grupo Iberoamericano de Trabajo en la Escena del Crimen: *Manual de buenas prácticas en la escena del crimen* (2010), p. 52, https://www.seguridadpublica.es/wp-content/uploads/2012/09/04P_Mangi.pdf

evidencias resulta esencial a efectos de garantizar la fiabilidad de la prueba⁸.

Precisamente, ante la importancia de esa función inicial de preservación, parece oportuno, tal y como hace el COIP, facultar, de forma general, a los servidores públicos y también a los particulares para que, de forma autónoma, custodien y conserven los efectos, instrumentos o pruebas del delito, sin esperar a la intervención del personal especializado o de la autoridad fiscal o judicial, ya que, tal espera podría suponer la pérdida de los elementos de convicción relevantes para la posterior actividad probatoria.

Especialmente relevante se presenta la preservación inicial, e inmediata recogida posterior, en relación con aquellas muestras cuya desaparición se podría producir con el mero paso del tiempo de no tomar medidas al respecto⁹. Así, por ejemplo, esto puede ocurrir con las huellas, manchas de sangres o restos biológicos que se hallen en un lugar abierto al público o en un objeto mueble.

Por otra parte, la preservación de la escena del crimen resulta esencial debido a las conclusiones que su valoración conjunta puede arrojar para la investigación, al realizar la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos (arts. 460 y ss. COIP). En este sentido, Gutiérrez Sanz se refiere a la valoración relacional de los distintos indicios hallados en la escena, señalando que la preservación del lugar del delito permite poner en común los vestigios individuales con el resto de indicios hallados en el lugar de comisión del hecho, lo que puede aportar información muy relevante¹⁰. Al igual que indica la legislación española, sería conveniente que el informe pericial resultante del reconocimiento de la escena del crimen dé cuenta de las modificaciones existentes en la misma, así como de cualquier otra circunstancia que los testigos o peritos presentes puedan constatar (arts. 336 y 337 LECrim).

Tal y como indica la legislación procesal penal española, para dejar constancia del estado del lugar de los hechos, antes de proceder a su reconocimiento y examen, será necesario consignar por escrito la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto por la acusación como por la defensa llegado el momento (art. 326 LECrim). A tal fin, a día de hoy, la fotografía o la grabación a través de medios audiovisuales puede resultar de gran utilidad. De hecho, cuando el personal especializado llega al lugar del crimen lo primero que debe hacer es una observación general, que ha de quedar fijada por fotografías o vídeos de todos los lugares de la escena¹¹.

⁸ Esteban Mestre Delgado, “La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos”, en AA.VV., Carmen Figueroa Navarro (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal* (Madrid: Edisofer, 2015), 39-79, 70.

⁹ En este sentido, la legislación procesal penal española faculta a la Policía Judicial para recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, debiendo ponerlos a disposición judicial en cuanto sea posible (art. 282 LECrim).

¹⁰ María Rosa Gutiérrez Sanz, *La cadena de custodia en el proceso penal español*, (Navarra: Aranzadi, 2016), 65.

¹¹ Jorge Jiménez Serrano, “La escena del crimen en el criminal profiling (I)”, 39. En la misma línea, Buitrago Gómez y Téllez Navarro, “La manipulación de la escena del delito, valoración y exclusión probatoria”, 70, hacen hincapié en que uno de los factores de mayor importancia del lugar donde

El objeto de la actividad de preservación es doble: por una parte, la escena del hecho, en sí misma considerada, tal y como se acaba de analizar; y, por otro, los denominados indicios. A efectos de la investigación criminalística, el indicio o vestigio es todo aquel objeto, instrumento, resto, huella, marca o señala que se usa y/o se produce en la comisión de un hecho¹².

IV. Sujetos responsables de la preservación

El COIP impone el deber de preservar la escena del crimen, por una parte, a los servidores públicos y, por otra, a los profesionales que hayan tomado contacto con los vestigios del delito por razón de su oficio.

Entre los primeros, en la categoría de servidores públicos estarían, no solo los que cumplen sus funciones en la administración de justicia (tales como policías, fiscales, miembros del sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, personal competente en materia de tránsito, servidores judiciales o miembros de la defensoría pública), sino también cualquier otro servidor público, por el hecho de ostentar tal condición.

Una segunda categoría de sujetos responsables de la preservación de la escena del crimen se refiere a los particulares. Sin embargo, el precepto no se refiere a cualquier particular, sino tan solo a aquellos que hayan entrado en contacto con los vestigios del delito por razón de su trabajo o función. Por lo tanto, entrarían aquí profesionales del ámbito privado, como los profesionales de la salud que, en desarrollo de su función, intervengan en la escena de un crimen o, por ejemplo, personal de seguridad privada que, igualmente, en desarrollo de las actividades que les son propias, tomen contacto con las fuentes de prueba de un hecho delictivo. Quedan excluidos de este deber los particulares que acceden a los elementos de prueba de forma espontánea, a los cuales, paradójicamente, sí se les impone la aplicación de las reglas sobre cadena de custodia (art. 456 COIP).

El deber de los sujetos indicados termina una vez que se persona en el lugar el personal especializado que, tras acordonar la zona, si fuere necesario, iniciará su labor de recogida de vestigios y, con ello, iniciará la cadena de custodia de las fuentes de prueba en sentido estricto, de acuerdo con lo previsto en el art. 456 COIP.

V. Crítica

La primera crítica que cabe dirigir a este precepto es la relativa a su ubicación sistemática. Este artículo, tanto por su relación con la cadena de custodia, como por ser el precedente lógico de aquella, debería de haberse integrado en el art. 456 COIP

presuntamente se ha perpetrado el hecho delictivo radica en que ese lugar se mantenga incólume, como si se hubiese congelado en el tiempo, para que esta fotografía pueda dar pistas, datos y elementos que produzcan certeza de lo que allí sucedió.

¹² Jorge Jiménez Serrano, "La escena del crimen en el criminal profiling (I)", 41

que regula la cadena de custodia o, cuando menos, precederle.

También resulta criticable el uso de la palabra “indicios” en este contexto, ya que, aunque en el lenguaje de las ciencias forenses es bastante común, en sentido técnico-jurídico, los indicios son los hechos indicadores que permiten conocer o inferir la existencia de otro hecho sobre el cual no hay prueba directa. En el contexto de la preservación de la escena del crimen o de la cadena de custodia resultaría más adecuado hablar de vestigios, muestras, fuentes de prueba o piezas de convicción.

Por último, llama la atención que, en la determinación de los sujetos responsables, queden excluidos los particulares que hayan tenido acceso a las fuentes de prueba de forma espontánea, ya que solo se incluyen aquellos particulares que hayan entrado en contacto con los vestigios del delito por razón de su trabajo o función. Contrariamente a esa delimitación, sorprende que, sin embargo, para la aplicación de la cadena de custodia, que envuelve normas indudablemente más técnicas y complejas, sean responsables todos los particulares que tengan relación con estos elementos, aún de forma espontánea (art. 456 COIP).

BIBLIOGRAFÍA

- Academia Iberoamericana de Criminalística y Estudios Forenses. Grupo Iberoamericano de Trabajo en la Escena del Crimen. *Manual de buenas prácticas en la escena del crimen* (2010).
- Andrés Ibáñez, Perfecto. “Sobre el valor de la inmediación. Una aproximación crítica”, *Jueces para la democracia*, nº 26 (2003): 57-66.
- Barona Vilar, Silvia. “Objeto de la prueba y principios esenciales de la actividad probatoria”. En AA.VV. M^a Isabel González Cano (Dir.); M^a Isabel Romero Pradas (Coord.) *La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso pena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.
- Buitrago Gómez, Wilford y Téllez Navarro, Román Francisco. “La manipulación de la escena del delito, valoración y exclusión probatoria”. *Via Inveniendi et Iudicandi* 9, nº. 2 (2014): 61-94.
- Calamandrei, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I. Traducido por Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1973.
- De La Oliva Santos, Andrés y Díez-Picazo Giménez, Ignacio. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3^a ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2004.
- Donna, Edgardo. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- España Tribunal Constitucional. Sentencia 26/1988, de 28 de noviembre. Boletín Oficial del Estado 306, 22 de diciembre de 1988
- _____. Sentencia 162/1993, de 18 de mayo. Boletín Oficial del Estado 147, 21 de junio de 1993
- _____. Sentencia 1/1996, de 15 de enero. Boletín Oficial del Estado 43, 219 de febrero de 1996.
- _____. Sentencia 154/2000, de 12 de junio. Boletín Oficial del Estado 165, 11 julio 2000.
- _____. Sentencia 70/2002, de 3 de abril. Boletín Oficial del Estado 99, 25 de abril de 2002.
- _____. Sala de lo Penal. Sentencia 532/2019, de 4 de noviembre de 2019. ECLI: ES: TS: 2019:3504. Recurso de Casación.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- Figueroa Navarro, M. Carmen. “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”. *Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 84 (2011).
- Gascón Inchausti, Fernando, “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba”. En AA.VV. Juan Antonio Robles Garzón; Manuel Ortells Ramos (coords.), *Problemas actuales del proceso iberoamericano* 1, (2006): 587-606

- Gimeno Sendra, Vicente. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte General*, 3ª ed. Madrid: Colex, 2010.
- Gimeno Sendra, Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid: Civitas, 1981.
- González, Ramón. “La documentología relacionada con el lugar del hecho”. *Revista Indicios I*, n.º 2 (2011): 10-17.
- Gordillo Gallegos, Fabián Gustavo y Morales Álvarez, Jorge. *La prueba del curso causal*. Cuenca-Ecuador: Universidad del Azuay, 2015.
- Gutiérrez Sanz, María Rosa. *La cadena de custodia en el proceso penal español*. Navarra; Aranzadi, 2016.
- Hernández Basualto, Héctor. “El problema de la ‘causalidad general’ en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)”. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 1 (2006): 1-33.
- Jiménez Serrano, Jorge. “La escena del crimen en el criminal profiling (I)”. *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, n.º 6, (2009): 37-44.
- Mario Pagano, Francesco. *Considerazioni sul processo criminale*. Stamperia Raimondiana: Nápoles, 1794.
- Meneses Pacheco, Claudio. “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”. *Ius et Praxis* 14, n.º 2 (2008): 43-86.
- Mestre Delgado, Esteban. “La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos”. En AA.VV., Carmen Figueroa Navarro (Dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*. Madrid: Edisofer, 2015.
- Miranda Estrampes, Manuel. *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial referencia a la Exclusionary Rule estadounidense*. México: Ubijus, 2013.
- Nieva Fenoll, Jordi. *Derecho Procesal III. Proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- Ortells Ramos, Manuel y Armengot Villaplana, Alicia, “Los principios del proceso (I)”. En AA.VV. Ortells Ramos (Dir. y Coord.), *Introducción al Derecho Procesal*, 4ª ed. Navarra: Aranzadi, 2014.
- Parra Quijano, Jairo. “Algunas reflexiones sobre los principios de la prueba, nacidas de la lectura del Acto Legislativo N° 3 de 2002, por el cual se reforma la Constitución Política Nacional”. *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín* 2, n.º 4 (2003): 29-36.
- Pastor, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.
- Peláez Mejía, José María. “La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal”. *Revista De Derecho (Valdivia)* XXXI, n.º 2 (2018): 295-320.

- Pérez Cruz-Martín, Agustín-Jesús. *La prueba y la presunción de inocencia en el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Latitud Cero Editores, 2016.
- Pérez Del Valle, Carlos. “La causalidad ¿una solución procesal para un problema dogmático?”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* XLIX, fasc. III (1996): 979-1003.
- Richard González, Manuel. “La cadena de custodia en el proceso penal español”. *Diario La Ley*, n° 8236 (2013).
- Rosas Castañeda, Juan Antonio. “Análisis de la validez y eficacia probatoria de las grabaciones obtenidas”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLII, n. °. 124 (2009): 253-287.
- Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo y García Arcila, Óscar. “La relación de causalidad en la valoración de la prueba en la responsabilidad médica administrativa, estudio de Jurisprudencia del Consejo de Estado”. *Estudios de Derecho* LXVII, n° 150 (2010): 17-40.
- Ruiz Vadillo, Enrique. “La actividad probatoria en el proceso penal español”. En AA.VV., *La prueba en el proceso penal*, Colección cursos, vol. 12. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1993.
- Serra Domínguez, Manuel. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XVI, vol. 2°. España: Edersa, 1991.
- Sniegovski, Marcella Maris, Bortolatto, Jewers Matheus y Formolo, Fernanda, “Manchas de Sangre: El análisis de su patrón en la escena del crimen”, *Skopein: La justicia en manos de la Ciencia*, n. °. 14 (2016), 6-18.
- Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos* (Madrid: Trotta, 2002).
- _____. “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”. En *La prueba. Artículos y conferencias*. Santiago: Metropolitana, 2008.
- _____. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Torres, William. “Oralidad-inmediación-concentración”. *Derecho Penal y Criminología*. 24, n° 74 (2003): 183-194.
- Vargas Ávila, Rodrigo. “Concepciones de la prueba judicial”, *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores* II, (2011): 135-148.
- Vázquez Sotelo, José Luis. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal. Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español*. (Barcelona: Bosch, 1985).
- Velasco Núñez, Eloy. *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*. Madrid: La Ley, 2010.
- Zufelato, Camilo. “La dimensión de la «prohibición de la decisión-sorpresa» a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano”. *Derecho UCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. ° 78 (2017): 21-42.

CAPITULO II

LA PRUEBA: ACTUACIONES TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

Mtr. Estefany Johana Alvear Tobar¹

Abogada Asociada

Estudio Jurídico García Falconí y Asociados. Ecuador

¹ Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República, Universidad Central del Ecuador (2016); Experto Universitario en Técnicas de Litigación Oral, Universidad Internacional de la Rioja (2019); Máster Universitario en Ciencias Criminológicas y Seguridad, Universidad de Granada (2020); Investigadora Permanente, Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas (IEDPIC) (2013 – 2016); Asistente Nacional de Predeterminación de Responsabilidades, Contraloría General del Estado (2017 - 2019); Abogada asociada, Estudio Jurídico García Falconí y Asociados (2019 - Actualidad); Asistente de Cátedra Derecho Penal, Universidad Central Del Ecuador (2017 - Actualidad).

I. RECONSTRUCCIÓN DEL HECHO

Artículo 468.- Reconstrucción del hecho.- *La o el fiscal, cuando considere necesario, practicará con el personal del sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, o el personal competente en materia de tránsito, la reconstrucción del hecho, con el fin de verificar si la infracción se ejecutó o pudo ejecutarse de un modo determinado, considerando los elementos de convicción que existan en el proceso.*

En esta reconstrucción el procesado, la víctima o los testigos, si voluntariamente concurren, relatarán los hechos en el lugar donde ocurrieron, teniendo a la vista, si es posible, los objetos relacionados con la infracción.

SUMARIO: I. Introducción. II. Origen. III. Definición Legal. IV. Objeto. V. Órgano encargado.

I. Introducción

Cuando se comete un delito, en un inicio se cuenta, en la mayoría de casos, con un conjunto de versiones acerca de lo sucedido. Muchas veces son declaraciones contradictorias entre ellas, por lo que, con el fin de determinar cuál es la verdad de los hechos, se realiza una reconstrucción de los hechos, que consiste en una reproducción de lo sucedido en las condiciones más aproximadas, de tal modo que se pueda comprobar la realidad de lo ocurrido y que lo narrado por los versionistas y futuros testigos, efectivamente, haya tenido lugar y no solo sucedió en su mente.

II. Origen

Gran número de estudiosos del tema afirman que los orígenes de la reconstrucción de los hechos se remontan a los comienzos del teatro. Aunque en la actualidad ambas se puedan separar estrictamente, es necesario aceptar que existen grandes semejanzas. Tanto la reconstrucción de los hechos como en una obra teatral, se intenta hacer presente un acontecimiento pasado, ocurrido realmente, o puramente imaginado, pues las versiones constantes en el proceso no siempre son reales. Para lograrlo, varias personas (órganos de prueba en el proceso o actores en el teatro) reproducen comportamientos de acuerdo con una trama preestablecida y utilizan objetos (instrumentos del delito o utilería) en un sitio determinado (escena del crimen o escenario)².

² José Cafferata, *Reconstrucción judicial del delito* (Córdoba: Ediciones Alveroni, 2001), 11-12.

III. Definición legal

La reconstrucción de los hechos es un intento de reproducción del desarrollo de las actuaciones criminales en el mismo escenario que se produjeron³. Constituye un acto procesal practicado en la fase de instrucción de un proceso, con el fin de esclarecer los hechos objeto de la investigación, que consisten en la producción artificial, imitando el supuesto hecho delictivo, con las mismas condiciones y características con las que se afirma o se presume que transcurrieron los hechos. Por lo que, durante la práctica de esta diligencia, se representa de modo tangible, pero de manera aproximada⁴ la secuencia de los hechos sucedidos en el delito que se está investigando.

Para iniciar con este proceso, se necesita acudir al lugar exacto de la escena donde sucedió el acontecimiento con los sujetos intervinientes, entre ellos, el presunto autor de los hechos, así como el resto de los elementos intervinientes tanto materiales como personales, con el fin de reproducir de manera dinámica y coordinada los hechos⁵.

IV. Objeto

El objeto principal de esta diligencia es reproducir el hecho ilícito, atendiendo a las circunstancias, modo o forma que señalen las versiones, peritajes y demás pruebas al alcance de Fiscalía⁶, para de este modo tratar de vivir de modo real la hipótesis de cómo sucedieron los hechos y como fue el comportamiento de las personas que en él intervinieron y, en consecuencia, que el órgano judicial por sí mismo, perciba a través de sus sentidos, cómo se produjeron los hechos de manera presencial en la escena del delito⁷. En este sentido, esta clase de operaciones suponen el axioma de que la repetición de la serie causal implica en forma constante la repetición del efecto, por lo que, se busca saber si una determinada hipótesis es compatible con las leyes de la naturaleza⁸.

V. Órgano encargado

En el Ecuador, la institución encargada de desempeñar la tarea de reconstrucción de los hechos es la Fiscalía, que a su vez dirige el sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses⁹ y, por tanto, puede contar

³ Víctor Moreno y Valentín Cortés, *Derecho Procesal penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 257.

⁴ Eugenio Florian, *Delle prove penali* (Milán: Instituto Editorial Cisalpino, 1961), 55.

⁵ Franco Cordero, *Guida alla procedura penale* (Turín: UTET, 1986), 282.

⁶ Eduardo López, *Derecho Procesal Penal* (Ciudad de México: IURE Editores, 2018), 226.

⁷ Patricia Medina, *Cuestiones prácticas de la diligencia de reconstrucción de hechos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 18.

⁸ Cordero, *Guida alla procedura penale*, 282.

⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 448; Ecuador, *Reglamento de Investigación de Medicina Legal Y Ciencias Forenses*, Registro Oficial 225, Suplemento, 14 de abril de 2014, art. 9.

con la ayuda de este personal. Así también, en casos de tránsito, la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos será realizada por el Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la Agencia Nacional de Tránsito a través de la Comisión de Tránsito del Ecuador, quienes cumplirán sus funciones bajo los procedimientos y protocolos del Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses¹⁰.

¹⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial*, Registro Oficial 398, Suplemento, 07 de agosto de 2008, art. 166.

II. MAQUINARIAS Y VEHÍCULOS

Artículo 469.- Maquinarias y vehículos.- *Para recoger elementos materiales y evidencia física que se encuentren en objetos de gran tamaño, como naves, aeronaves, automotores, maquinarias, contenedores, grúas y otros similares, los peritos deben practicar el peritaje en el plazo señalado por la o el fiscal; luego de lo cual la o el fiscal ordenará la entrega a los dueños o legítimos poseedores, salvo aquellos susceptibles de comiso o destrucción.*

Los elementos de convicción o evidencia física obtenidos serán embalados y quedarán bajo custodia del organismo respectivo.

SUMARIO: I. Introducción. II. Definición. III. Procedimiento. IV. Diligencias Periciales. V. Egreso del vehículo o maquinaria pesada.

I. Introducción

Al igual que en la reconstrucción de los hechos, en el caso de que se tenga que recoger elementos materiales y evidencia de gran tamaño, la Fiscalía cuenta con el Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses, que es el órgano encargado de apoyar en la investigación y de realizar esta labor de recogida.

Para lo cual, en los manuales, protocolos e instructivos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se ha incluido un instructivo para el manejo de vehículos y maquinaria pesada, que tiene como propósito establecer los procedimientos técnico-científicos de cadena de custodia, en los casos de vehículos o maquinaria pesada, así como el procedimiento en indicios y/o evidencias relacionadas con vehículos, naves o aeronaves y maquinaria.

II. Definición

El termino maquinaria pesada se refiere a maquinaria de grandes proporciones geométricas, tienen peso y volumetría considerada. Además, requiere de un operador capacitado por que la operación varía según el tipo de máquina¹.

¹ Richard Mamani, “Maquinaria y equipo de construcción” (tesis de pregrado, Universidad Mayor de San Andrés, 2008), 14.

III. Procedimiento

En el caso de maquinaria o vehículos grandes, estos deben ser ingresados en los Centros de Acopio Vehicular del Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses, quienes deberán seguir los pasos que a continuación se detallan:

1. Adjuntar el acta de cadena de custodia
2. Registrar e ingresar el vehículo o maquinaria aprehendida o incautada en el sistema informático que corresponda.
3. El custodio del Centro de Acopio, al momento del ingreso, deberá tomar fotografías frontales, laterales y posteriores del vehículo, con el fin de respaldar el registro en la base de datos.
4. En caso de no existir espacio suficiente, la autoridad competente puede indicar un lugar donde permanecerá el vehículo, maquinaria u objeto, pero siempre se precautelarará la cadena de custodia².

Para la recolección de evidencia de estos vehículos, los servidores del sistema son los encargados de realizar un inventario con la maquinaria o vehículos aprehendidos o incautados. Para formalizar la entrega de los mismos, el custodio del patio tiene que realizar el acta de entrega – recepción, en la cual se tiene que hacer constar la orden de la autoridad competente³.

IV. Diligencias periciales

Para la realización del peritaje ordenado por Fiscalía, el custodio tiene que cumplir con lo siguiente:

1. Verificar la disposición de la autoridad competente, tomando en cuenta el objeto de la pericia.
2. Suscribir el acta de cadena de custodia, con el perito designado.
3. Una vez que el perito realice la experticia, debe realizar la entrega – recepción, llenando el acta de cadena de custodia.

² Ecuador FGE, *Resolución No. 073-FGE-2014*, Registro Oficial 318, Suplemento, 25 de agosto de 2014, Instructivo para el manejo de vehículos y maquinaria pesada.

³ Ecuador FGE, *Resolución No. 073-FGE-2014*, Registro Oficial 318, Suplemento, 25 de agosto de 2014, Procedimiento en indicios y/o evidencias relacionadas con vehículos, naves o aeronaves y maquinaria.

V. Egreso del vehículo o maquinaria pesada

Una vez que la autoridad competente ordena el egreso del vehículo o maquinaria de los Centros de Acopio, se debe verificar lo siguiente:

1. Disposición de la autoridad competente
2. Original y copia de la cedula de ciudadanía del propietario del vehículo
3. Ingreso en el sistema de la disposición de devolución
4. Suscripción del acta de cadena de custodia con la persona dispuesta por la autoridad competente, a quien se le entregó el vehículo o maquinaria⁴.

⁴ Ecuador FGE, Resolución No. 073-FGE-2014, Registro Oficial 318, Suplemento, 25 de agosto de 2014, Instructivo para el manejo de vehículos y maquinaria pesada.

III. COMUNICACIONES PERSONALES

Artículo 470.- Comunicaciones personales.- No podrán grabar o registrar por cualquier medio las comunicaciones personales de terceros sin que ellos hayan conocido y autorizado dicha grabación o registro, salvo los casos expresamente señalados en la ley.

La información obtenida ilegalmente carece de todo valor jurídico. Los riesgos, daños y perjuicios que genere para las personas involucradas, serán imputables a quien forzó la revelación de la información, quedando obligada a efectuar la reparación integral de los daños.

SUMARIO: I. Introducción. II. Definición. III. Objeto. IV. Reserva de ley. V. Procedimiento. VI. Intervenciones que podrían vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones.

I. Introducción

El contenido del artículo 470 del Código Orgánico Integral Penal, nace a partir del derecho al secreto de las comunicaciones, que fue reconocido por primera vez en la Revolución Francesa, en el Decreto de 10 de agosto de 1790, en el cual la Asamblea Nacional francesa reconoció *le secret des lettres est inviolable*. Sin embargo, por la época y la tecnología a nivel de comunicaciones que se manejaba, solo afectaba a la correspondencia postal¹.

Actualmente, debido al internet, el secreto de las comunicaciones va más allá de la correspondencia postal y se extiende a cualquier medio de comunicación personal sea este escrito o hablado, tales como llamadas, mensajería instantánea, correos electrónicos, entre otros.

II. Definición

Hoy en día, el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental, que se encuentra establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. En caso de que esto ocurra, toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.²

¹ José Fernández, *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet* (Madrid: Civitas, 2004), 83.

² ONU Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, 217 A (III), art. 12; ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, 171, art. 17.

Así también, la Constitución de la República del Ecuador y la Ley de Comunicación determinan, entre sus derechos, la protección de las comunicaciones personales³. Debido a esto, todas las personas tienen derecho a la inviolabilidad y al secreto de sus comunicaciones, ya sea que se realicen verbalmente, a través de servicios de telecomunicaciones o dispositivos de almacenamiento electrónico⁴, de tal forma que queda absolutamente prohibida la grabación y registro de las comunicaciones personales de terceros sin que estos conozcan o hayan autorizado la grabación.

Más allá del alcance de protección que le da cada legislación a este derecho, que el secreto de las comunicaciones se encuentre establecido tanto en normativa internacional, como en la Carta Magna ecuatoriana, significa que existe una garantía que preserva las comunicaciones entre las personas, de tal forma que cualquier supuesto de interceptación es admisible únicamente en casos excepcionales, rodeado de límites, requisitos y garantías, para que esta interposición no se convierta en una vulneración de derechos⁵.

III. Objeto

El objetivo del artículo 470 del Código Orgánico Integral Penal es velar por la impenetrabilidad de terceros ajenos al proceso comunicativo. En este sentido, es necesario mencionar que para la doctrina este objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones requiere de la existencia de un artificio técnico por el cual se interfiera directamente en el proceso de comunicación⁶. Es decir, que solo la comunicación indirecta que se realice a través de algún medio técnico está cubierta por este derecho. No sucede esto en el caso de la comunicación directa, sea verbal o no verbal, pues la protección del derecho al secreto de las comunicaciones está basada en evitar la interferencia de terceros en la comunicación⁷. Sin embargo, el Estado ecuatoriano, a través de la Ley de Comunicación, incluye a la comunicación verbal dentro del secreto de las comunicaciones, con lo que ha ampliado aún más el alcance del derecho.

IV. Reserva de ley

El límite a cualquier derecho fundamental tiene que realizarse mediante una ley orgánica, en el caso del secreto de las comunicaciones, el límite se encuentra establecido de manera general en el Código Orgánico Integral Penal y, de manera específica, en la Ley Orgánica de Comunicación. De tal forma que se permite la grabación y el registro de comunicaciones personales en investigaciones encubiertas autorizadas y ordenadas por un juez competente, y ejecutadas de acuerdo con la ley.

V. Procedimiento

La interceptación de las comunicaciones en el proceso penal tiene que ser realizada conforme a lo establecido en las leyes y reglamentos para evitar que se produzca una vulneración al derecho al secreto de las comunicaciones. De tal forma que tendrá que seguirse el siguiente procedimiento:

1. El fiscal obtendrá la autorización expresa de interceptación de comunicaciones o datos informáticos del juez competente, en la cual constará la siguiente información:
 - a. Identificación de la operadora
 - b. Nombres del abonado/ usuario/ alias
 - c. IMEI
 - d. IMSI
 - e. Número público
 - f. Acción requerida para ingresar, cancelar, prorrogar o reanudar
 - g. Descripción de la solicitud para identificar la fecha de autorización judicial
 - h. Nombre de la unidad a la que pertenece el juez competente
 - i. Provincia/ ciudad/ cantón
 - j. Plazo para ejecutar la interceptación.
2. El fiscal del subsistema coordinará con los servidores del sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, la ejecución de los protocolos de seguridad emitidos, dando inicio al análisis de las comunicaciones, monitoreo, grabación y registro de la información generada.
3. La información obtenida será grabada en un soporte digital identificado con un código de seguridad.
4. El fiscal asignado al subsistema de interceptación de comunicaciones o datos informáticos será el ejecutor de la orden judicial y el competente para disponer la extracción, grabación y entrega del soporte digital con el contenido de las interceptaciones de comunicaciones o datos informáticos⁸.

⁸ Ecuador FGE, *Resolución No. 061-FGE-2015*, Registro Oficial 569, Suplemento, 20 de agosto de 2015, art. 9.

VI. Intervenciones que podrían vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones

1. Acceso a listados de llamadas telefónicas. El concepto de secreto abarca no solo el contenido de la comunicación privada. Entonces, es cuestionable si dentro de este derecho entra o no el acceso al listado de llamadas telefónicas. Al respecto, la doctrina menciona que el recuento de llamadas telefónicas es distinto a la interceptación de las comunicaciones, pues puede tener una finalidad lícita como la comprobación de la exactitud de los cargos que se exigen a los abonados, examinar sus reclamaciones o descubrir posibles abusos; mientras que la interceptación de las comunicaciones no es deseable ni lícita, lo que significa que existen diferentes grados de intromisión al derecho al secreto de las comunicaciones, pero en ambos casos se lesiona el ámbito de protección del mismo⁹.

2. Acceso a mensajes de texto, mensajería instantánea o correo electrónico. Los mensajes de texto son genuinas comunicaciones personales, similares a las que se remiten y reciben por correo, pero cuyo vehículo de transmisión es el celular, por lo que, de hecho, se trata de una comunicación de una misiva personal efectuada por vía telefónica, que no se escucha por su destinatario, sino que se lee al aparecer en la pantalla del aparato y mediante esa lectura se conoce el contenido del mensaje. Por lo que resulta incuestionable que esta clase de comunicaciones se encuentran tuteladas por el derecho al secreto de las comunicaciones. Lo mismo aplica para la mensajería instantánea, por lo que debe incluirse en este concepto todo tipo de mensajes que pueden enviarse a través de un celular, como por ejemplo *WhatsApp*, o cualquier aplicación de mensajería o correos electrónicos¹⁰.

Con este antecedente, queda claro entonces, que cualquier interceptación a mensajes de texto, mensajería instantánea o correo electrónico, sea a través de un celular o computadora, constituye una vulneración al secreto de las comunicaciones, por lo que, es necesaria un orden judicial para poder grabar o registrar las mismas.

3. Identificación de los códigos IMEI o IMSI de un celular. Para determinar si existe vulneración al derecho de la protección de las comunicaciones, es necesario primero definir a qué se refiere cada uno de los términos que se mencionan, para lo cual se hará alusión a los conceptos establecidos en la normativa de comunicaciones o datos informáticos de la Fiscalía.

- **IMEI:** es un código denominado International Mobile Equipment Identity, el cual permite la identificación del terminal o estación móvil dentro de una red, consiste en un código de quince números cuyo último dígito es verificador y se transmite cuando el teléfono celular se conecta a la red correspondiente.
- **IMSI:** por sus siglas significa International Mobile Subscriber Identity, se

⁹ Casanova, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, 70.

¹⁰ España Tribunal Supremo Sala Segunda de lo Penal, "Sentencia", *STS 1235/2002*, 27 de junio de 2002.

constituye como un identificador único de cada teléfono móvil, que se guarda en la tarjeta SIM¹¹.

El ámbito de protección del derecho que se está tratando, alcanza también cualquier forma de interceptación del proceso de comunicación, mientras este está teniendo lugar siempre que sea para desvelar, ya sea la existencia de la misma conversación, o los elementos externos del proceso de comunicación. En consecuencia, no solo la conversación telefónica forma parte de la protección, sino que entre los elementos externos de la comunicación está la existencia de la identidad del otro número de teléfono con el que se mantiene la conversación¹².

En este punto es necesario aclarar que el simple conocimiento del código IMEI o IMSI no constituye una vulneración al derecho, por lo que no sería necesaria una autorización judicial, pues la identificación de estos códigos no permite conocer ninguno de los elementos externos de las comunicaciones mantenidas. Sin embargo, una vez obtenido el código si será necesaria la autorización judicial para que la operadora telefónica ceda los datos que obran en sus ficheros, con los que se podrá conocer el número concreto del terminal telefónico para el que se va a solicitar la intervención¹³.

¹¹ Ecuador FGE, *Resolución No. 061-FGE-2015*, Registro Oficial 569, Suplemento, 20 de agosto de 2015, art. 10.

¹² España Tribunal Constitucional Sala Primera, “Sentencia”, *SSTC 281/2006*, 9 de octubre 2006.

¹³ Casanova, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, 83.

IV. GRABACIONES

Artículo 471.- Registros relacionados a un hecho constitutivo de infracción.-

No requieren autorización judicial las grabaciones de audio, imágenes de video o fotografía relacionadas a un hecho constitutivo de infracción, registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución, por los medios de comunicación social, por cámaras de vigilancia o seguridad, por cualquier medio tecnológico, por particulares en lugares públicos y de libre circulación o en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o video obtenidas por uno de los intervinientes, en cuyo caso se requerirá la preservación de la integralidad del registro de datos para que la grabación tenga valor probatorio.

En estos casos, las grabaciones se pondrán inmediatamente a órdenes de la o el fiscal en soporte original y servirán para incorporar a la investigación e introducirlas al proceso y de ser necesario, la o el fiscal dispondrá la transcripción de la parte pertinente o su reproducción en la audiencia de juicio.

SUMARIO: I. Introducción. II. Grabaciones obtenidas por medios de comunicación social. III. Grabaciones obtenidas por el Servicio Integrado de Seguridad ECU911. IV. Grabaciones obtenidas por las partes procesales

I. Introducción

Para poder realizar grabaciones con el fin de que sean utilizadas dentro de un proceso penal, se necesita una autorización judicial. Sin embargo, si es que las grabaciones se realizan de manera espontánea, como es el caso de las cámaras de seguridad, privadas o públicas o medios de comunicación, no se necesita de esta autorización. En este punto hay que recalcar que, para realizar esta grabación, no debe existir un plan previo. Si las grabaciones de audio, imágenes de video o fotografía relacionadas a un hecho constitutivo de infracción no son tomadas de forma espontánea, entonces estas carecerán de valor probatorio.

II. Grabaciones obtenidas por medios de comunicación social

El artículo 514 del Código Orgánico Integral Penal menciona que los directores, administradores y propietarios de las estaciones de radio y televisión, tienen la obligación de remitir, a pedido de Fiscalía, los videos o grabaciones de sonidos, que el ente solicite. En caso de no hacerlo, la responsabilidad podrá redireccionarse hacia el canal¹.

En estos casos, se deberá realizar una exhibición previa, antes del ejercicio de la acción penal, al director o propietario del canal, para que informe el nombre del

¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 514.

autor o responsable del escrito y la remisión de las filmaciones, videos o grabaciones de sonidos².

Una vez exhibido el original de la cinta de video o sonido, se tiene que realizar el peritaje correspondiente³, con el fin de extraer el audio y video enviados por el medio de comunicación.

III. Grabaciones obtenidas por el Servicio Integrado de Seguridad ECU911

El Servicio Integrado de Seguridad ECU911, es una institución creada para gestionar la atención de las situaciones de emergencia de la ciudadanía⁴, para lo cual gestiona la recepción de alertas, llamadas, se encarga de la video vigilancia y coordinación del despacho del recurso por parte de las instituciones articuladas, por medio de un canal único de emergencias⁵. Por lo que, al colocar video vigilancia en las calles y lugares públicos de tránsito, sus cámaras son los medios electrónicos que más captan el cometimiento de delitos.

Tal como se ha mencionado, no se necesita autorización judicial para utilizar estos archivos. Sin embargo, eso no significa que no se deba mantener la debida cadena de custodia. Al respecto, la Corte Nacional de Justicia, ha emitido un criterio no vinculante, el cual determina que

El juzgador al momento de valorar la prueba que haya sido debidamente introducida al juicio oral y sometida a contradicción, lo hará teniendo en cuenta su sometimiento a cadena de custodia. En ese sentido, es evidente que las grabaciones de los videos del ECU 911, deben ser recolectados de conformidad con el artículo 500 en relación al artículo 456 del COIP. No se debe confundir la NO necesidad de autorización judicial para la obtención de aquellos elementos, (prevista en el art. 471) con la obligatoriedad de someterlos a la respectiva cadena de custodia.⁶

Criterio que resulta importante tomar en cuenta, pues, de no tener el archivo la debida cadena de custodia tampoco podrá ser utilizada en juicio puesto que, no se considerará una prueba válida.

² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 515.

³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 516.

⁴ Ecuador, Servicio Integrado de Seguridad ECU 911, *Estatuto orgánico de gestión organizacional por procesos*, Registro Oficial 314, Edición Especial, 28 de abril del 2015, art. 6.

⁵ Ecuador, Servicio Integrado de Seguridad ECU 911, *Estatuto orgánico de gestión organizacional por procesos*, art. 12.

⁶ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, “Absolución de consultas, criterio no vinculante”, *Oficio 1103-P-CNJ-2018*, 13 de septiembre de 2018.

IV. Grabaciones obtenidas por las partes procesales

En caso de que las grabaciones sean obtenidas por una de las partes, el único punto a tomar en cuenta es que la grabación sea espontánea. Además, deberá someterse a las pericias correspondientes para determinar que los videos, fotografías o grabaciones no hayan sido editados.

Una vez obtenidas las grabaciones por el fiscal, sea a través de medios públicos o privados, este podrá solicitar su reproducción en audiencia de juicio, con el fin de practicar la prueba. Sin embargo, como se ha mencionado con anterioridad, esto solo podrá suceder en caso de que los archivos digitales se hayan obtenido en base a lo que determina el Código Orgánico Integral Penal.

V. INFORMACIÓN DE CIRCULACIÓN RESTRINGIDA

Artículo 472.- Información de circulación restringida. *No podrá circular libremente la siguiente información:*

- 1. Aquella que esté protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente establecida en la ley.*
- 2. La información acerca de datos de carácter personal y la que provenga de las comunicaciones personales cuya difusión no haya sido autorizada expresamente por su titular, por la ley o por la o el juzgador.*
- 3. La información producida por la o el fiscal en el marco de una investigación previa y aquella originada en la orden judicial relacionada con las técnicas especiales de investigación.*
- 4. La información acerca de niñas, niños y adolescentes que viole sus derechos según lo establecido en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Constitución.*
- 5. La información calificada por los organismos que conforman el Sistema nacional de inteligencia.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Definiciones. III. Información protegida por cláusula de reserva. IV. Información acerca de datos de carácter personal y la que provenga de las comunicaciones personales. V. Información producida por el fiscal en el marco de una investigación previa y aquella originada en la orden judicial relacionada con las técnicas especiales de investigación. VI. Información acerca de niñas, niños y adolescentes que viole sus derechos según lo establecido en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Constitución. VII. La información calificada por los organismos que conforman el Sistema nacional de inteligencia.*

I. Introducción

La información de circulación restringida representa un límite al derecho de acceso a la información pública, establecido en los artículos 91 y 47 de la Constitución del Ecuador y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respectivamente. Los límites a los derechos tienen que estar establecidos de manera positiva en la ley. En el Ecuador, esta restricción se encuentra establecida en el artículo 472 del Código Penal, el cual determina, de manera taxativa, cada uno de los casos en los cuales la circulación de información no está permitida. Además, menciona la sanción en caso de que no se cumpla con lo pertinente, con lo que se establece una pena privativa de libertad de uno a tres años a la persona que difunda información de circulación restringida.

II. Definiciones

La restricción de circulación de la información nace a partir de la confidencialidad de la información, definida como aquellos datos que afectan la intimidad de la persona o cuyo uso indebido puede generar discriminación. Por ejemplo, aquella que revela el origen étnico, la vida afectiva y familiar, estado de salud, orientación sexual, datos biométricos. Además, está la información de carácter confidencial sensible, como el caso de los niños, niñas y adolescentes, personas en situación de movilidad, situación de refugio o asilo, víctimas de violencia y discriminación por pasado judicial, personas privadas de libertad. En estos casos, la protección de la información se extiende a los familiares¹.

En este sentido, también es importante definir lo que es información o documentación reservada, esta se refiere a toda aquella que es excluida del principio de publicidad.

III. Información protegida por cláusula de reserva

La información de carácter reservado es aquella sobre la cual no existe acceso a la información pública y en consecuencia no está sujeta a la publicidad. Aplica en los siguientes casos:

- a) Los documentos calificados de manera motivada como reservada por el Consejo de Seguridad Nacional, por razones de defensa nacional, en los siguientes casos:
 - Los planes y órdenes de defensa nacional, militar, movilización, de operaciones especiales y de bases e instalaciones militares ante posibles amenazas contra el Estado.
 - Información en el ámbito de la inteligencia, específicamente los planes, operaciones e informes de inteligencia y contra inteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional.
 - La información sobre la ubicación de material bélico cuando esta no entrañe peligro para la población.

- b) La información expresamente establecida como reservada en las leyes vigentes².

Es importante recalcar que la información clasificada previamente como reservada tiene este carácter hasta un periodo de quince años después de su clasificación y, únicamente, puede ser desclasificada cuando se extingan

¹ Ecuador Defensoría del Pueblo, *Resolución No. 063-DPE-2017*, Registro Oficial 128, Edición Especial, 7 de noviembre de 2017, art. 3.

² Ecuador, *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, Registro Oficial 337, Suplemento, 18 de mayo de 2004, art. 17.

las causas que dieron lugar a su clasificación. En caso de que esta clase de información se haga pública antes del vencimiento del plazo de la reserva, puede ocasionar responsabilidad civil, administrativa o penal, dependiendo del caso. En este sentido, para mantener un control de la información clasificada como reservada, las instituciones públicas tienen la obligación de elaborar semestralmente un índice de los expedientes que tengan esta calidad³.

IV. Información acerca de datos de carácter personal y la que provenga de las comunicaciones personales

La protección de los datos personales está directamente relacionada con la protección de la vida privada, que se encuentra establecida en normativa internacional, como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que dispone: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”⁴. Así también en la normativa nacional, como es el caso del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece que “[s]e reconoce y garantizará a las personas: 20. El derecho a la intimidad personal y familiar”.

La principal característica de la intimidad es la relatividad. En efecto, el contenido y ámbito de protección de la intimidad dependen en su extensión de las circunstancias sociales, económicas y culturales de cada momento, por lo que, en la sociedad actual la intimidad no goza del reconocimiento y contenido que se le daba en épocas en las que no existía tecnología. Así, se ha introducido una formulación evolutiva de su concepto, pasando desde la concepción de intervencionismo y arbitrariedad hasta el derecho a “ser dejado solo”⁵.

Sin embargo, este último concepto de “ser dejado solo” no ha sido suficiente, pues al analizar el derecho a la intimidad, se pueden distinguir dos aspectos. Por un lado, uno negativo, como un modo de ser negativo de la persona respecto de los demás, que sería la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la propia persona. Por otro lado, un aspecto positivo, de control por su titular de los datos e información relativos a la propia persona. Este último responde a la necesidad de proteger la vida privada ante ataques provenientes de las nuevas tecnologías frente a las cuales el derecho puramente negativo (derecho a estar solo) resulta ineficiente, pues, aunque en muchos casos la persona esté sola, la intimidad puede ser dañada por manejos que se realicen a distancia y, en la mayoría de los casos, sin que el interesado se entere de los mismos⁶.

³ Ecuador, *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, art. 18.

⁴ Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*, 22 de noviembre 1969, art. 11.

⁵ Ana Herrán, *El derecho a la intimidad en la nueva Ley orgánica de protección de datos Personales* (Madrid: Editorial Dykinson, 2003), 5.

⁶ Ana Garriga, *Nuevos retos para la protección de datos personales* (Madrid: Editorial Dykinson, 2016), 81.

Entonces, la protección de datos personales aparece con la llegada de la tecnología en varios ámbitos de la vida privada, pública, económica y social. Esto, ha creado nuevas amenazas a la privacidad, derivadas de las posibilidades de intromisión y acopio de informaciones personales sin que el propio interesado esté consciente de que la información es manipulada y utilizada por distintos actores⁷.

V. Información producida por el fiscal en el marco de una investigación previa y aquella originada en la orden judicial relacionada con las técnicas especiales de investigación

El artículo 584 del Código Orgánico Integral Penal se refiere a la reserva de la investigación y determina que las actuaciones de la Fiscalía, del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, Policía Nacional y de otras instituciones que intervienen en la investigación previa, se deben mantener bajo reserva, de tal forma que no se puede divulgar este tipo de información, y en caso de hacerlo, la persona tendrá que responder penalmente por este hecho⁸.

La información que es generada por estas autoridades en ejercicio de sus funciones, normalmente, es pública. Sin embargo, en el caso de las investigaciones penales existe una excepción en cuanto a la reserva de la misma, pues, sobre esta se fundamenta el curso posterior del proceso. El objetivo principal es que no se entorpezca la investigación realizada por Fiscalía. Además, se busca preservar la objetividad del agente fiscal ante posibles influencias mediáticas, pues el exceso de información y publicidad en cuestiones sometidas al ámbito procesal penal genera diversos efectos negativos. Por una parte, se daña el valor de la verdad judicial. Por otro lado, los sujetos involucrados pueden llegar a sufrir pérdidas en su imagen y honra, aun cuando después se ratifique la inocencia del investigado⁹.

VI. Información acerca de niñas, niños y adolescentes que viole sus derechos según lo establecido en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Constitución

Los menores de edad tienen derecho a la reserva a la reserva de la siguiente información:

1. Los adolescentes que hayan sido investigados, sometidos a un proceso penal, privados de libertad o a quienes se les haya aplicado una medida socio educativa, como consecuencia del cometimiento de una infracción penal, tienen derecho a que no se hagan públicos sus antecedentes y que se respete

⁷ Alonso Gómez-Robledo y Lina Ornelas, *Protección de datos personales en México: el caso del Poder Ejecutivo Federal* (México: UNAM, 2006), 15.

⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 584.

⁹ María Saldaña, Martha Quezada y Armando Durán, “Estudio de la Notificación del inicio de la indagación previa y la legitimidad del proceso penal”, *Universidad y Sociedad* 11, n.º 5 (2019): 402 - 403.

la reserva de la información procesal¹⁰.

2. La información relativa a informes y estudios realizados por las Unidades Técnicas de Adopción son reservados y deberán archivar y conservarse de manera que se asegure este carácter¹¹.
3. El testimonio rendido por los niños o adolescentes tiene que practicarse de manera reservada y en las condiciones adecuadas como para respetar la intimidad, integridad física y emocional del menor. Las partes procesales pueden presenciar la diligencia siempre que el juez lo autorice¹².
4. Las causas en las que se encuentre involucrado un menor de edad se manejarán de manera reservada, procurando en todo momento respetar la vida e intimidad del adolescente. A las audiencias solo podrá concurrir, además de los funcionarios judiciales que disponga el juez, el fiscal de Adolescentes Infractores, los defensores, el adolescente, sus representantes legales y un familiar o una persona de confianza, en caso de que lo requiera el menor¹³.

VII. La información calificada por los organismos que conforman el Sistema Nacional de Inteligencia

El producto de las actividades del Sistema Nacional de Inteligencia se inserta en el contexto de la seguridad integral del Estado, por lo que, la información generada por esta entidad es de carácter reservado¹⁴ y tiene distintos niveles de reserva. En este sentido, se puede clasificar como:

- Reservada. – Aquella información que tiene libre acceso luego de transcurridos cinco años luego de su clasificación
- Secreta. – aquella información que tiene libre acceso después de transcurridos diez años luego de su clasificación
- Secretísima. – aquella información que tiene libre acceso después de quince años a partir de su clasificación. Esta información tiene que ser desclasificada o reclasificada por el Ministerio de Coordinación de Seguridad o quien haga sus veces. En caso de que no exista reclasificación, se desclasificará automáticamente después de quince años¹⁵.

¹⁰ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, 03 de enero de 2003, art. 54.

¹¹ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, art. 168.

¹² Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, art. 258.

¹³ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, art. 317.

¹⁴ Ecuador SENAIN, *Resolución SENAIN-075-2013*, 18 de septiembre de 2013, art. 3

¹⁵ Ecuador, *Ley de Seguridad Pública y del Estado*, Registro Oficial 35, Suplemento, 28 de septiembre de 2009, art. 19

VI. ALTERACIÓN, DISPOSICIÓN O DESTRUCCIÓN DE BIENES O SUSTANCIAS

Artículo 473.- Alteración, disposición o destrucción de bienes o sustancias.- *Si para practicar la pericia es necesario alterar o destruir el bien o sustancia que ha de reconocerse, la o el fiscal dispondrá que, de ser posible, se reserve una parte para que se conserve bajo su custodia.*

Tratándose de hidrocarburos y sus derivados, la o el fiscal luego del reconocimiento respectivo, solicitará al juzgador, ordene la entrega de dichas sustancias a la entidad estatal encargada de la explotación de hidrocarburos, guardándose muestras que permanecerán en cadena de custodia.

Tratándose de explosivos u otras sustancias peligrosas, luego del reconocimiento se procederá a su destrucción o entrega a entidades que puedan reutilizarlos.

SUMARIO: *I. Introducción. II. Definiciones. III. Manejo de indicios hidrocarburíferos. IV. Manejo de sustancias sujetas a fiscalización. V. Manejo de sustancias peligrosas y explosivos.*

I. Introducción

Existen diferentes pericias que se realizan a las sustancias o bienes objeto de una investigación. Sin embargo, en situaciones especiales, como el caso de sustancias estupefacientes, hidrocarburos, o explosivos y sustancias peligrosas, se deben seguir ciertos protocolos establecidos en la normativa ecuatoriana, específicamente, aquellas normas contenidas en los manuales, protocolos e instructivos de Medicina Legal y Ciencias Forenses. El trato singularizado a estas sustancias y objetos se debe a que el Estado busca garantizar que no vuelvan a circular en el mercado.

II. Definiciones

Para comprender el contexto del artículo que será analizado es necesario definir a qué se refieren ciertos términos a los que se hace alusión.

En este sentido, los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales. Las primeras son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos¹; las segundas son las que consisten en meros derechos. Los bienes corporales, a su vez, se clasifican en muebles e inmuebles². Los bienes muebles son los que pueden

¹ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 583.

² Ecuador, *Código Civil*, art. 584.

transportarse de un lugar a otro³, mientras que los inmuebles son aquellos que no pueden transportarse de un lugar a otro, como tierras y minas⁴. El artículo 473 del Código Orgánico Integral Penal se refiere exclusivamente a los bienes corporales muebles.

Por su parte, el termino sustancia se refiere a cualquier materia líquida obtenida en una investigación. Sin embargo, por el contexto del artículo, la mayoría de las sustancias que se destruyen o alteran son aquellas sujetas a fiscalización, que se analizarán en el artículo siguiente.

Por otro lado, los hidrocarburos son moléculas que forman el petróleo crudo y sus derivados⁵. Finalmente, los explosivos son sustancias y preparados sólidos, líquidos, pastosos o gelatinosos que, incluso en ausencia del oxígeno del aire, pueden reaccionar de forma exotérmica con rápida formación de gases y que, en condiciones de ensayo determinadas, detonan, deflagran rápidamente o, bajo el efecto del calor, en casos de confinamiento parcial, explosionan⁶.

III. Manejo de indicios hidrocarbúrriferos

Los hidrocarburos aprehendidos, incautados o comisados, los recipientes que los contengan incluidos los medios de transporte, deberán ser trasladados hasta las instalaciones de la empresa estatal encargada de la exploración y explotación de hidrocarburos en el área de su jurisdicción debidamente sellados. El personal especializado de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarbúrrifero o el personal técnico especializado en inspección ocular técnica del sistema tiene que fijar, recolectar, embalar, rotular, sellar y trasladar los indicios o evidencias de este tipo observando las normas relativas a la cadena de custodia⁷

Así también, los combustibles líquidos derivados de hidrocarburos, como el gas licuado de petróleo, biocombustibles y sus mezclas, que sean detallados como indicios, tienen que ser tratados como materiales peligrosos e inflamables en el momento de su manipulación. Así, deben ser debidamente custodiados, previo entrega-recepción al personal del Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses, para que sean levantados, embalados, sellados, etiquetados y trasladados a los centros de acopio de la entidad estatal encargada de la explotación de hidrocarburos. Guardándose además, muestras que tienen que permanecer en cadena de custodia, previa orden judicial⁸.

³ Ecuador, *Código Civil*, art. 585.

⁴ Ecuador, *Código Civil*, art. 586.

⁵ Secretaría de Energía – República Argentina, *Conceptos sobre Hidrocarburos* (2003), 3.

⁶ España Ministerio de la Presidencia, *Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos*, 04 de marzo de 2003, art. 2, num. 2, lit. a.

⁷ Ecuador FGE, *Resolución No. 073-FGE-2014*, Procedimiento en indicios y/o evidencias provenientes de actuaciones con hidrocarburos y sus derivados.

⁸ Ecuador FGE, *Resolución No. 073-FGE-2014*, Sistema Especializado Integral de Investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

IV. Manejo de sustancias sujetas a fiscalización

En el manejo de estas sustancias se tienen que observar las siguientes normas:

- El Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses, después de la aprehensión o incautación tiene que dar inicio a la Cadena de Custodia, realizando el registro en el formato establecido para la trazabilidad.
- En el caso de que intervenga el personal de las Fuerzas Armadas en la aprehensión o incautación de esta clase de indicios, la entidad tiene que comunicar al fiscal competente y entregar las sustancias con Cadena de Custodia a la Policía Nacional para su tratamiento y procedimiento técnico.
- En el caso de que estas sustancias sean aprehendidas, el responsable del centro de acopio tiene que tomar la cantidad suficiente para constituir el objeto del análisis químico de la muestra testigo⁹.

V. Manejo de sustancias peligrosas y explosivos

En el caso de que exista un explosivo o sus derivados se llevará a cabo el siguiente procedimiento:

- El funcionario que acuda al lugar de los hechos tiene la obligación de proteger la escena y evacuar a todas las personas.
- Se comunicará al personal especializado de las Fuerzas Armadas y al Grupo de Intervención y Rescate de la Policía Nacional para que acuda al lugar de los hechos.
- Una vez que dicho personal indique que el artefacto explosivo se encuentra activo o inestable, se tiene que proceder a la destrucción inmediata en un lugar seguro. Finalmente, se realizará el registro en la cadena de custodia. En caso de que la sustancia explosiva se encuentre inactiva o fuera de peligro, el personal de las Fuerzas Armadas, el Grupo de Intervención y Rescate e Inspección Ocular, procederá a realizar el levantamiento de la sustancia¹⁰.

⁹ Ecuador FGE, *Resolución No. 073-FGE-2014*, Procedimiento en indicios y/o evidencias provenientes de actuaciones con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

¹⁰ Ecuador FGE, *Resolución No. 073-FGE-2014*, Instructivo para el Manejo de Sustancias Peligrosas y Explosivos.

VII. SUSTANCIAS CATALOGADAS SUJETAS A FISCALIZACIÓN

Artículo 474.- Análisis y destrucción de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. *Las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización aprehendidas se someterán al análisis químico, para cuyo efecto se tomarán muestras, que la Policía Nacional entregará a los peritos designados por la o el fiscal, quienes presentarán su informe en el plazo determinado. En el informe se deberán determinar el peso bruto y neto de las sustancias. Las muestras testigo se quedarán bajo cadena de custodia hasta que sean presentadas en juicio.*

En las actuaciones periciales y de destrucción, se seguirán las siguientes reglas:

1. Cuando las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se encuentren impregnadas, diluidas o contenidas en bienes u objetos, los peritos determinarán la cantidad de estas sustancias de ser posible, mediante el análisis cualitativo y cuantitativo.

SUMARIO: *I. Introducción. II. Definiciones. III. Destrucción de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.*

I. Introducción

El consumo de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización es común en el Ecuador, lo que representa un problema que afecta a la sociedad. Por esta razón, el consumo de este tipo de sustancias ha sido calificado como un problema de salud pública. De esta forma, los consumidores que abusan de estas sustancias representan para el Estado una prioridad y, con ello, se genera la obligación estatal de garantizar la rehabilitación y el acceso a la salud.

La destrucción de las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización es importante porque esto evita que se produzcan filtraciones que devuelvan la mercancía al mercado. Así, la sustancia siempre tiene que ser pesada y sometida a un procedimiento de análisis químico para identificar el tipo de sustancia. Finalmente, se entregan en depósito al organismo competente y se elabora un informe, precautelando siempre la cadena de custodia.

II. Definiciones

Las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización son aquellas que, para ser utilizadas, producidas, almacenadas, importadas y exportadas, requieren de autorización del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas(CONSEP)¹, actual Secretaría Técnica de Drogas (SETED), entre ellas

¹ Ecuador FGE, *Resolución No. 073-FGE-2014*, Glosario.

están:

1. Todas las bebidas con contenido alcohólico;
2. Cigarrillos y otros productos derivados del tabaco;
3. Sustancias estupefacientes, psicotrópicas y medicamentos que las contengan;
4. Drogas de origen sintético; y
5. Sustancias de uso industrial y diverso como; pegantes, colas y otros usados a modo inhalantes².

III. Destrucción de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización

Para la destrucción de las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se siguen dos protocolos, dependiendo del lugar en el que se encuentren custodiadas.

1. Sustancias en custodia de la Policía Nacional

En este caso, se requiere a la Dirección Nacional Antinarcoóticos de la Policía Nacional, que disponga a las Unidades Antinarcoóticos Zonales, Sub zonales y Distritales, que elaboren un listado de todos los casos policiales. El Ministerio del Interior tiene que solicitar al fiscal que, a su vez, solicite al juez que disponga el depósito de las sustancias en la SETED y su destrucción.

Para la destrucción de las sustancias se tienen que seguir los siguientes pasos:

- a) Verificar la envoltura o el bien que lo contenga.
- b) Identificar la sustancia mediante la Prueba de identificación Preliminar Homologada (PIPH).
- c) Comprobar el peso bruto y neto de la sustancia y,
- d) Verificar si el caso corresponde al que consta en cualquiera de los siguientes documentos: parte o informe policial, prueba de identificación preliminar homologada (PIPH), acta de verificación y pesaje, acta o comprobante de entrega de evidencia a la bodega de la Policía Nacional bajo cadena de custodia, en los que conste el peso bruto de cada caso³.

2. Sustancias depositadas en la SETED

Una vez que el juez reciba la solicitud de la SETED para que se lleve a cabo la destrucción de la sustancia, se señalará día y hora para que se realice el proceso. En esta diligencia tienen que intervenir el juez, el secretario y el depositario de la SETED.

Para la destrucción de las sustancias se realizará el siguiente proceso:

- a) Verificar la envoltura de la sustancia;

² Ecuador, *Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización*, Registro Oficial 615, Suplemento, 26 de octubre de 2015, art. 6.

³ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución 150-2016*, Registro Oficial 852, Suplemento, 30 de septiembre de 2016, num. 3.1.

- b) Identificar la sustancia mediante la Prueba de Identificación Preliminar Homologada (PIPH);
- c) Comprobar el peso bruto y el peso neto de la sustancia; y,
- d) Verificar si el caso corresponde al que consta en el oficio de depósito y acta de entrega – recepción⁴.

3. Sustancias aprehendidas y custodiadas por la Policía Nacional y depositadas en la SETED

En este caso, el fiscal responsable de los casos detallados en los listados elaborados por la Policía Nacional y la SETED, solicitará al Juez de Garantías Penales que disponga el depósito de las sustancias en la SETED y el señalamiento de la fecha y hora para la destrucción de las sustancias, con la intervención del juez, secretario y depositario de la SETED⁵.

4. Sustancias que no se pueden establecer la responsabilidad de persona alguna (abandonadas y en correos)

Para estos casos se requiere que la Dirección Nacional Antinarcoóticos disponga a las Unidades Antinarcoóticos Zonales, Sub zonales y Distritales, que elaboren el listado de todos los casos policiales que no se puedan establecer responsabilidad de ninguna persona. Para la destrucción de estas sustancias se llevarán a cabo los siguientes pasos:

- a) Verificar la envoltura de la sustancia o el bien que la contenga
- b) Identificar la sustancia mediante la prueba de Identificación Preliminar Homologada (PIPH) y elaborar un informe general que corresponderá al análisis químico que serán suscritos por el personal de la Policía Nacional y la SETED
- c) Comprobar el peso bruto y peso neto de la sustancia; y,
- d) Verificar si el caso corresponde al que consta en el informe de investigación y parte policial⁶.

IV. Sustancias catalogadas sujetas a fiscalización impregnadas, diluidas o contenidas en bienes u objetos

Cuando las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización se encuentren impregnadas, diluidas o contenidas en bienes u objetos, estos tienen que ser recibidos en el depósito de acuerdo con los protocolos establecidos por el Ministerio Rector de la Seguridad Ciudadana o el Ministerio Rector de la Salud Pública⁷. Para lo cual, los

⁴ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución 150-2016*, num. 3.2.

⁵ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución 150-2016*, num. 3.3.

⁶ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución 150-2016*, num. 3.4.

⁷ Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica de prevención integral del fenómeno socio económico de las drogas y de regulación y control del uso de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización*,

peritos tienen la obligación de determinar la cantidad de estas sustancias mediante el análisis cualitativo y cuantitativo⁸.

4.1 Análisis cuantitativo y cualitativo

Cuando se necesita establecer la identidad de una sustancia sometida a fiscalización, contenida en algún material, el enfoque analítico va dirigido a la determinación de, al menos, dos parámetros no correlacionados, uno de los cuales debe brindar información sobre la estructura química de la sustancia analizada⁹.

En el Ecuador, los encargados de realizar el análisis de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización son los peritos químicos forenses, quienes pueden determinar la composición cualitativa de cualquier sustancia. Para ello, se emplean parámetros analíticos diferentes utilizando técnicas de análisis completamente distintas, como ensayos de color, cromatografía en capa fina (utilizando sistemas disolventes no correlacionados), cromatografía de gases y espectroscopía FTIR. Complementando así una información analítica, veraz y técnicamente sustentada.

Por su parte, para cuantificar una sustancia catalogada sujeta a control y fiscalización se emplean métodos analíticos instrumentales, tales como la cromatografía de gas-líquido y la cromatografía gas-masa, que es una técnica que permite identificar una sustancia a ser investigada mediante su peso molecular. Todas estas son técnicas que, por su resolución, sensibilidad y confiabilidad, permiten la separación e identificación de mezclas complejas y, a su vez, determinar la concentración de la sustancia analizada¹⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- Cafferata, José. *Reconstrucción judicial del delito*. Córdoba: Ediciones Alveroni, 2001.
- Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 2014.
- Cordero, Franco. *Guía alla procedura penale*. Turín: UTET, 1986.
- Díaz, Francisco. “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, n° 59 (2006): 159.
- Diez-Picazo, Luis. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Civitas, 2015.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- Ecuador. *Código de la Niñez y Adolescencia*. Registro Oficial 737, 03 de enero de 2003.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Reglamento General a la Ley Orgánica de prevención integral del fenómeno socio económico de las drogas y de regulación y control del uso de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización*. Registro Oficial 717, Suplemento, 22 de marzo de 2016.
- Ecuador Consejo de la Judicatura. *Resolución 150-2016*. Registro Oficial 852, Suplemento, 30 de septiembre de 2016.
- Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia. “Absolución de consultas, criterio no vinculante”. *Oficio 1103-P-CNJ-2018*, 13 de septiembre de 2018.
- Ecuador Defensoría del Pueblo. *Resolución No. 063-DPE-2017*. Registro Oficial 128, Edición Especial, 7 de noviembre de 2017.
- Ecuador. *Ley de Seguridad Pública y del Estado*. Registro Oficial 35, Suplemento, 28 de septiembre de 2009.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Comunicación*. Registro Oficial 22, Suplemento, 25 de junio de 2013.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización*. Registro Oficial 615, Suplemento, 26 de octubre de 2015.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*. Registro Oficial 337, Suplemento, 18 de mayo de 2004.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial*. Registro Oficial 398, Suplemento, 07 de agosto de 2008.

- Ecuador. *Reglamento de Investigación de Medicina Legal Y Ciencias Forenses*. Registro Oficial 225, Suplemento, 14 de abril de 2014.
- Ecuador. FGE. *Resolución No. 073-FGE-2014*. Registro Oficial 318, Suplemento, 25 de agosto de 2014.
- Ecuador. FGE. *Resolución No. 061-FGE-2015*. Registro Oficial 569, Suplemento, 20 de agosto de 2015.
- Ecuador. SENAIN. *Resolución SENAIN-075-2013*. 18 de septiembre de 2013.
- Ecuador. Servicio Integrado de Seguridad ECU 911. *Estatuto orgánico de gestión organizacional por procesos*. Registro Oficial 314, Edición Especial, 28 de abril del 2015.
- Ecuador. Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. *Procedimientos, análisis, técnicas de la investigación técnico-científica especializada en medicina legal y ciencias forenses*. Registro Oficial Edición Especial 765, 13 de febrero de 2019.
- España. Ministerio de la Presidencia. *Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos*. 04 de marzo de 2003.
- España. Tribunal Supremo Sala Segunda de lo Penal. “Sentencia”. *STS 1235/2002*. 27 de junio de 2002.
- España. Tribunal Constitucional Sala Primera. “Sentencia”. *SSTC 281/2006*. 9 de octubre 2006.
- Fernández, José. *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*. Madrid: Civitas, 2004.
- Florian, Eugenio. *Delle prove penali*. Milán: Instituto Editorial Cisalpino, 1961.
- Garriga, Ana. *Nuevos retos para la protección de datos personales*. Madrid: Editorial Dykinson, 2016.
- Gómez-Robledo, Alonso y Lina Ornelas. *Protección de datos personales en México: el caso del Poder Ejecutivo Federal*. México: UNAM, 2006.
- Herrán, Ana. *El derecho a la intimidad en la nueva Ley orgánica de protección de datos Personales*. Madrid: Editorial Dykinson, 2003.
- López, Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. Ciudad de México: IURE Editores, 2018.
- Mamani, Richard. “Maquinaria y equipo de construcción”. Tesis de pregrado, Universidad Mayor de San Andrés. 2008.
- Medina, Patricia. *Cuestiones prácticas de la diligencia de reconstrucción de hechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Moreno, Víctor y Cortés, Valentín. *Derecho Procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2019.
- ONU. Asamblea General. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948, 217 A (III).

- ONU. Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*. 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999.
- ONU. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Métodos recomendados para la identificación y el análisis de las catinonas sintéticas en los materiales incautados* (2016).
- Organización de los Estados Americanos (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*. 22 de noviembre 1969.
- Saldaña, María, Martha Quezada y Armando Durán. "Estudio de la Notificación del inicio de la indagación previa y la legitimidad del proceso penal". *Universidad y Sociedad 11*, n.º 5 (2019).

CAPITULO III

ACTUACIONES ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

Federico Bueno de Mata, Ph.D.¹
Prof. Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca. España

¹ Licenciado en Derecho Rama General, Universidad de Salamanca (2008); Certificado Aptitud Pedagógica (CAP) Enseñanza Secundaria, Universidad de Extremadura (2009); Master Práctica Jurídica, Universidad de Salamanca (2009); Certificado Aptitud Pedagógica Abogacía, consejo general de la Abogacía española (2010); Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (2013); Catedrático de Universidad de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca (2017-actualidad); Investigador en el n Proyecto Europeo ACTION GRANT, concedido por la Comisión Europea de Justicia; Miembro del grupo de investigación de excelencia IUDICIUM, Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca.

I. RETENCIÓN DE CORRESPONDENCIA

Art. 475.- Retención de correspondencia.- *La retención, apertura y examen de la correspondencia y otros documentos se regirá por las siguientes disposiciones: 1. La correspondencia física, electrónica o cualquier otro tipo o forma de comunicación, es inviolable, salvo los casos expresamente autorizados en la Constitución y en este Código. 2. La o el juzgador podrá autorizar a la o al fiscal, previa solicitud motivada, el retener, abrir y examinar la correspondencia, cuando haya suficiente evidencia para presumir que la misma tiene alguna información útil para la investigación. 3. Para proceder a la apertura y examen de la correspondencia y otros documentos que puedan tener relación con los hechos y circunstancias de la infracción y sus participantes, se notificará previamente al interesado y con su concurrencia o no, se leerá la correspondencia o el documento en forma reservada, informando del particular a la víctima y al procesado o su defensor público o privado. A falta de los sujetos procesales la diligencia se hará ante dos testigos. Todos los intervinientes jurarán guardar reserva. 4. Si la correspondencia u otros documentos están relacionados con la infracción que se investiga, se los agregará al expediente fiscal después de rubricados; caso contrario, se los devolverá al lugar de donde son tomados o al interesado. 5. Si se trata de escritura en clave o en otro idioma, inmediatamente se ordenará el desciframiento por peritos en criptografía o su traducción.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.*

I. Introducción

En este precepto se regula la retención, apertura y examen de correspondencia, tanto física como electrónica, así como, de forma abierta, a cualquier otro tipo de comunicación. Así, se está ante la limitación de un derecho fundamental por parte del investigado que *a priori* se muestra inviolable. Eso quiere decir que se deben estudiar los casos en los que el mismo puede ser limitado mediante autorización del operador jurídico a efectos de recabar pruebas para un futuro proceso penal. De este modo, se está en el terreno de las diligencias de investigación en fase sumarial, por lo que se exigirá que la correspondencia a retener tenga relación con el objeto del proceso y se respeten todos los principios procesales en su práctica. Análogamente, se expondrá y comentará todo lo relativo al procedimiento y la forma de llevar a cabo la retención, tanto con la presencia del interesado y del resto de partes necesarias, así de cómo proceder si la escritura está en clave o en otro idioma.

II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas

A continuación, se realiza un análisis crítico del contenido del artículo, con el fin

de aportar valoraciones que sirvan para fomentar una futurible reforma del mismo. Se trata, de manera general, de un derecho fundamental de secreto de comunicaciones, siendo el mismo no absoluto y, por tanto, expuesto a limitación por medio de resolución. Así, la misma debe revestir forma de auto que determine la persona respecto a la que se acuerda la medida, el hecho sobre el que recae, la comunicación objeto de control y su duración, así como los órganos y el procedimiento oportuno.

Se parte de un precepto que nace con cierto grado de obsolescencia inicial, al estar planteado en términos de correspondencia puramente física, llevando a una analogía electrónica inicial que resulta insuficiente. En este sentido, la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica afecta directamente al secreto de comunicaciones, configurado como un derecho fundamental. Si este enfoque viene plasmado al hablar de la inviolabilidad como regla general y atendiendo a que se puede restringir mediante resolución previamente motivada por el juzgador, podría llegar a ser aconsejable apostar por un concepto amplísimo de prueba documental que recogiera así de manera pormenorizada tipos de correspondencia electrónica a las que aplicar diferentes técnicas de investigación.

Sería interesante de igual modo, atendiendo a países como España con una legislación más detallada en la materia, apostar por una equiparación inicial en el terreno físico y en el terreno virtual gracias a la equiparación entre cartas y *e-mails*. Así, se sugiere acudir a lo dispuesto en el capítulo IV de la Ley 13/2015 de reforma de la LECrim española, con un título excesivamente largo y que aglutina a su vez todas las diligencias de investigación tecnológica titulado “Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos”.

Además, resultaría necesario incorporar a la regulación de plazos máximos de duración y las excepciones a la necesidad de autorización judicial de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial a nivel europeo sobre esta materia.

De igual modo, se observa un análisis del procedimiento a llevar a cabo, pero sin una mención garantista. Se parte de que los derechos anudados al secreto de las comunicaciones no son absolutos y que pueden admitir limitaciones, sin que su limitación sea excesiva y se equilibre con el fin perseguido por la investigación. De este modo, estos derechos tendrán que ceder ante otros derechos constitucionalmente protegidos, conforme a la doctrina del tribunal constitucional de cada país. En el caso particular de la jurisprudencia ecuatoriana, debido a lo actual que resulta el Código, no existe una línea marcada. Así, si acudimos a derecho comparado, y más directamente a la STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 10 del Tribunal Constitucional español, se observa el siguiente señalamiento:

[...] para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres

siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Resulta igualmente necesaria una redacción que prevea ampliar las circunstancias excepcionales en las que se puedan ordenar intervenciones de comunicaciones con o sin autorización judicial previa, o si existiera algún tipo de excepción para cuestiones de mayor gravedad o delitos flagrantes. Se considera que sería una buena opción atraer alguna de las indicaciones dadas por Circular 2/2019 de la Fiscalía General Española, la cual interpreta y desarrolla los preceptos del Capítulo V del Título VIII del Libro II (arts. 588 ter a 588 ter m) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española conforme a lo regulado en la LO 13/2015 y en la jurisprudencia del TS y del TC, a través de opiniones críticas constructivas y propositivas.

En cuanto al operador jurídico para autorizar la medida, se observa como la legislación prevé que sea doble, aludiendo al juez o al fiscal. Debiera quedar claro para el caso de duplicidad de competencia, quién es el encargado. En el caso de España, al partir de un juez de instrucción, la respuesta es sencilla. Así, se cree que debiera especificarse los casos en los que aludir a uno u a otro operador y no plantear una disyuntiva que podría quedar más justificada con una redacción nominativa y proyectaría una mayor seguridad jurídica.

De este modo, se considera que, a nivel de procedimiento en cuanto a la audiencia del interesado, los términos utilizados sí prevén un mayor garantismo con relación a la apertura y al examen de la correspondencia. Se incide además en la lectura del contenido con partes procesales o en su caso con testigos, además, de asegurar guardar reserva y confidencialidad sobre lo acontecido.

De igual modo, a título personal se cree que esta medida propiamente está pensada para ser llevada por el fiscal, debido a que en el punto cuarto se hace referencia expresa a que la misma se agregará al expediente fiscal después de ser rubricada. Si fuera también una medida judicial, se entiende que debe darse también una referencia propia al expediente judicial.

Como otro comentario reformista, respecto a los actos de comunicación utilizados, sería necesario establecer de manera concreta la forma a través de la cual el órgano jurisdiccional comunica la apertura de la correspondencia, bien con las partes o bien con terceros, incluso con otros órganos jurisdiccionales. Lo que hace es darles conocimiento de una determinada resolución o pedirles que realice alguna actividad determinada, tal y como es la presencia en el propio procedimiento. A estos efectos sería conveniente una futura reforma del precepto para concretar si se está ante una notificación o ante un requerimiento.

En último lugar, sería importante diferenciar adecuadamente el tipo de peritos,

puesto que la criptografía puede ir más destinada a la vertiente puramente informática, siendo también necesaria la pericial caligráfica para atender al punto de vista de escritura ológrafa. Se considera que sería conveniente separar las pruebas periciales en este sentido de lo que es un mecanismo de traducción de otra lengua, puesto que, ahí únicamente lo que se ofrece es una adaptación de un documento a otra lengua y, por tanto, tiene otro mecanismo y otra entidad. Sería bueno además, ampliar las referencias al intérprete y la traducción y separarlo en otro punto, ya que alude a garantías y derecho distintos.

Es conveniente además detallar en qué debe consistir el control, es decir, si incluirá la toma de conocimiento de la comunicación o se limitará a la simple constatación de que la comunicación se produce —cuándo se produce, entre qué personas—, pero sin poder tomarse conocimiento de su contenido. Además, se deben señalar la motivación de las razones que llevan a considerar necesaria la retención de la correspondencia, y ahondar así en la parte garantista.

Por último, respecto a los estándares para la consecución de la medida, se observa que se hace especial referencia al requisito de utilidad para la investigación, no nombrando a su vez otros criterios finalistas como la pertinencia y tampoco a nivel de garantías, sin referencias propiamente a la necesidad o proporcionalidad de la medida. A pesar de que estas cuestiones sean de facto planteadas como principios rectores de las medidas, sería conveniente acudir a un sistema planteado mediante principios rectores.

Como recomendación en este sentido, se aconseja acudir al Artículo 588 bis a de la LECrim española, la cual incorpora el siguiente contenido:

1. Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.
2. El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.
3. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.
4. En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida: a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.
5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior

al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Se debe dejar claro que estos principios se deben plantear como requisitos acumulativos orientados por diversas interpretaciones del Tribunal Constitucional del país y que, por tanto, se deben dar todos al mismo tiempo, entendiéndose por nula la medida si uno solo de ellos no se ve respetado. A continuación, se irá definiendo en qué consiste cada uno de ellos.

En conclusión, se piensa que el artículo, a pesar de tener un espectro de actuación muy grande, necesita reformas que le doten de mayores garantías procesales que redunden en los ciudadanos investigados y que establezca pautas de conservación de correspondencia física y electrónica, a través de plazos máximos de duración de la medida y de la retención y posible destrucción del contenido que sirve como prueba preconstituida en un determinado proceso penal.

II. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES O DATOS INFORMÁTICOS

Art. 476.- Intercepción de las comunicaciones o datos informáticos.- *La o el juzgador ordenará la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos previa solicitud fundamentada de la o el fiscal cuando existan indicios que resulten relevantes a los fines de la investigación, de conformidad con las siguientes reglas:*

- 1. La o el juzgador determinará la comunicación interceptada y el tiempo de interceptación, que no podrá ser mayor a un plazo de noventa días. Transcurrido el tiempo autorizado se podrá solicitar motivadamente por una sola vez una prórroga hasta por un plazo de noventa días. Cuando sean investigaciones de delincuencia organizada y sus delitos relacionados, la interceptación podrá realizarse hasta por un plazo de seis meses. Transcurrido el tiempo autorizado se podrá solicitar motivadamente por una sola vez una prórroga hasta por un plazo de seis meses. 2. La información relacionada con la infracción que se obtenga de las comunicaciones que se intercepten durante la investigación serán utilizadas en el proceso para el cual se las autoriza y con la obligación de guardar secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. 3. Cuando, en el transcurso de una interceptación se conozca del cometimiento de otra infracción, se comunicará inmediatamente a la o al fiscal para el inicio de la investigación correspondiente. En el caso de delitos flagrantes, se procederá conforme con lo establecido en este Código. 4. Previa autorización de la o el juzgador, la o el fiscal, realizará la interceptación y registro de los datos informáticos en transmisión a través de los servicios de telecomunicaciones como: telefonía fija, satelital, móvil e inalámbrica, con sus servicios de llamadas de voz, mensajes SMS, mensajes MMS, transmisión de datos y voz sobre IP, correo electrónico, redes sociales, videoconferencias, multimedia, entre otros, cuando la o el fiscal lo considere indispensable para comprobar la existencia de una infracción o la responsabilidad de los partícipes. 5. Está prohibida la interceptación de cualquier comunicación protegida por el derecho a preservar el secreto profesional y religioso. Las actuaciones procesales que violenten esta garantía carecen de eficacia probatoria, sin perjuicio de las respectivas sanciones. 6. Al proceso solo se introducirá de manera textual la transcripción de aquellas conversaciones o parte de ellas que se estimen útiles o relevantes para los fines de la investigación. No obstante, la persona procesada podrá solicitar la audición de todas sus grabaciones, cuando lo considere apropiado para su defensa. 7. El personal de las prestadoras de servicios de telecomunicaciones, así como las personas encargadas de interceptar, grabar y transcribir las comunicaciones o datos informáticos tendrán la obligación de guardar reserva sobre su contenido, salvo cuando se las llame a declarar en juicio. 8. El medio de almacenamiento de la información obtenida durante la interceptación deberá ser conservado por la o el fiscal en un centro de acopio especializado para el efecto, hasta que sea presentado en juicio. 9. Quedan prohibidas la interceptación, grabación y transcripción de comunicaciones que vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente en aquellos casos que generen la revictimización*

en infracciones de violencia contrala mujer o miembros del núcleo familiar, sexual, física, sicológica y otros.

SUMARIO: I. Introducción. II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.

I. Introducción

El tema de la interceptación de comunicaciones ha sido siempre muy debatido. Aquello, a partir de la polémica generada por los sistemas de espionaje gubernamentales basados en sistemas informáticos que ofrecen un espionaje íntegro de comunicaciones electrónicas. Gracias a estos sistemas es posible obtener un amplio material probatorio electrónico recogido a partir de la interceptación y la grabación digital de conversaciones a través de móviles o dispositivos electrónicos, tanto en formato oral como en escritura digital, y que, posteriormente, deberá ser aportado en un determinado juicio. Las pruebas electrónicas obtenidas incluyen no solo son las conversaciones digitales, sino documentos electrónicos que van desde lo contenido en un SMS a datos concretos de un GPS¹. Con todo ello, queda demostrada la fuerza a nivel práctico y jurisprudencial de estas diligencias. Gracias a instrumentos informáticos específicos como el que aquí se cita, se trata de esclarecer delitos tendentes al sabotaje informático, la revelación de secretos o la interceptación de las comunicaciones.

II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas

A través del contenido del artículo en cuestión, se puede ver cómo está permitida mediante la utilización de sistemas integrales, cualquier clase de interceptación que se realice, a través de un teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. Así, cualquier aplicación ofrecida por un *smartphone* estaría amparada en dicho articulado. Todo ello para incorporar nuevos tipos de mensajería derivadas de determinadas aplicaciones electrónicas como *whatsapp*, confiriendo así sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que han carecido de tratamiento normativo en la ley procesal.

Igualmente trata el tema de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica –que se observaba en el artículo anterior–. Acota su ámbito material de aplicación, al mismo tiempo que se regulan los plazos máximos de duración y las excepciones a la necesidad de autorización judicial de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial. De este modo, se equipar la apertura en el terreno físico y en el terreno virtual, gracias a la equiparación entre cartas y e-mails.

Respecto a este artículo del Código ecuatoriano, es destacable que los plazos de duración se amplían y aun así son más escasos que, por ejemplo, en España. Vemos como para la criminalidad organizada se habla de un plazo de seis meses prorrogable

¹ STS (Sala de lo Penal, Sec. 2.º) de 19 diciembre 2008, da relevancia a una prueba electrónica basada en la localización geográfica concreta de una persona gracias a un dispositivo GPS, que es absolutamente relevante en sede judicial.

a otros seis. Si bien es una cuestión garantista, parece que solo se abre a una sola prórroga, con lo que se estaría ante un plazo máximo de un año. ¿Qué ocurriría si se estuviera ante una investigación compleja? Se considera que sería bueno tener en cuenta las investigaciones que tengan una temporalidad mayor y, de este modo, incorporar una cláusula abierta para posteriores prórrogas, por supuesto, cada vez mejor motivadas, para cumplir así mismo con los principios de proporcionalidad y necesidad.

Se considera mejorable que se detalle un ámbito de aplicación de la medida, el cual se destaca por cuestiones puntuales técnicas que pueden ser desfasadas con el tiempo. El artículo habla de forma expresa de “llamadas de voz, mensajes SMS, mensajes MMS, transmisión de datos y voz sobre IP, correo electrónico, redes sociales, videoconferencias, multimedia, entre otros”. A tenor de lo dispuesto en la normativa española, se entiende que sería deseable cambiar esta expresión por

[...] datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que participe el sujeto investigado, ya sea como emisor o como receptor, y podrá afectar a los terminales o los medios de comunicación de los que el investigado sea titular o usuario.

En este sentido, el art. 588 ter b de la LECrim española, tras su última reforma, entiende por datos electrónicos de tráfico o asociados

[...] todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga.

Cuando sean investigaciones de delincuencia organizada y sus delitos relacionados, la interceptación podrá realizarse hasta por un plazo de seis meses. Transcurrido el tiempo autorizado se podrá solicitar motivadamente por una sola vez una prórroga hasta por un plazo de seis meses. La información relacionada con la infracción que se obtenga de las comunicaciones que se intercepten durante la investigación será utilizada en el proceso para el cual se las autoriza y con la obligación de guardar secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen.

Como mejora para una futura reforma, se cree conveniente que se regule aquí todo lo referente a los hallazgos casuales, que es el principal vacío del precepto ecuatoriano. Es muy normal que, al hacer un registro de un ordenador, teléfono móvil o cualquier otro dispositivo que se componga de multitud de archivos informáticos, se produzcan hallazgos casuales de pruebas electrónicas para las que no existe autorización judicial expresa. Por ello, el primer problema que se puede plantear aquí es delimitar la extensión de la ilicitud en pruebas derivadas de la prueba principal, para las que no se tiene autorización judicial expresa y que, por tanto, se han obtenido

vulnerando, en el caso de las pruebas electrónicas, el derecho fundamental a la intimidad al inspeccionar material privado para el que no se contaba con un permiso preciso².

Se debe señalar que, en España, una parte de la doctrina viene acaeciando un cierto enredo con la limitación de dicha figura, al confundir, en muchos casos, las pruebas derivadas de una prueba inicialmente ilícita, es decir, las pruebas que se pueden encontrar tras un registro telefónico sin previa autorización judicial, estos son, los “hallazgos casuales”. Determinados hallazgos constituyen la aparición de hechos delictivos nuevos y no incluidos en la resolución judicial habilitante de la medida de intervención electrónica, que surge a la luz de la investigación que se está llevando a cabo.

Como bien indica López-Barajas Perea, la cuestión se centra en detectar cuál es la extensión de la prohibición de valoración del material probatorio ilícitamente obtenido³ en un determinado proceso. La consecuencia directa para la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales es la prohibición de valoración del resultado probatorio que podrá originar incluso una absolución del acusado, por lo que habrá que delimitar cuál es la extensión de dicha prohibición, y si puede llegar a afectar también a pruebas derivadas o hallazgos electrónicos casuales. No obstante, una vez planteada la cuestión, ¿dónde se debería fijar el límite a tal prohibición? Desde una perspectiva personal, el alcance se modularía según cómo se interpreta la expresión “directa o indirectamente” que utiliza el art. 11 LOPJ. Un debate que no tiene una solución clara a nivel doctrinal y que se ha trasladado ahora al plano virtual, a través de la figura de la prueba electrónica.

Al estudiar las escuchas telefónicas, se cree que una vez que el juez tenga conocimiento del hallazgo casual de un hecho delictivo distinto al investigado, la solución dependerá de que ese hecho constituya un delito relacionado con el inicialmente investigado, esto es, que exista conexidad entre ambos, o por el contrario, se trate de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior. En este sentido, Bañuls Gómez, con quien se coincide, piensa que en el primer caso deberá darse una orden judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica y proseguir la investigación en la misma causa. Por el contrario, en el segundo supuesto, el juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una autorización judicial expresa que permita la continuación de la escucha e incoar la causa oportuna tras deducir el testimonio correspondiente; con lo que se iniciaría una investigación diferente, aunque con un punto de arranque común⁴.

Por tanto, una solución al respecto sería trasladar ese poder decisorio al juez con el fin de que determine si debe otorgarse o no el verdadero valor probatorio a ese resultado inesperado que inicialmente no se correspondía con la finalidad originaria

² Mauro Capelletti, “Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte”, en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, (Buenos Aires: Ejea, 1972), 137-139.

³ Inmaculada López Barajas-Perea, *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, (Madrid: Dykinson, 2011), 227-227.

⁴ Francisco Bañuls Gómez, “Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente”, *Portal Web Noticiasjuridicas.com*, 1 de febrero de 2007, <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4247-las-intervenciones-telefonicas-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-mas-reciente/>.

de la diligencia, pero que, desde un criterio propio, si no se valora, se dejaría impune un delito⁵. Así lo recoge también la Ley 13/2015 española al tratar los hallazgos, incluso afirmando que la decisión que tome el juez a este respecto servirá de pauta para el resto de las medidas de investigación tecnológica y cuyos resultados podrán ser usados en procesos posteriores, siempre que se respeten las garantías procesales y los derechos fundamentales del investigado.

En el caso contrario, se estaría ante una vulneración de derechos y entraría en aplicación algo similar a lo recogido en el art. 11.1 LOPJ española, por el que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales”; o, dicho de otro modo, la diligencia de intervención de alguna comunicación de tipo personal realizada sin las garantías que la legitiman deviene nula de pleno derecho y, en consecuencia, no podrá ser utilizada como elemento probatorio.

Respecto al punto séptimo del apartado, este hace referencia al deber de colaboración con la justicia. De este modo, concretamente, se debería haber especificado y ampliado este deber para ser mucho más exhaustivo. En este sentido, se trae a colación el contenido del art. 588 ter e de la LECrim española, donde recoge el siguiente texto para referirse a este deber de colaboración:

Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones. 2. Los sujetos requeridos para prestar colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades. 3. Los sujetos obligados que incumplieren los anteriores deberes podrán incurrir en delito de desobediencia.

De esta manera, se aplicarían también consecuencias penales a la falta de deber de colaboración. Cuestiones que faltan por concretar en el código ecuatoriano.

El tema del aseguramiento de la prueba obtenida también es un tema que se puede observar en el punto octavo de presente artículo y que en la última normativa española se destaca como “medidas de aseguramiento”. Se hablaría aquí de una garantía de “cristalización” o de medidas de aseguramiento de pruebas electrónicas basadas en la posibilidad de que las evidencias, por su propia naturaleza volátil,

⁵ Como bien expone Susana Álvarez de Neyra Kappler, “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal”, *RIEDPA*, nº 2 (2011): 1, <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA21101.pdf>. En el artículo hace referencia a la STS de 11 de octubre de 1994, que afirmaba que no puede renunciarse a investigar la *noticia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello precisara de una autorización judicial específica o una investigación diferente, de la que aquella sea mero punto de arranque.

puedan sufrir alteraciones o destrucciones que imposibiliten un resultado valorativo óptimo o afecten a la cadena de custodia, no acreditando así la “mismidad” del objeto analizado⁶.

Se habla aquí no de rescatar pruebas destruidas, sino de sellar en el tiempo el contenido de una evidencia digital para que la misma no pueda ser manipulada. En tal sentido, como no existe injerencia sobre derechos fundamentales adicionales del investigado, la medida podría autorizarse sin contenido jurisdiccional, lo que podría instarse directamente por el fiscal o la propia Policía Judicial, tal y como señala el Código de Ecuador analizado. En definitiva, no se tendría un control judicial de la medida, ni tendría que fundamentarse en los principios rectores garantistas.

En el caso de pedir que la conservación de los datos la haga una empresa, se tendría que ver si en caso de incumplimiento se podría hablar de delito de desobediencia. Nos referimos aquí a aplicar sellos de tiempo mediante tecnología *hash* para poder encriptar la información.⁷ El *hash* es un “algoritmo matemático que transforma cualquier bloque arbitrario de datos en una nueva serie de caracteres con una longitud fija. Independientemente de la longitud de los datos de entrada, el valor hash de salida tendrá siempre la misma longitud”⁸. Con su aplicación se comprobaría que la fuente de prueba obtenida es la misma que se presenta en juicio mediante una comparación de los algoritmos *hash* (también llamado técnica MD5 y SHA1) de la prueba inicial y de su copia objeto de estudio. Los algoritmos *hash* se extraen mediante el uso de un software matemático que crea un código de identificación alfanumérico que compartirán la prueba original y su clon. De este modo la sola alteración, es decir, la eliminación de un *bit*, así como la aparición de uno o más bits nuevos, arrojarían códigos hash distintos. Será imprescindible que la cifra numérica arrojada por el soporte original y por la copia sea idéntica.

Así, tal y como indica Sánchez-Rubio, “la seguridad que ofrecen los códigos hash depende del algoritmo que los genera, siendo una de las principales preocupaciones al respecto el grado de dificultad que entraña romper la incolumidad de dicho código alfanumérico pues, como es sabido, el entorno digital no está exento de ataques”. La propia autora acaba reconociendo que su uso no es del todo seguro, puesto que el propio programa de cifrado puede sufrir ataques de contraprogramas que ataquen

⁶ Las referencias al término mismidad y verosimilitud de la prueba es un concepto acuñado por el Tribunal Supremo en la última década, por citar alguna sentencia reciente podemos hacer alusión a la STS 773/2013, de 22 de octubre, (RJ 2014\1833) la cual indica de manera textual que: “La cadena de custodia sirve para acreditar la «mismidad» del objeto analizado, la correspondencia entre el efecto y el análisis o informe, su autenticidad. No es presupuesto de validez sino de fiabilidad. Cuando se rompe la cadena de custodia no nos adentramos en el campo de la ilicitud o inutilizabilidad probatoria, sino en el de la menor fiabilidad (menoscabada o incluso aniquilada) por no haberse respetado algunas garantías”.

⁷ España Jefatura del Estado, *Ley 19/2006*, Boletín Oficial del Estado 134, 6 de junio de 2006, BOE-A-2006-9960, <http://www.boe.es/boe/dias/2006/06/06/pdfs/A21230-21238.pdf>, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

⁸ Vid. Silvia Pereira Puigvert, “Sistema de hash y aseguramiento de la prueba informática. Especial referencia a las medidas de aseguramiento adoptadas inaudita parte”, en *FODERTICS II: Hacia una justicia 2.0. Estudios Sobre Derechos y Nuevas Tecnologías* (Salamanca: Ratio Legis, 2014), 79.

la mismidad del *hash*⁹. Así, se debe compartir esta idea, puesto que nada es cien por cien seguro en el mundo del ciberespacio y la informática forense. El desarrollo tecnológico plantea la posibilidad de fallas de seguridad en cualquier técnica o programa informático.

En definitiva, se estaría hablando de aplicar una técnica de aseguramiento informático de prueba. Esta figura no debe confundirse con otras como la anticipación de la prueba, las diligencias preliminares o las medidas cautelares, porque, aunque el fundamento sea el mismo, como bien apunta Gil Vallejo, las finalidades son distintas. En este sentido, como se ha señalado, las medidas de aseguramiento ni son medidas destinadas a la investigación de lo sucedido ni se adoptan para asegurar lo que es o será el objeto principal del pleito, sino para asegurar lo que será el objeto de prueba. Es decir, el aseguramiento de la prueba no está destinado a asegurar la efectividad de la sentencia, sino a asegurar la práctica de los medios de prueba mediante el aseguramiento de la fuente en el momento de proposición y aportación que, eso sí, suele ser en un momento anticipado¹⁰. De ahí que no se hable de control jurisdiccional de la medida.

Finalmente, respecto al último punto del artículo en relación a la vulneración de derechos en la práctica de pruebas en sede judicial que estén relacionadas con “niños, niñas y adolescentes”, cuya práctica pueda ocasionar una revictimización, se aconseja para evitarlo acudir a la normativa española. España recoge fielmente estas sugerencias a través de dos textos normativos: la LO 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, así como la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Gracias a estos dos textos normativos se conforma una modificación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal que otorga la condición de víctima especialmente protegida al menor que sufre este delito y además propicia una técnica especial para proceder a la videograbación de su declaración, al establecer nuestro artículo 433 LECrim que:

En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El

⁹ Vid. Ana Sánchez Rubio, “Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del hash como requisito para la fiabilidad probatoria”, en FODERTICS 7.0: *estudios sobre derecho digital* (Granada: Comares, 2019), 289-299.

¹⁰ Beatriz Gil Vallejo, *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal* (Bosch: Barcelona, 2011), 27-34. En sentido similar también se puede ver a Vicente Guzmán Fluja, “La anticipación y aseguramiento de la prueba pena”, en *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008), 227-228.

Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.

Esta última cuestión permitida del mismo modo gracias a la introducción del art. 731 bis LECrim española, el cual recoge que esta opción puede darse para menores víctimas de violencia de género, al establecer que “a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Del mismo modo, el resultado de esa videograbación tendrá el valor de prueba preconstituída en juicio y deberá ser sometida a contradicción a través de su reproducción en el acto de juicio oral. Así, se permite la técnica del *replay* a través de la modificación del art. 730 LECrim cuando la declaración en fase sumarial sea de un menor de edad.

Se cree que el Código Orgánico de Ecuador podría tomar como referencia estas alternativas para no vetar la práctica de estas pruebas y dar una alternativa asegurando un garantismo necesario que evite la revictimización, pero que permita desahogar la evidencia en juicio. De igual modo, se plantea también un posible desarrollo jurisprudencial por parte de los órganos jurisdiccionales ecuatorianos destinado a paliar las lagunas identificadas.

III. RECONOCIMIENTO DE GRABACIONES

Art. 477.- Reconocimiento de grabaciones.- *La o el juzgador autorizará a la o al fiscal el reconocimiento de las grabaciones mencionadas en el artículo anterior, así como de vídeos, datos informáticos, fotografías, discos u otros medios análogos o digitales. Para este efecto, con la intervención de dos peritos que juren guardar reserva, la o el fiscal, en audiencia privada, procederá a la exhibición de la película o a escuchar el disco o la grabación y a examinar el contenido de los registros informáticos. Las partes podrán asistir con el mismo juramento. La o el fiscal podrá ordenar la identificación de voces grabadas, por parte de personas que afirmen poder reconocerlas, sin perjuicio de ordenar el reconocimiento por medios técnicos.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.*

I. Introducción

El artículo está conectado con el anterior en el que se analiza el tratamiento procesal de una prueba preconstituida en formato electrónico. En él se alude a la manera de hacer referencia a cómo reconocer material de naturaleza digital como datos informáticos, fotografía o soportes informáticos. En este sentido, realiza alusión al soporte en sí mismo, pero también a la forma de realizar el registro y los principios procesales que están comprometidos y que deberá salvaguardar el fiscal a la hora de realizar el mismo. Se habla, por tanto, de una especie de reconocimiento por medios técnicos de pruebas preconstituidas electrónicas a las que se le debe aplicar un procedimiento determinado. En el análisis se propondrá mejoras para una futura regulación apoyada en distintos planteamientos de derecho comparado. Aquello, puesto que, hoy en día la jurisprudencia ecuatoriana no tiene una línea marcada clarificadora en este sentido.

II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas

Se trata de artículo procedimental que entraña grandes repercusiones procesales en cuanto a la custodia del material probatorio y el reconocimiento por parte de los operadores jurídicos del material aportado con presencia de las partes. En este sentido, al momento del reconocimiento de material se habla de garantizar el cumplimiento de varios principios procesales.

Por un lado, se está aludiendo al principio de inmediación, de ese contacto del operador jurídico con el material probatorio que debe darse de manera directa a través de este reconocimiento. Se presenta, además, una especie de anticipación probatoria, pues antes del juicio oral ya se está conectando el visionado *in situ* de la evidencia con el fiscal. Por otro lado, se hace referencia a garantizar el principio de

contradicción de las partes enfrentadas en el pleito, quienes deben estar presentes en el reconocimiento para dar su versión confrontada de los hechos. Unido a lo anterior, se habla, de manera concreta, de la realización de un reconocimiento no judicial, pero sí desarrollado por el fiscal, que debe atender a una serie de cuestiones procedimentales que aseguren el buen tratamiento de la fuente de prueba y que preserven la cadena de custodia de la evidencia. Así, se observa cómo habrá pruebas electrónicas basadas en un reconocimiento judicial del *hardware*, otras en las que se aplicará un sistema tecnológico a la hora de realizar una testifical gracias a sistemas de videoconferencia, en algunos casos se deberá transcribir en un documento físico datos electrónicos, tales como conversaciones de *chats* o foros, o también se deberá reproducir sonidos, imágenes o documentos electrónicos a través de la reproducción en sede judicial gracias a un determinado dispositivo, etc.; lo que realmente hablaría de reconocer datos electrónicos emitidos a través de un software. Se cree que ambos planteamientos están recogidos en este precepto del Código ecuatoriano.

Este tipo de reconocimiento puede ser utilizado cuando, para el esclarecimiento y apreciación de los hechos, es necesario o conveniente que el operador jurídico examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona. Por esta razón, solo este tipo de reconocimiento puede ser considerado como prueba directa, pues con ella, el fiscal percibe o toma conocimiento directo y personal del objeto mismo de la prueba. Así, todos los demás casos de pruebas admitidas son considerados indirectos, debido a que el medio de prueba es en sede judicial.

La fuente del reconocimiento judicial es el objeto o la persona que puede ser reconocida; mientras que el medio es el régimen legal de la actividad de reconocimiento por parte del fiscal y acompañado, en ocasiones, por las propias partes y sus letrados. De este modo, el reconocimiento judicial es un medio de prueba mediante el cual el juez se traslada a un determinado lugar fuera de la sede judicial para tener un contacto directo con un material probatorio. Por ejemplo, cuando debe acudir a ver un edificio en ruinas o debe realizar una exploración a un menor fuera del juzgado, para que su entrada en las dependencias de justicia no se suponga una victimización secundaria.

En el caso de los “ciberreconocimientos”, o uso de dispositivos telemáticos para su uso, ya se ha contemplado por parte de la jurisprudencia española este tipo de situaciones. En España, es el juez el que se aproxima de una manera directa a la pantalla del dispositivo originario con el fin de evitar manipulaciones en las pruebas electrónicas aportadas. En otras ocasiones, este reconocimiento tiene a su vez conectado una exhibición o cotejo de terminales en las que el propio juzgador compara la conversación o el mensaje electrónico aportado en los terminales para ver que el contenido es el mismo.

Una vez realizado esta primera aproximación conceptual, se centrará el análisis propiamente en el precepto. En relación con su contenido, se cree que para empezar aquí sería necesario que el letrado de la Administración de Justicia, o la figura homóloga en Ecuador, diera fe de que el soporte y el dispositivo son los mismos de los que se extrajeron los datos y que, posteriormente, de alguna forma se han puesto en conocimiento y en contacto directo del fiscal para cumplir con el principio

de intermediación. Se considera que el reconocimiento judicial del dispositivo sería un buen procedimiento si por alguna razón el mismo no pudiera ser llevado a sede judicial. No obstante, ¿cómo se garantizaría aquí la cadena de custodia? Con relación a lo dispuesto en la normativa española, que perfectamente podría extrapolarse a la regulación ecuatoriana, para garantizar la integridad de los dispositivos resultará necesario su adecuado precinto y puesta a disposición judicial en el momento de su incautación. Sin duda, desde una perspectiva personal se cree que, hoy en día, es la mejor y única opción disponible.

Análogamente, se considera que sería totalmente necesario apostar por una regulación propia de las copias electrónicas de las pruebas o copias espejo como vía para garantizar la integridad de la prueba y evitar posibles manipulaciones. Aquello, puesto que será la única vía de garantizar una eficaz cadena de custodia. Para ello, sería útil que la legislación ecuatoriana explicara las dos modalidades que podrán ser realizadas –bien por la Policía Judicial, o bien por peritos judiciales o de parte–, el clonado y la copia selectiva. En este sentido, la Circular 5/2019 española que desarrolla estas cuestiones, hace referencia a estos conceptos. Así, en primer lugar, indica que el clonado o volcado consiste en:

[...] la realización de una copia espejo o copia bit a bit de la información original, o mediante la realización de una copia lógica, es decir, una copia selectiva de ciertas carpetas o ficheros. En el primer caso, la imagen obtenida con la copia será idéntica a la original (hasta en los archivos que hayan podido ser borrados del soporte de almacenamiento) y debe ser firmada digitalmente a través de una función hash, que garantizará la identidad de los datos informáticos entre los que existen en la copia y el original.

Esta técnica ha sido explicada en anteriores capítulos al hablar de la preservación y custodia de datos electrónicos, pero no se había tratado por la Fiscalía de manera tan específica y señalando directamente aspectos como la utilización de la función hash como mecanismo para garantizar la autenticación y la no modificación de las pruebas que se quieran aportar, así como la identificación del proceder habitual de la Policía Judicial consistente en la incautación del dispositivo a través de la entrada en domicilio para, posteriormente, proceder al clonado en instancias policiales debido a la lentitud del proceso. Puede que con el desarrollo tecnológico, dentro de unos años este traslado no sea necesario y pueda hacerse en el mismo domicilio, pero hoy en día es lo más aconsejable. En estos casos el letrado de la Administración de Justicia o su análogo ecuatoriano, dará fe de la incautación, pero no será necesario que esté presente posteriormente durante el clonado, puesto que la función hash será la que garantice esta función y podrá ser comprobado posteriormente por la autoridad judicial.

Esto es algo sobre lo que la Fiscalía innova y marca pauta siguiendo la interpretación del Tribunal Supremo español¹ y con la que no se puede estar más de

¹ Así, de la STS 342/2013 de 17 de abril se extrae que: “la presencia del fedatario judicial en el acto del volcado de datos no actúa como presupuesto de validez de su práctica. Lo decisivo es que, ya sea mediante la intervención de aquél durante el desarrollo de la diligencia de entrada y aprehensión de los

acuerdo. En efecto, se cree que se debe elegir a la tecnología como elemento para dar fe a la actividad de clonado. Pese a ello, la Circular establece que infrecuentemente podrá estar presente el letrado de la Administración de Justicia, esto es, en “supuestos excepcionales en los que en el proceso de clonado concurren circunstancias extraordinarias que pudieran suscitar dudas acerca de la identidad o integridad de la prueba”.

Además, la ley ecuatoriana habla de que las partes o cualquier persona que haya presenciado los hechos debe estar presente. Se considera apostar en una redacción más concreta en este punto. Por ejemplo, el art. 476 LECrim española reconoce a las partes la posibilidad de designar un perito que presencie el acto, cuestión que realmente no se recoge en este artículo del Código Ecuatoriano de forma expresa. Es lógico plantear que la parte tendrá derecho a nombrar a su costa un perito que intervenga en el acto pericial y que podría aludirse únicamente como una posibilidad y no como una cuestión preceptiva.

Del mismo modo, se observa como acertada la regulación respecto a la presencia del investigado para así ejercitar su principio de contradicción y defensa en el mismo momento del acto de pericia. Para este efecto, con la intervención de dos peritos que juren guardar reserva, el fiscal, en audiencia privada, procederá a la exhibición de la película o a escuchar el disco o la grabación y a examinar el contenido de los registros informáticos. Las partes podrán asistir con el mismo juramento. El fiscal podrá ordenar la identificación de voces grabadas, por parte de personas que afirmen poder reconocerlas, sin perjuicio de ordenar el reconocimiento por medios técnicos.

Ni en la legislación española, ni en la ecuatoriana se desarrollan procedimientos en los que en el registro esté implicado el secreto profesional y la salvaguarda de derechos de otras personas, que tal y como indica Rodríguez Álvarez “puede acontecer en los equipos que se encuentren en despachos profesionales”. En este sentido, la autora recomienda que “quizás hubiera sido interesante prever que, en tales supuestos, el Decano del Colegio profesional correspondiente o la persona en quien delegue, tuviese que estar presente en orden a velar por la salvaguarda del debido secreto profesional”². Así, esta opción podría extrapolarse también al caso de Ecuador como mejora futura.

Aquí, se debe hacer alusión a una nueva modalidad implementada en España y en buena parte de las legislaciones europeas acerca del registro remoto de equipos informáticos, que perfectamente podrían encuadrarse en este apartado de reconocimiento. Así, Francia recoge la medida en su Código Penal y en la conocida ley LOPPSI. Aquella normativa, al tener mayores plazos de duración y prórroga, es algo más flexible que en España, pero manteniendo la misma esencia³. Por su parte,

ordenadores, ya mediante cualquier otro medio de prueba, queden descartadas las dudas sobre la integridad de los datos y sobre la correlación entre la información aprehendida en el acto de intervención y la que se obtiene mediante el volcado”; por tanto es algo que ya se practicaba aún sin una previsión legal expresa y no afectaría a los principios y garantías procesales.

² Vid. Ana Rodríguez Álvarez, “Diligencia de registro de dispositivos y *smartphones*”, en *FODERTICS 5.0: estudios sobre nuevas tecnologías y justicia* (Granada: Comares, 2016), 263 y ss.

³ Lorena Bachmaier Winter, “Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad

Italia ha habilitado el uso de virus troyanos como medida de investigación tecnológica mediante la aprobación de la modificación de su Código Procesal Penal, en marzo de 2017.

Por otro lado, países como Suecia, Holanda, Suiza y Bélgica⁴ también optan por su uso, precedida siempre de una diligencia de entrada y registro para la implantación del virus espía en un ordenador, cuestión que, como se verá, es distinta en el Estado español. Fuera de la Unión Europea existe el ejemplo de los Estados Unidos, donde en su Código Procesal Federal se contempla la regulación de diferentes mecanismos de investigación tecnológica con fines policiales y que han tenido repercusión mundial gracias al impacto de sus *remote forensic software*, tales como *Carnivore*⁵, *Magic Lantern*⁶ o *CIPAV*⁷. Concretamente, en España esta segunda modalidad para practicar registros de dispositivos tiene acomodo legal en nuestra LECrim, concretamente en el Capítulo IX, del Título VIII, del Libro II y en los arts. 588 septies a a 588 septies c; a través de técnicas de control remoto.

Esto quiere decir que la medida se puede llegar a ejecutar desde fuera del domicilio del investigado, sin necesidad de una entrada al domicilio ni una incautación, o entrando previamente en su domicilio e infectando el dispositivo. En ambos casos, la persona dueña del dispositivo no sabría en ningún momento que está siendo espíada. Sin duda, se presenta una diligencia extremadamente invasiva que debe ser altamente justificada y motivada por el juzgador para poder ser utilizada dentro de una investigación criminal.

En España, la LECrim le dedica únicamente tres artículos y en ellos se habla de las técnicas a utilizar, el ámbito de aplicación objetivo, las características de la resolución judicial, su duración y el deber de colaboración de los diferentes sujetos relacionados. Si bien, el tratamiento diferenciado se torna en capital⁸, puesto que

en la Ley Orgánica 13/2015”, *Boletín Ministerio de Justicia*, n.º 2195 (2017): 17. La autora indica que Francia regula esta medida desde el año 2011 en la «Loi d’orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure» conocida como LOPPSI.

⁴ En Bélgica la medida está regulada desde el año 2010 cuando fue prevista en la modificación de ley de los servicios de Inteligencia. Actualmente se regula en la “*Act of 4 February 2010 on special intelligence methods by the intelligence and security services*”.

⁵ *Carnivore* es el nombre de un *software* usado por el FBI que tiene la finalidad de instalarse en los proveedores de acceso a Internet y, tras una petición proveniente de una instancia judicial, es capaz de rastrear y registrar todo lo que un usuario hace durante su conexión a Internet.

⁶ *Magic Lantern* es el nombre de un software desarrollado por el FBI capaz de ser alojado de forma remota en el ordenador del investigado, de tal forma que, una vez conseguido el acceso, instalaba un programa de registro de pulsaciones (*keylogger*) y registraba todas las pulsaciones del teclado.

⁷ *CIPAV* (*Computer and Internet Protocol Adress Verifier*), es una herramienta de recopilación de datos que el FBI ha utilizado para rastrear y reunir datos de localización de sospechosos bajo vigilancia electrónica. El software funciona en el equipo de destino, al igual que otras formas de software espía ilegal, mientras captura información relacionada con la ubicación, como: direcciones IP, direcciones MAC, puertos abiertos, programas en ejecución, sistema operativo, navegador web predeterminado y URL visitada por última vez.

⁸ En sentido contrario se manifiesta José Luis Rodríguez Laínez al apuntar a que la diferenciación posiblemente se deba a que “el legislador posiblemente no tuviera clara la solución definitiva al problema; y que la opción final pudiera ser más consecuencia de una no muy reflexiva redacción de ambos supuestos, que fruto de una decidida determinación por imponer un régimen más amplio de colaboración en los

esta modalidad presenta especialidades y un grado de injerencia mucho más elevado respecto al registro de dispositivos de almacenamiento masivo. Del mismo modo, el texto de la Fiscalía identifica los dos factores diferenciadores del registro remoto sobre el directo: “la clandestinidad y el carácter dinámico del registro”.

Por una parte, mientras que los registros directos se llevan a cabo con el conocimiento del afectado, quien podrá consentir o colaborar con el mismo, el registro remoto se desarrolla a sus espaldas. Esta circunstancia puede tener reflejo, no solo en el posible consentimiento o colaboración del afectado, sino en otros extremos que afectan a la diligencia, como las posibilidades de contradicción, la duración de la medida, el deber de colaboración, el aseguramiento de la prueba o las técnicas que se aplican para su práctica.

De esta forma, mientras que en el apartado anterior el investigado es consciente de que van a registrar su dispositivo y, en ocasiones, incluso está presente durante su incautación y análisis, en esta situación el sujeto no tiene conocimiento de que su equipo está siendo interceptado. Al tiempo que el carácter dinámico de la medida hace que la Policía pueda ver en tiempo real el tráfico de datos del dispositivo o manejarlo remotamente en ausencia del titular del mismo pudiendo acceder a cualquier información del terminal.

Estas cuestiones redundan en una investigación mucho más complicada que las anteriormente apuntadas y que necesitarán de un control judicial exhaustivo. Se considera que esta nueva modalidad podría llegar a extrapolarse en una futura reforma del Código Orgánico de Ecuador a través de un articulado más completo y detallado que tenga en cuenta la realidad tecnológica actual y futura en la que nos encontramos inmersos.

supuestos de registro remoto”. Vid. José Luis Rodríguez Laínz., “¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?”, *Diario La Ley* n.º 8729 (2016): 7.

IV. REGISTROS

Art. 478.- Registros.- *Los registros se realizarán de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Los registros de personas u objetos e incautación de los elementos relacionados con una infracción que se encuentren en viviendas u otros lugares, requerirán autorización de la persona afectada o de orden judicial. En este último caso deberá ser motivada y limitada únicamente a lo señalado de forma taxativa en la misma y realizado en el lugar autorizado. 2. El consentimiento libremente otorgado por la persona requerida para registrar un espacio determinado, permitirá realizar el registro e incautación de los elementos relacionados con una infracción. Únicamente podrán prestar el consentimiento personas capaces y mayores de edad. Se deberá informar a la persona investigada sobre su derecho a no permitir el registro sin autorización judicial. 3. Las y los servidores de la fuerza pública, sin que medie orden judicial, como una actividad de carácter preventivo o investigativo, podrán realizar el control de identidad y registro superficial de personas con estricta observancia en cuanto a género y respeto de las garantías constitucionales, cuando exista una razón fundamentada de que la persona oculta en sus vestimentas cualquier tipo de arma que pueda poner en riesgo la seguridad de las personas o exista la presunción de que se cometió o intentó cometer una infracción penal o suministre indicios o evidencias útiles para la investigación de una infracción. La Fuerza Pública podrá retirar las armas blancas encontradas durante este tipo de registros realizados en espacios públicos, en lugares de concentración pública, espectáculos públicos, escenarios deportivos o de concurrencia masiva; en el servicio público de transporte, en las instituciones educativas de todos los niveles, respetando la autonomía universitaria; excepto utensilios domésticos y herramientas de trabajo empacadas. Se entiende por arma blanca aquellos elementos cortantes, punzantes, corto punzantes y corto contundentes tales como cuchillos, navajas, puñales, puñaletas, punzones, manoplas, cachiporras, machetes, garfios, leznas, mazos, hachas, cortaplumas, patas de cabra, estoques, dagas, sables, espadas o cualquier otro objeto con características similares, que puedan ser utilizadas como armas de carácter defensivo u ofensivo para amenazar, lesionar o quitar la vida a las personas. Se exceptúan aquellos casos en los que las personas evidencien que su utilización es específica y comprobable en actividades laborales, profesionales o de comercio en espacios públicos.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.*

I. Introducción

El precepto hace referencia al registro de lugares cerrados y al registro de personas. En este sentido, se debe, por tanto, hacer una doble referencia y análisis en virtud de estos dos escenarios. Respecto al primero de ellos –el registro en lugares cerrados–, se debe partir de que la inviolabilidad domiciliar se enmarca dentro de

los derechos fundamentales no absolutos, es decir, que perfectamente pueden ser restringidos en virtud de resolución judicial, al entenderse enmarcados dentro del derecho a la inviolabilidad del domicilio y al derecho a la intimidad. De esta forma, existirán una serie de situaciones, a las que alude, por ejemplo, este precepto 478, en los que se podrá utilizar esta diligencia de investigación sin el consentimiento del investigado y otras situaciones que excederán de los listados determinados, pero que supondrán una situación de flagrancia activa.

Por tanto, podemos encontrar entradas y registros sin consentimiento del titular, pero con autorización judicial, con consentimiento del mismo o situaciones en las que exista una flagrancia delictiva en las que no se disponga de tal autorización.

Este derecho a la inviolabilidad domiciliaria se encuentra recogido en diversas normas de alcance internacional, como el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el art. 8 de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950.

Se debe partir de que la inviolabilidad del domicilio suele venir recogida en las Constituciones de los Estados. En el caso español, se puede ver como el art. 18 punto dos de la Constitución indica que “[e]l domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. Así lo indica también el Tribunal Constitucional español desde 1984, “la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida íntima de la persona”. En este sentido:

[...] el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella¹.

También complementa esta visión el Tribunal Supremo español al indicar que “[I]a inviolabilidad del domicilio garantiza la intimidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, en el ámbito más puro de la privacidad”².

Ahora bien, tal y como señala Del Pozo Pérez, no existe una definición constitucional de domicilio, al menos en la legislación española y parece ser que tampoco en la ecuatoriana. Las legislaciones se limitan a indicar que “el domicilio es inviolable”³, sin determinar qué se entiende por domicilio. Se puede entender que el domicilio no tendría por qué ser solo el lugar de residencia habitual, sino todo

¹ España Tribunal Constitucional, *Sentencia 22/1984*, de 17 de febrero, Boletín Oficial del Estado 59, 9 de marzo de 1984, en sus FFJJ 2 y 5.

² España Tribunal Supremo, *Recurso 1319/1994*, de 8 de mayo de 1995.

³ Marta del Pozo Pérez, *Diligencias de investigación y cadena de custodia* (Madrid: Sepín, 2014),

lugar donde se desarrolle la intimidad en un ámbito privado. Además, el Código de Ecuador indica expresamente “registros de personas u objetos e incautación de los elementos relacionados con una infracción que se encuentren en viviendas u otros lugares, requerirán autorización de la persona afectada o de orden judicial”, lo que sitúa también el precepto en una noción amplia de domicilio.

Si se acude a la regulación que realiza la LECrim española, se puede observar que la misma es muy casuística, distinguiendo según la diligencia si afecta a un lugar público o a un domicilio privado. Una revisión de sus preceptos a partir del art. 18.2 CE demuestra la innecesidad de la distinción, pues, en el fondo, al afectar la diligencia a derechos constitucionales siempre debe ir precedida de resolución judicial motivada, salvo consentimiento de los afectados u otras excepciones que se verán a continuación. La LECrim establece determinados presupuestos especiales distinguiendo entre edificios o lugares públicos oficiales, no oficiales, religiosos, o cualificados por la normativa internacional (arts. 546 y ss.). No obstante, lo más relevante es la regulación relativa al domicilio de particulares (vid. art. 554 LECrim. sobre lo que se considera domicilio). Como elementos que configuran el concepto de domicilio como ámbito constitucionalmente protegido pueden resaltarse: la existencia de un espacio aislado respecto del mundo exterior, ya sea que se encuentre cerrado o parcialmente abierto, siempre que se manifieste la voluntad por parte de su titular de excluir a personas no autorizadas a entrar o mantenerse en el mismo; su destino al desarrollo y desenvolvimiento de la vida privada, individual o familiar; irrelevancia del título jurídico particular que se ostenta sobre el lugar cerrado. Para la práctica de la entrada y registro en un domicilio, y a falta del propio consentimiento del interesado (arts. 18.2 CE y 551 LECrim.), es necesaria una autorización judicial (art. 18.2 CE).

II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas

En el sentido apuntado en el epígrafe anterior, sería bueno también que la legislación ecuatoriana pudiera llegar a plantear situaciones de conflicto en el consentimiento, tales como los domicilios en los que la titularidad es compartida, o la titularidad en casos de matrimonio o parejas de hecho.

Se puede decir entonces que, con independencia de encontrarse ante una vivienda u otro lugar, para hablar de domicilio se necesita contar con un espacio delimitado y aislado que podría estar cerrado o parcialmente abierto. De igual modo debe existir una voluntad del usuario de desarrollar una actividad enmarcada en cierta esfera de privacidad, al tiempo que debe ser apto para realizar en el mismo una serie de actividades individuales o grupales con cierto nivel de privacidad.

A criterio personal, se defiende el concepto dado por del Pozo Pérez, que indica que domicilio puede ser:

[...] cualquier lugar o espacio, por humilde y precario que resulte el mismo, donde viva una persona o una familia desarrollando su vida íntima, personal y familiar, y pretendiendo la exclusión de un tercero ajeno; con independencia

de que el domicilio tenga carácter fijo o transitorio. No siendo relevante a estos efectos que sea estable y habitual, incluyéndose el accidental o transitorio⁴.

En relación con el punto dos, el consentimiento libremente otorgado por la persona requerida para registrar un espacio determinado permitirá realizar el registro e incautación de los elementos relacionados con una infracción. Únicamente podrán prestar el consentimiento personas capaces y mayores de edad. Así, se debe acudir a la jurisprudencia para interpretar esta casuística. Es preciso resaltar que, como ha dejado sentado el TS español en varias sentencias –entre otras, STS de 16 de mayo de 2000–, si la persona que presta aquel consentimiento se encuentra en situación de detención, es requisito indispensable la asistencia letrada para que tal consentimiento pueda considerarse válido. La resolución judicial que autorice la entrada ha de revestir forma de auto en el que, entre otros extremos, ha de determinarse el objeto concreto de la diligencia y el tiempo de esta.

Existen, no obstante, una serie de casos muy concretos en que le es autorizado a la policía la realización de esta diligencia de propia autoridad, son los supuestos previstos en el art. 55 CE y en el art. 553 LECrim. Para lo que se refiere a las personas que han de intervenir en la práctica de este acto de investigación, así como el modo en que la misma ha de llevarse a efecto, hay que atender a los arts. 569 y ss. LECrim., teniendo en cuenta, además, que el Tribunal Supremo español exige inexcusablemente la presencia del imputado en el registro de su domicilio si se encontrara detenido. Se considera que esta misma interpretación podría ser extrapolable a la legislación ecuatoriana, contemplado esta casuística.

De igual modo se debe aludir al tema de los registros físicos, que ocupa los puntos tres y cuatro de precepto.

En el punto tercero se indica que “[l]as y los servidores de la fuerza pública, sin que medie orden judicial, como una actividad de carácter preventivo o investigativo, podrán realizar el control de identidad y registro superficial de personas con estricta observancia en cuanto a género y respeto de las garantías constitucionales”. Se habla de manera concreta de inspecciones e intervenciones corporales. Estas técnicas están destinadas a encontrar pruebas de un determinado delito sobre el cuerpo humano. Así, por un lado, entraría en juego un derecho personal de intimidad, que tal y como se acaba de ver, puede verse restringido mediante autorización judicial, y, por otro lado, un derecho a la integridad física, que debe ser siempre respetado.

A nivel de diligencias, se estaría hablando de una custodia del cuerpo del delito. Bajo la denominación genérica de cuerpo del delito se alude al conjunto de actuaciones cuya finalidad es averiguar si existe un hecho delictivo y cómo y cuáles son los objetos o elementos utilizados en su comisión. En sentido estricto, el cuerpo del delito es la persona o cosa objeto del delito; en sentido amplio, sería el conjunto de elementos materiales relacionados con el delito, es decir, todos aquellos elementos sobre los cuales o a través de los cuales se cometió el delito. Se establecen así una serie de diligencias que están destinadas a conservar todos los elementos materiales

⁴ Marta del Pozo Pérez, *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, 22.

que pueden haber configurado la manera de ser del delito, el modo de llevarse a cabo. Esa conservación implica, previamente, la recogida de datos y objetos, la descripción de las circunstancias de tiempo, lugar y modo y el depósito, en su caso, de las cosas. En definitiva, toda una serie de actuaciones que tienden a posibilitar que en el futuro el órgano decisor pueda dictar su sentencia sabiendo, en todo caso, qué cosas o qué personas han sido objeto del delito y en qué circunstancias de modo, lugar y tiempo lo fueron.

Estas diligencias relacionadas con el cuerpo del delito comprenden:

- a) Inspección ocular. Se trata de un acto de investigación a través del cual el instructor examina directa y personalmente, es decir, comprueba por sí mismo, el lugar en que se han producido los hechos para apreciar datos o circunstancias útiles para el esclarecimiento de los hechos. Mediante esta diligencia, el instructor comprueba el lugar en que se han producido los hechos, debiendo indicar todas sus circunstancias, circunstancias que pudieran haber concurrido en su perpetración, obtención y conservación de los objetos o elementos materiales relacionados con el delito. Este acto de investigación, por tanto, tiene gran relación con las diligencias referidas a la conservación del cuerpo del delito, pero también va dirigida a la investigación y a la prueba posterior. Por ello, se debe describir el lugar del delito, el sitio y el estado en que se encuentren los objetos allí presentes y, en general, todos los detalles que puedan utilizarse tanto para la acusación como para la defensa.
- b) Identificación del supuesto delincuente y de sus circunstancias personales. Uno de los objetivos de la fase de investigación es la averiguación del supuesto autor de los hechos contra el que se va a dirigir la acusación. Es necesario, por tanto, la práctica de una serie de diligencias destinadas al reconocimiento, a la identificación personal y a la determinación de las circunstancias personales que pueden afectar a la responsabilidad criminal.
 - Reconocimiento: se trata de determinar si la persona a quien se atribuye la participación en los hechos es realmente a quien se debe atribuir; consiste normalmente en que la víctima y/o los testigos presenciales del hecho determinen si la persona inicialmente inculpada se corresponde con el supuesto autor del hecho delictivo, para evitar la sustitución de personas. Cabe también el empleo de medios científicos o técnicos. Con este fin, se regula la denominada diligencia de reconocimiento en rueda. Se practica poniendo a la vista de la persona que va a proceder al reconocimiento, en unión de otras de circunstancias exteriores semejantes, a la persona que haya de ser reconocida.
 - Identificación: supone determinar quién es la persona a la que se imputan los hechos; esto es, implica determinar quién es, cómo se llama, dónde vive, en

definitiva, conocer sus circunstancias personales. El sistema identificativo ordinario es el DNI o el pasaporte o incluso el permiso de conducción o circulación.

- Determinación de la edad: es una circunstancia determinante o modificativa de la responsabilidad criminal. Desde el punto de vista procesal, es un condicionante del tipo de enjuiciamiento, por ello, debe conocerse la edad del imputado desde un principio. Para ello, se suele exigir la certificación de su inscripción de nacimiento.
- Conducta y antecedentes: respecto de los antecedentes penales, prescribe que han de llevarse a la causa los antecedentes penales –si los tuviere– del imputado. Aquello se hará mediante solicitud de una certificación al Registro Central de Penados y Rebeldes de cada país.
- Capacidad mental: como la enajenación mental y el trastorno mental transitorio son circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad, el juez podrá acordar la práctica de informes periciales conducentes a determinar la salud mental del investigado.

Por tanto, se puede decir que las inspecciones corporales pueden entenderse como cualquier género de reconocimiento externo efectuado sobre el cuerpo humano. Para ello, se necesita autorización judicial, salvo en casos de flagrancia o urgencia, o incluso con el fin de proteger el derecho a la salud u otro derecho colectivo. No se debe olvidar que se presenta un acto de coerción sobre el cuerpo del imputado y hay que estar prestando atención al grado de indagación y al cumplimiento del propio principio de proporcionalidad.

En el caso del Código de Ecuador, parece que el enfoque del entendimiento está mayormente orientado a un cacheo. Aquello, puesto que el artículo señala que

[1]a Fuerza Pública podrá retirar las armas blancas encontradas durante este tipo de registros realizados en espacios públicos, en lugares de concentración pública, espectáculos públicos, escenarios deportivos o de concurrencia masiva; en el servicio público de transporte, en las instituciones educativas de todos los niveles, respetando la autonomía universitaria; excepto utensilios domésticos y herramientas de trabajo empacadas.

En este sentido, si se entiende únicamente desde la visión de un cacheo, se tendría que ir a lo que se denomina en España un registro corporal externo. En España, esta medida no se incluye en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que tiene su cabida en la Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana. El cacheo consiste en la palpación externa del cuerpo, vestiduras e indumentaria, incluyendo los objetos personales o equipaje de mano, con la finalidad de descubrir objetos no

permitidos o peligrosos. Cualquier ciudadano español que se ve en la tesitura de tener que ser cacheado debe saber que tiene derecho a que este procedimiento tiene que ser realizado por una persona de su mismo sexo, salvo en los casos en los que no sea posible. En ningún caso el cacheo puede suponer que la persona tenga que quitarse ni ropa o zapatos.

En el caso de las inspecciones corporales policiales se entraría en una etapa indagatoria e investigadora, es decir, de una actuación policial que excede la mera actividad administrativa y que se sitúa, plenamente, en el terreno de la policía judicial, que intenta averiguar y perseguir los ilícitos penales.

Se considera que justamente es esto lo que debe definir el Código de Ecuador, pues con la redacción anteriormente indicada no se define claramente la diferencia entre un simple cacheo y una inspección corporal con fines indagatorios. Estos elementos son sumamente importancia, puesto que los funcionarios de policía tienen la obligación de investigar los delitos, practicar las diligencias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolo a disposición de la Autoridad Judicial.

De igual modo, llama la atención el párrafo en el que se dedica a explicar qué puede ser considerado como arma blanca: Se entiende por arma blanca aquellos elementos cortantes, punzantes, corto punzantes y corto contundentes tales como cuchillos, navajas, puñales, puñaletas, punzones, manoplas, cachiporras, machetes, garfios, leznas, mazos, hachas, cortaplumas, patas de cabra, estoques, dagas, sables, espadas o cualquier otro objeto con características similares, que puedan ser utilizadas como armas de carácter defensivo u ofensivo para amenazar, lesionar o quitar la vida a las personas.

Se considera que esta base conceptual tan amplia no concuerda con lo indicado para una ley de enjuiciamiento, sino más bien con un Código Penal. Por ello, se recomienda reformular esta parte del articulado y apostar por una normativa más centrada en distinguir en qué se basa el registro corporal y cuáles son sus componentes, distinguir la diferencia entre autoridad administrativa y policial, y plantear claramente los derechos en juego, así como sus limitaciones mediante la autorización del operador jurídico oportuno.

V. REGISTRO DE VEHÍCULOS

Art. 479.- Registro de vehículos.- *Se podrá registrar un vehículo sin autorización judicial, en los siguientes casos: 1. En zonas de frontera o donde la aduana ejerza control. En ningún caso el registro deberá interferir en la intimidad de los pasajeros. 2. En controles de rutina policial y militar. En ningún caso el registro deberá interferir en la intimidad de los pasajeros. 3. En caso de existir razones fundamentadas o presunciones sobre la existencia de armas o de la existencia de elementos de convicción en infracciones penales. 4. Si el conductor no justifica documentada y legalmente los permisos de circulación, matriculación o de procedencia de la mercadería. 5. Por el hecho de haberse cometido una infracción flagrante. El funcionario que ha falseado la comisión de un delito flagrante para registrar un vehículo será destituido de su cargo, sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que dé lugar. Solo en los supuestos del segundo, tercero y cuarto numerales de este artículo se podrá realizar un registro superficial sobre las personas, con estricta observancia en cuanto a género, edad o grupos de atención prioritaria y respeto de las garantías constitucionales.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.

I. Introducción

Los vehículos como objeto siempre han tenido una consideración propia en relación con las posibilidades de entrada y registro que pueden existir sobre los mismos. Esta cuestión se centra en la consideración o no del vehículo como domicilio y por estar así sujeto a un posible derecho de inviolabilidad domiciliaria. Se debe así delimitar el concepto de domicilio y ver qué clases de vehículo pueden llevar aparejado estos derechos y cuáles no, así como las posibilidades en las que los agentes de policía pueden registrar un vehículo y, también, cuándo, de manera correlativa, pueden realizar un registro externo a los pasajeros de este.

II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas

Se analiza un precepto que se basa en el registro de vehículos. Se piensa que el Código ecuatoriano parte de una realidad global sobre el vehículo que debería ser matizado atendiendo a una serie de doctrina que conceptualiza el automóvil como vehículo general, para el que no se debe tener autorización judicial como tal en los casos mencionados, pero que puede tener alguna protección mayor si hablamos, por ejemplo, de una caravana.

Se parte de la idea de que los automóviles son un simple objeto, un medio de transporte, no un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera privada de un individuo y, por lo tanto, no se hallan protegidos constitucionalmente por el derecho a la intimidad ni se deben considerar domicilio. Aunque la jurisprudencia

ecuatoriana no tiene una línea jurisprudencial definida al respecto, se considera que el legislador parte de conceptualizaciones de otros países como España. En este sentido, el Tribunal Supremo español se posiciona desde hace más de veinte años sobre estos asuntos en las SSTs de 28 de diciembre de 1994 y de 22 de diciembre de 1997. En ellas se deja claro que un vehículo no constituye domicilio como tal, puesto que en el mismo no se puede desarrollar una vida privada que excluya de su uso y disfrute de terceros, ya que los automóviles están pensados para llevar a pasajeros y contempla espacios colectivos y compartidos con los mismos. Es decir, por regla general no llevan incorporados dispositivos o módulos en los que puedan vivir personas de manera habitual. Por tanto, los automóviles son tratados como medios de transporte, pero no como domicilio, al no hallarse protegidos por el manto constitucional y no ejercitar en ellos un derecho fundamental como la intimidad, por lo que no habría así allanamiento domiciliario. En definitiva, su entrada y registro no supondría una invasión a la intimidad domiciliaria.

Cuestión distinta, también resuelta por el Tribunal Supremo español en sentencia de 18 de octubre de 1996, es lo que ocurre respecto a las caravanas y autocaravanas. En dicha resolución, el alto tribunal español señala que:

[I]as garantías que el art. 18 denla C.E. otorga al domicilio son aplicables a los domicilios móviles, bien remolcados (roulottes), bien autotransportados (autocaravanas), en lo que se refiere a la zona de habitación, por lo que la entrada y registro de los mismos requiere bien el consentimiento de su titular, bien autorización judicial, o bien constancia de la comisión de un delito flagrante.

Por lo tanto, habría que atender a las características de la caravana y autocaravana para su consideración como domicilio, pues esta sí presenta características propias para ser consideradas como domicilio.

Respecto al precepto analizado, se observa cómo la legislación ecuatoriana no realiza esta distinción, que podría perfectamente ser matizada por la jurisprudencia del país. En tal caso, parece que se parte de una concepción global de no identificar el vehículo con domicilio, pues se indica que no se necesitará autorización judicial para registrar vehículos siempre que no se interfiera de manera individual con dicha actuación en la intimidad de los pasajeros.

Se matizan, además, los casos en los que el registro se permite sin autorización judicial por parte de agentes de policía o las fuerzas militares: zonas de frontera o aduana, controles rutinarios, si no se justifica documentada y legalmente los permisos de circulación o en caso de delitos flagrantes. Todos ellos responden a principios de proporcionalidad y necesidad. Sin embargo, existe una causa que podría llegar a plantear problemas de inconstitucionalidad en su punto tercero, al indicar que también estaría permitido este registro sin autorización judicial: “En caso de existir razones fundamentadas o presunciones sobre la existencia de armas o de la existencia de elementos de convicción en infracciones penales”.

En este sentido, se considera que se debería matizar muy bien este punto, puesto que desde el punto de vista procesal penal se estaría interfiriendo en cuestiones indagatorias sin llegar a tener flagrancia, lo que podría llevar claramente a salir del estado de derecho y acabar en un estado policial, con la consecuente vulneración de derechos fundamentales para los ciudadanos. Además, sería necesario saber si se plantea desde un plano puramente administrativo o penal, cuestión que debería ser completamente delimitada en futuras reformas del articulado. Si bien es cierto, en España esta opción también se ha recogido en el artículo 18 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que permite este tipo de actuaciones por parte de los agentes de la autoridad y en cualquier lugar público siempre que estos “tengan indicios de eventual presencia de armas, explosivos, sustancias peligrosas”. Esto se traduce en que pueden hacerlo en cualquier control específico de armas, alcoholemia o drogas y cuando están buscando algo en concreto con previa denuncia con las características de dicho automóvil. Aun así, existe una distinción que hace que la ley española salve de alguna manera cualquier cuestión de inconstitucionalidad al respecto, pues se indica en la normativa que, ante estas circunstancias, “los ciudadanos tienen el deber de colaborar”.

Si se remite, por ejemplo, a la legislación de los Estados Unidos de América, se puede observar cómo esta cuestión podría tener ciertas delimitaciones con la cuarta enmienda de su Constitución. La misma protege la privacidad personal y el derecho de todos los ciudadanos a no sufrir intromisiones injustificadas del gobierno en sus personas, hogares, negocios y propiedades, ya sea mediante paradas policiales a ciudadanos en la calle, detenciones o registros en hogares y negocios. Cuando los agentes de la ley violan los derechos constitucionales de un individuo en virtud de la Cuarta Enmienda, y un registro o incautación se considera ilegal, cualquier prueba derivada de ese registro o incautación se mantendrá casi con seguridad fuera de cualquier caso penal contra la persona cuyos derechos fueron violados. Se estaría, en este caso, ante una prueba prohibida que no podría valorarse por el juzgador. A pesar de ello, si permitirá el caso en el que el oficial cree razonadamente que su vehículo aloja pruebas de un delito. En definitiva, el registro plantea excepciones para el registro que deberán ser valoradas caso por caso.

En el caso de Ecuador, tal y como se ha podido observar en diarios digitales¹, es una opción que ya se lleva a la práctica. El diario recoge las palabras del general Víctor Arauz, comandante de Policía en Guayaquil, el cual detalla que: “[c]onstitucionalmente nosotros podemos detener ese vehículo y proceder al registro, averiguar detalles y antecedentes del conductor y determinar la legalidad de la circulación del carro a través de su matrícula para saber si no es robado o si su chasis no se encuentra con su numeración alterada”.

Por su parte, la legislación ecuatoriana sí establece un mecanismo de control ante posibles abusos por agentes de autoridad, y expresamente recoge en su apartado quinto que “[e]l funcionario que ha falseado la comisión de un delito flagrante para

¹ Vid. El Universo. “Policía activará controles y retendrá vehículos y motos sin placas en Guayaquil”, *Diario Digital El Universo*, 19 de febrero de 2020, <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/02/19/nota/7746909/carros-motos-placas-seran-registrados-policia>.

registrar un vehículo será destituido de su cargo, sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que dé lugar”; cuestión que se aprecia muy acertada y que puede servir de factor corrector de abusos en este sentido al establecer un sistema correlativo de responsabilidad.

Todas estas cuestiones son aún más flexibles en casos de flagrancia. Dicho de otra manera, es lícito el registro del vehículo del imputado sin que este se hallara presente, cuando exista urgencia y necesidad del registro. De esta forma lo recoge expresamente el precepto analizado en su punto quinto: “Por el hecho de haberse cometido una infracción flagrante”. Esto a su vez vuelve a ser refrendado por el Tribunal Supremo en España en la STS 387/2013, de 24 de abril de 2013, que a su vez se apoya en el Tribunal Constitucional de España, en la STC núm. 197/2009, de 28 de septiembre:

Por lo que respecta a la ausencia de autorización judicial y a la no presencia del titular o de su Abogado en la práctica del registro de la furgoneta, irregularidades que el recurrente considera vulneradoras del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), cabe recordar en primer lugar –como señala el Tribunal Supremo, razonamiento jurídico primero– que, no teniendo el citado vehículo la condición de domicilio, no le son aplicables las garantías establecidas en el art. 18.2 CE, lo que no parece ponerse en cuestión en la demanda de amparo.

De igual modo, hay que hacer referencia a que, tal y como indica esta sentencia, puede ocurrir que esta práctica derive en obtener una prueba preconstituida en los términos siguientes:

Como excepción a lo anterior, el registro de un vehículo podrá tener valor como prueba preconstituida si se practica judicialmente, es decir, bajo el formato de una inspección ocular realizada con todas las garantías, respetándose entonces el principio de contradicción mediante la asistencia a su práctica del imputado y de su letrado, si ello fuera posible.

En último término, se debe indicar que el precepto también hace referencia a que se pueden realizar inspecciones corporales, a lo que llama “realizar un registro superficial sobre las personas”, la cual debe realizarse “con estricta observancia en cuanto a género, edad o grupos de atención prioritaria y respeto de las garantías constitucionales”; conectado con registros de vehículos cuando nos encontremos ante casos de controles rutinarios, existan razones fundamentadas o presunciones sobre la existencia de armas o de la existencia de elementos de convicción en infracciones penales o si el conductor no justifica documentada y legalmente los permisos de circulación, matriculación o de procedencia de la mercadería. Con relación a lo comentado en el artículo anterior, se entiende que se está refiriendo a un cacheo o

registro meramente superficial que constituiría prueba preconstituida.

Por tanto, se presenta aquí una prueba preconstituida o prueba anticipada que queda constituida antes de la etapa procesal ordinariamente destinada a la práctica de la prueba, e incluso antes de la iniciación del proceso. Pueden ser practicados aquellos medios de prueba que, en caso de esperar al momento ordinario, fuera objetivamente previsible la imposibilidad de practicarlos por alguna de estas razones: a) por causas relativas a los sujetos de prueba: ej.: avanzada edad o el estado de salud de un testigo, que hace temer por su vida, la previsión de un cambio de residencia que hará necesario acudir al auxilio judicial internacional b) por causas relativas al objeto que es fuente de prueba. La anticipación de la prueba es admisible respecto a cualquier medio de prueba siempre que la fuente de prueba se halle en las circunstancias mencionadas, la práctica en todo caso se regirá por su régimen ordinario. El aseguramiento de la prueba se diferencia de lo anterior porque esta consiste solo en preservar ciertas fuentes de prueba de los cambios que puedan introducir en los mismos.

Por último, respecto al modo de realización, al indicar que se realizará con observancia de género o edad, se entiende que se refiere a que quien hiciera ese registro o cacheo tendrá el mismo género que la persona registrada y que la misma deberá acreditar ser mayor de edad. De igual modo, al indicar respecto a las garantías constitucionales, se considera que deberá ir precedida de una información sobre el trámite y sus derechos a la parte sobre la que se va a realizar el registro. Se cree conveniente un desarrollo más concreto de este precepto en el futuro para evitar nulidades de prueba, cuando dicho material obtenido se lleve al proceso para alcanzar un grado de seguridad más alto.

VI. ALLANAMIENTO

Art. 480.- Allanamiento.- *El domicilio o el lugar donde la persona desarrolle su actividad familiar, comercial o laboral, podrá ser allanado en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de detener a una persona contra la que se ha dictado orden de detención con fines de investigación, prisión preventiva o se ha pronunciado sentencia condenatoria ejecutoriada con pena privativa de libertad. 2. Cuando la Policía Nacional esté en persecución ininterrumpida de una persona que ha cometido un delito flagrante. 3. Cuando se trate de impedir la consumación de una infracción que se está realizando o de socorrer a sus víctimas. 4. Cuando se trate de socorrer a las víctimas de un accidente del que pueda correr peligro la vida de las personas. 5. Cuando se trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan elementos probatorios o estén vinculados al hecho que se investiga. En estos casos se procederá a la aprehensión de los bienes. 6. En los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando deba recuperarse a la agredida, agredido, o a sus familiares; cuando la agresora o el agresor se encuentre armado o bajo los efectos del alcohol, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización o esté agrediendo a su pareja o poniendo en riesgo la integridad física, psicológica o sexual de cualquier miembro de la familia de la víctima. 7. Cuando se trate de situaciones de emergencia, tales como: incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad. En los casos de los numerales 1 y 5 se requerirá orden motivada de la o el juzgador y en los demás casos no requerirá formalidad alguna. Para evitar la fuga de personas o la extracción de armas, instrumentos, objetos o documentos probatorios y mientras se ordena el allanamiento, la o el fiscal podrá disponer la vigilancia del lugar, la retención de las cosas y solicitar a la o al juzgador la orden de detención con fines investigativos para las personas que se encuentren en él.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.

I. Introducción

Se presenta ante una situación en la que existe una protección respecto a la inviolabilidad domiciliaria, recogida en diversas normas de alcance internacional, como el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el art. 8 de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950. En este precepto la normativa de Ecuador deja claro los elementos normativos al respecto de un domicilio sobre el que se plantea este derecho, indicando que es un lugar “donde la persona desarrolle su actividad familiar, comercial o laboral”.

Tal y como se ha podido observar en preceptos anteriores, este es un derecho fundamental no absoluto, que puede, por tanto, verse restringido mediante autorización judicial o porque se encuentre ante casos excepcionados que enumera la legislación ecuatoriana. Así, nadie podría entrar en la morada de otra persona sin consentimiento ni una orden judicial¹.

Con respecto al registro que lleva aparejado, se puede adelantar también que este consiste en una verdadera diligencia de investigación, a diferencia de la diligencia de entrada que, como se ha señalado, viene a ser una diligencia instrumental de esta, tratándose en muchos casos de una verdadera diligencia de preconstitución de prueba². A nivel de procedimiento, la diligencia de entrada y registro suele tener lugar en la fase de investigación del procedimiento penal, ya sea en la fase sumarial, en el caso de proceso ordinario por delitos graves o en las diligencias previas dentro del procedimiento abreviado.

A continuación, se comentarán cada uno de los casos en los que se puede allanar un domicilio. Concretamente, se habla de allanamiento cuando se ingresa en un domicilio ajeno sin consentimiento de su titular.

II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas

El precepto ecuatoriano establece siete casos distintos para proceder al allanamiento en el domicilio, siendo en ocasiones necesario un registro para recabar prueba. Así, es un precepto ciertamente desordenado, al intercalar medidas aplicables al orden penal y a otras con independencia de encontrarse en una situación delictual. Se ha respetado el orden marcado por la normativa, pero se debe apuntar que en los numerales uno y quinto si se necesita autorización judicial, puesto que vienen conectados con una instrucción dentro de un proceso penal; en el resto no sería necesaria autorización judicial para proceder el allanamiento.

1. Detención. En estos casos, es necesario entrar en el domicilio, puesto que contra esa persona pesa una orden de detención o una ejecución de pena. Aquí, incluso se podría incorporar una opción más amplia de requisitoria, como instrumento para tratar que el investigado ausente comparezca al llamamiento judicial. En definitiva, se podría también indicar que, ante un llamamiento judicial genérico, se debería plantear un instrumento que permitiera acceder al domicilio para que esta persona comparezca y que también se pueda aplicar en casos de libertad provisional deba concurrir a firmar a una dependencia policial y no acuda en la fecha indicada o para personas que se hayan fugado del establecimiento judicial en el que se encuentren. En todos estos casos, con el fin de ejecutar una decisión judicial, estará justificado así la vulneración de este derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

¹ Rodrigo Fabio Suárez Montes, “El delito de allanamiento de morada”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1968), 10 y ss.; Jorge Barreiro, *El allanamiento de morada* (Madrid: Tecnos, 1987), 55 y ss.

² Manuel José Arias Eibe, “La inviolabilidad del domicilio: dimensión constitucional y protección penal”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, n.º 5327 y 5328 (2001).

2. Persecución. Se estaría tratando aquí de personas que hayan cometido un delito y se hayan dado a la fuga. En ese caso, se habla de un llamamiento judicial al que se le incorpora una orden de búsqueda y captura. Dicha orden también tendrá amparada una posible entrada y allanamiento de la morada del investigado. El Código ecuatoriano perfila más esta cuestión y la acota a las llamadas “persecuciones en caliente”, pues alude a una “persecución ininterrumpida de una persona que ha cometido un delito flagrante”. Se cree que el caso podría ampliarse perfectamente a situaciones de búsqueda y captura, que, aunque parten de suponer que el investigado está en un destino desconocido, tendrían opción de allanar su domicilio habitual con fines indagatorios.

3. Evitar la consumación de un delito. El precepto ecuatoriano plantea la entrada en domicilio para impedir la consumación de una infracción. Se entiende que se parte de una *noticia criminis* previa trasladada a la Policía y que, por tanto, consta al menos una denuncia para proceder a la entrada en domicilio. Por regla general en otros ordenamientos se plantea una garantía adicional que es la autorización por parte de un juzgado de guardia para ingresar en el domicilio del presunto autor de un hecho delictivo. Se entiende, además, que aquí también planearía una característica de flagrancia y un deber finalista de protección a las posibles víctimas de dicho delito.

4. Accidente. El precepto dedica una sección únicamente a plantear este deber de protección finalista cuando se piense que ha ocurrido un accidente dentro del domicilio. Se plantea aquí de nuevo que debería existir un aviso previo a la Policía de lo que ha ocurrido y que, por tanto, esta cuestión se encontraría fuera de cualquier proceso penal. Se considera que esta opción tal vez no encaje en este Código, pues se entiende que entraría no en planteamiento puramente penal de la situación, sino más bien administrativo o de una ordenanza de protección ciudadana.

5. Recabar pruebas del delito. Se plantea el caso en el que la Policía tenga que entrar en el domicilio a sustraer alguna cosa u objeto robado con el fin de recabar pruebas. Se entiende que este punto vuelve a situar el precepto dentro de una instrucción, y, por tanto, dentro de un proceso penal; cuestión que vuelve a dejar desordenado los casos excepcionales planteados. En definitiva, se presenta en actos de investigación a través de los cuales se van a tratar de recabar las fuentes de prueba que luego se llevarán al juicio oral, que es donde se practica la prueba que servirá para dictar sentencia.

6. Violencia de género y doméstica, armas o drogas. El precepto decide separar el delito de violencia contra la mujer del resto, aunque perfectamente podría ya estar contemplada esta situación en el punto tercero. Se considera acertada esta separación con relación a la especial atención que se debe tener ante este tipo de agresiones y que en España lleva incluso a plantear órganos propios como el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Además, este tipo de delitos se perpetra habitualmente en el interior del domicilio con sola presencia de la mujer. Se cree que, en este

caso, la situación de denuncia plantearía un problema añadido, pues se entiende que la Policía entra en el domicilio en atención de una llamada previa en la que se ponga en conocimiento de estos un episodio de violencia de género. Las víctimas muchas veces se ven bloqueadas para denunciar estas situaciones, lo que complica su investigación y, por tanto, el allanamiento de la vivienda del agresor. De igual modo, por la redacción del artículo se observa cómo esta situación se aplicaría ante casos de violencia doméstica, ejercida contra otras personas del núcleo familiar con independencia de su género.

De forma sorpresiva, el legislador indica en el mismo numeral la situación de que “la agresora o el agresor se encuentre armado o bajo los efectos del alcohol, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización o esté agrediendo a su pareja o poniendo en riesgo la integridad física, psicológica o sexual de cualquier miembro de la familia de la víctima”. Se cree que esta distinción merecería un numeral distinto, pues mezcla cuestiones vinculadas al consumo de drogas o la tenencia de armas con la situación de violencia de género o familiar planteada en la frase anterior. Se cree que un cambio en la redacción de este punto, como el fin de ensalzar el agravante de estos episodios de violencia en atención al consumo de drogas o la tenencia de armas, hubiera sido más correcto. Aun así, se considera que el carácter teleológico de la norma va más enfocado a establecer la excepción en los casos de violencia señalados.

7. Emergencia.- El precepto plantea aquí una excepción aplicable a cualquier orden y situación que vuelve a escaparse de la esfera penal para introducir situaciones de emergencia, refiriéndose de manera concreta a incendios, explosiones o inundaciones. Es decir, se hablaría de situaciones de fuerza mayor sobrevenidas e imprevistas que puedan poner en peligro a las personas o al domicilio en sí mismo. Podría incluso conectarse aquí el articulado con el estado de necesidad, lo que llevaría a una conceptualización más propia del orden penal y que justificaría la entrada en aquellos supuestos de urgencia o necesidad.

Por todo lo visto anteriormente, se cree que el artículo puede ser reformulado y ordenado en futuras reformas, separando claramente los supuestos en los que se exija autorización del operador jurídico y en los que no, al tiempo de compartimentar los supuestos insertos en una investigación penal a los que aluden a situaciones civiles o administrativas.

VII. ORDEN DE ALLANAMIENTO

481.- Orden de allanamiento.- *La orden de allanamiento deberá constar por escrito y señalar los motivos que determinan el registro, las diligencias por practicar, la dirección o ubicación concreta del lugar o lugares donde se ejecute el allanamiento y su fecha de expedición. En casos de urgencia, la o el fiscal podrá solicitar la orden verbalmente o por cualquier medio conveniente, dejando constancia de los motivos que determinen el allanamiento. De no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, la o el fiscal indicará los argumentos para que, a pesar de ello, se deberá proceder al operativo. En ninguna circunstancia podrá emitirse órdenes de registro y allanamiento arbitrarios. La o el juzgador podrá autorizar el allanamiento por cualquier medio, dejando constancia de dicho acto.*

SUMARIO: I. Introducción. II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.

I. Introducción

En este precepto se contextualiza la orden de allanamiento, es decir, el escrito que el operador jurídico competente va a emitir con el fin de proceder a la limitación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria del investigado. En el precepto se opta por proceder a su regulación sin numerales, pero separando en párrafos su contenido. En él se analizará su contenido y se ahondará en el respeto a los principios y garantías procesales que el mismo debe cumplir.

La orden de allanamiento constituye la autorización necesaria para que los agentes y las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado procedan a introducirse total o parcialmente en el domicilio del investigado.

Con relación al artículo anterior, se observa cómo esta autorización viene inserta en un proceso penal, concretamente, en la fase de instrucción, puesto que lo que se va a permitir es la consecución de una diligencia de investigación limitativa de derechos fundamentales. En este sentido, la normativa ecuatoriana permite la adopción de esta orden cuando se tenga que entrar en un domicilio con el fin de detener a una persona o proceder a la incautación de pruebas incriminatorias en la constitución de un determinado delito.

A nivel internacional, esta orden tiene referencia en los siguientes textos:

- Declaración Universal de Derechos Humanos: Artículo 12 “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Art. 12:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar:
1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas

El precepto entra en las características que deben poseer esta orden y la casuística adherida en su aplicación. Se cree necesario hacer una referencia a plantear alguna de las notas esenciales que debe conllevar esta orden atendiendo a lo indicado por parte de la doctrina en el Derecho Comparado, en países que llevan décadas con la aplicación de esta medida.

Si se acude al planteamiento de Gimeno Sendra¹, el mismo plantea una serie de notas esenciales referidas a esta orden:

- Se presenta una orden de allanamiento inserta en una diligencia de investigación sometida al principio de exclusividad jurisdiccional y que, por tanto, corresponde a un operador jurídico determinado. En el caso de España se hablaría del juez de instrucción, y en el caso de Ecuador recae en la figura del fiscal, al ser el operador jurídico que dirige la investigación.
- El objeto material de la orden será el lugar cerrado al que se pretende

¹ Vicente Gimeno Sendra et al., *Derecho Procesal Penal*, 2.^a ed. (Madrid: Colex, 1997), 437-438.

entrar y que viene amparado por el derecho a la intimidad y el derecho a la inviolabilidad domiciliaria del investigado.

- La orden debe estar sometida al principio de proporcionalidad. Su adopción ha de revestir, pues, carácter indispensable para obtener el fin perseguido. Habrá de disponerse normalmente mediante resolución motivada y en la forma que menos perjudique al investigado. Igualmente, se cree que aquí también deben regir los principios de idoneidad (adecuación a la investigación), necesidad (insustituibilidad por otra menos grave) y proporcionalidad (gravedad del delito investigado).
- La orden de allanamiento no constituye acto de prueba alguno, ni siquiera de investigación. Se trata de un acto de investigación indirecto, porque, en sí misma considerada, no tiene por objeto la determinación del hecho o la participación de su autor, sino que es un medio necesario para la práctica de una detención o la realización de un registro.

En la legislación ecuatoriana se establece que la orden debe recogerse por escrito y que, además, deberá contener el porqué de la misma. Eso quiere decir que se está ante una orden motivada que deberá sustentarse en motivos determinados para ser concedida. De ahí la relación al cumplimiento de los principios aludidos.

Del mismo modo, debe contener “la dirección o ubicación concreta del lugar o lugares donde se ejecute el allanamiento y su fecha de expedición”. Por tanto, se debe definir claramente y limitar qué vivienda se va a allanar y dentro de la misma, si cuenta con diferentes apartados, delimitar las estancias de la misma si fuera necesario, así como indicar en qué fecha exacta se puede producir. En otras palabras, se debe delimitar objetivamente el espacio y la duración de la diligencia, puesto que no se podrían adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales sin una base espacial y temporal acotada. Esto mismo lo indica el precepto al recoger de forma expresa que “[d]e no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, la o el fiscal indicará los argumentos para que, a pesar de ello, se deberá proceder al operativo. En ninguna circunstancia podrá emitirse órdenes de registro y allanamiento arbitrarios”.

En relación a los casos de urgencia, se observa cómo esta orden puede ser emitida de manera verbal para posteriormente ser ratificada por escrito. Se cree importante y acertada esta inclusión en la normativa, puesto que se ajusta al respeto y a las garantías necesarias para asegurar su validez. Esta orden, además, deberá ser posteriormente autorizada por el juez a través de cualquier medio por el que se pueda dejar constancia. Con base en el derecho comparado español, se puede sostener que esta resolución judicial debiera tener la forma de auto motivado. El mismo debería tener suficiente exhaustividad para recoger los antecedentes de hecho suficiente y aplicar así un mínimo juicio de proporcionalidad. Todo ello, con el fin de lesionar un derecho fundamental que justifique la intromisión domiciliar.

De nuevo, esta resolución es medular de cara a la validez de las pruebas obtenidas a través del allanamiento, pues en caso contrario, se estaría ante la obtención de pruebas ilícitas que tendrían la consideración por el tribunal de prueba prohibida, es decir, no podrían ser tenidas en cuenta por el juez a efectos valorativos. Por este motivo es tan importante establecer los límites de manera concreta, ya que, en muchas ocasiones, una resolución con una motivación abstracta podría generar la ilicitud de la medida. Es por ello que es importante que en el escrito se motive la necesidad y se expongan cuantos indicadores racionales existen que hagan aconsejable la realización de la diligencia.

En este sentido, si se acude al derecho comparado y apoyándose en la jurisprudencia creada y mantenida por el Tribunal Constitucional de España, se puede ver como desde la STC 62/1982, de 15 de octubre² se establecen las pautas concretas que debe revestir esta resolución. Así, establece que la razón que delimite esta entrada debería ser considerada por la parte investigada para no causar indefensión, al indicar en su fundamento jurídico segundo que

[...] toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal, que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado. De otro modo, se infringe el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos (art. 24.1 CE), ya que se afectaría al ejercicio del derecho a un proceso público por una resolución no fundada en Derecho, dificultando con ello gravemente las posibilidades de defensa en la vía ordinaria.

De igual forma, la exigencia de motivación constituye la vía de verificación de que la actuación judicial ha operado como garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental. Por último, hay que indicar que la falta de motivación de la resolución puede llevar a la nulidad de la actuación y acordar la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

En cuanto al contenido en sí, se ha indicado que el precepto analizado indica que la resolución debe contener “la dirección o ubicación concreta del lugar o lugares donde se ejecute el allanamiento y su fecha de expedición”. La jurisprudencia española³ prácticamente indica lo mismo, puesto que señala que debe contener la situación del domicilio, el momento y tiempo para llevar a cabo la entrada y registro, los efectos en cuya busca es encontrado el registro y delito con el que están relacionados, la identidad o las identidades de las personas que resulten titulares u ocupantes del domicilio objeto de la diligencia, de resultar conocidos.

Una vez analizado el precepto, se debe indicar que, a pesar de no contar con una numeración precisa, este precepto tiene un componente garantista elevado. Se cree que, en líneas generales, ante un artículo completo, detallado y que prevé todas

las situaciones necesarias que se puedan plantear, por lo que no necesitaría reformas potenciales en el futuro.

VIII. PROCEDIMIENTO DEL ALLANAMIENTO

482.- Procedimiento del allanamiento.- *El allanamiento deberá realizarse de conformidad con las siguientes reglas: 1. Con la presencia de la o el fiscal acompañado de la Policía Nacional, sin que puedan ingresar personas no autorizadas por la o el fiscal al lugar que deba allanarse. 2. Si presentada la orden de allanamiento, la o el propietario o habitante de la vivienda, lugar de trabajo o local, se resiste a la entrega de la persona o de las cosas o al ingreso o exhibición de lugares u objetos que se encuentren al interior de dichos lugares, el o la fiscal ordenará el quebrantamiento de las puertas o cerraduras. 3. Practicado el allanamiento, la o el fiscal reconocerá en presencia de los concurrentes las dependencias del local allanado, las armas, documentos u objetos concernientes a la infracción. El personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, recogerá los elementos de convicción pertinentes, previo inventario, descripción detallada y embalaje para cadena de custodia. 4. Para allanar una misión diplomática o consular o la residencia de los miembros de las respectivas misiones, la o el juzgador se dirigirá con copia del proceso a la entidad encargada de las políticas de relaciones exteriores, solicitando la práctica de la diligencia. En caso de negativa del agente diplomático o consular, convenciones internacionales vigentes en la República del Ecuador sobre la materia. 5. Para detener a las personas prófugas que se han refugiado en una nave o en una aeronave extranjera que se halle en territorio ecuatoriano, la reclamación de entrega se hará, según las disposiciones del numeral anterior, inclusive en los casos de negativa o silencio del comandante de la nave o aeronave.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas.*

I. Introducción

El precepto regula el procedimiento de allanamiento. En este sentido, se recoge en una disposición judicial, mediante la que se ordena a la autoridad o funcionario de la Policía Judicial, la práctica de esta diligencia, la cual debe realizarse conforme a las previsiones establecidas en esta ley, e exige la observancia de una serie de requisitos que examinaremos a continuación y que harán que la prueba obtenida derivada del allanamiento sea lícita.

Así, esta es una diligencia que tiene una finalidad clara: conseguir una prueba preconstituida, a través de una resolución motivada y que debe respetar unas reglas precisas.

II. Comentarios al artículo: análisis y propuestas

A continuación, de forma extensa y detallada se comentarán los mecanismos

de entrada y registro en el ámbito del proceso penal de instrucción que constituye el allanamiento del domicilio del investigado.

- La presencia de personas en el allanamiento
El precepto establece que deba estar presente el fiscal acompañado de agentes de policía y deja abierto a que haya más personas autorizadas por el fiscal si así fuera conveniente, dejando así este perfil abierto.

El fiscal, como responsable de la instrucción en Ecuador, garantiza así un principio de inmediación total con la diligencia de entrada y registro que se va a practicar. Se entiende que el fiscal podría llegar a delegar la práctica de la diligencia si la misma se encontrara fuera de su jurisdicción y, posteriormente, activar algún mecanismo de cooperación procesal para recabar la prueba obtenida con todas las garantías.

Sería interesante contemplar la posibilidad de añadir algún funcionario público adicional como en el caso de España. En la jurisdicción española se plantea también la presencia del Secretario Judicial o Letrado de la Administración de Justicia¹, como funcionario tendente a dar fe judicial de los hechos cometidos y que, posteriormente, puede declarar en el plenario junto con los agentes policiales que presencien lo ocurrido.

De igual modo, aunque en el punto dos se hace alusión al morador, no hace referencia concreta al propio interesado, ni a su representante o familiar. En otras normativas, como la española, el art. 569 de su Ley de Enjuiciamiento Criminal indica que el registro se hará en presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente. Incluso, si ninguna de estas personas puede estar presente, se podría practicar en presencia de un individuo de su familia mayor de edad; e incluso, si tampoco pudiera, se hará en presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo.

En definitiva, el Código ecuatoriano, en comparación con otras legislaciones, recoge poca presencia, cuando como se observa se podría llegar a ampliarse el espectro de personas que sirvan como testigos a la hora de realizarse la entrada y registro. Incluso, para la normativa española esto es tan importante que hasta cuando el interesado se halla preso o detenido no cabe practicar el registro sin su presencia, la cual ha de ser real y efectiva. En este sentido, si esta persona al estar detenida no se encuentra presente en el registro, la prueba sería nula y, además, la práctica de la misma sería insubsanable², pues afectaría directamente al derecho de defensa como garantía procesal

¹ En el art. 579 LECrim española se indica que “El registro se practicará siempre en presencia del secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias y que, será firmada por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad, el Secretario Judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

² Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo español corrobora este importante punto: STS de 30 de octubre de 1992, de 7 de noviembre de 1994, de 24 de enero de 1997 o de 4 de marzo de 1999, entre otras.

constitucional³. Como excepción a este punto la presencia del interesado no será precisa si la instrucción se ha declarado secreta o si el titular se encuentra en ignorado paradero, pudiendo ser suplida tal ausencia por un familiar o dos testigos.

– Consecuencias de la resistencia

El Código parte de que la autorización dada debe ser ejecutada y, por tanto, ya no habla de pedir el consentimiento del investigado, sino directamente de las consecuencias de la resistencia de dicha persona a entrar en su domicilio para proceder a la entrada y registro.

En este sentido, la legislación ecuatoriana plantea que si ocurre esto el fiscal ordene el quebrantamiento de las puertas o cerraduras, o, dicho de otra manera, que se entre a la fuerza y de manera coactiva. Hablamos así de una decisión de naturaleza ejecutiva que no aclara si se va a exigir que la persona que se ha negado al registro esté presente. Se cree que sería necesario ahondar en esta cuestión para obtener una legislación más garantista que proteja el principio de contradicción y el derecho de defensa del investigado.

– Inspección ocular

La inspección ocular consiste en el reconocimiento que hace la persona encargada de la instrucción y la práctica de la entrada y registro, en este caso, el fiscal, de manera directa y personal, del lugar o de los objetos relacionados con el hecho punible. Se parte así de una especie de reconocimiento. Así lo indica el precepto expresamente al indicar que “[p]racticado el allanamiento, la o el fiscal reconocerá en presencia de los concurrentes las dependencias del local allanado, las armas, documentos u objetos concernientes a la infracción”. De esta forma, se explica la realización de un medio de prueba en la que el operador jurídico va a tomar contacto con la fuente de prueba en un sitio distinto de la sede judicial, el cual se acuerda por razones subjetivas o por razones materiales y que dará lugar a una anticipación de prueba. El objeto es el buen fin del proceso y la preservación de las fuentes de prueba y puede consistir en un reconocimiento tanto de personas como de objetos.

De igual modo, el precepto añade que “[e]l personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, recogerá los elementos de convicción pertinentes, previo inventario, descripción detallada y embalaje para cadena de custodia”. Se considera muy acertada esta alusión en el precepto, pues emana garantismo al ciudadano. Se garantiza en todo momento la custodia del material probatorio, a través el aseguramiento de la prueba, lo que garantiza una correcta cadena de custodia.

En este sentido, se cree que la normativa presenta una laguna, puesto que no alude en ningún momento al aseguramiento de pruebas electrónicas encontradas en el registro. Así, debería existir una garantía de “cristalización”

³ España Tribunal Supremo, *Sentencia 1873/2001*, 9 de octubre de 2001.

de datos electrónicos que se recaben tras el allanamiento mediante medidas de aseguramiento. Esto es así puesto que existe la posibilidad de que las pruebas electrónicas, por su propia naturaleza volátil, puedan sufrir alteraciones o destrucciones que imposibiliten un resultado valorativo óptimo. En definitiva, se estaría hablando de aplicar una técnica de aseguramiento informático de prueba que podría ser incorporado en la legislación ecuatoriana en reformas futuras. Al respecto, se debe remarcar que el aseguramiento de la prueba no está destinado a asegurar la efectividad de la sentencia, sino a asegurar la práctica de los medios de prueba mediante el aseguramiento de la fuente en el momento de proposición y aportación, que eso sí, suele ser en un momento anticipado⁴. De ahí que no se hable de control jurisdiccional de la medida. En definitiva, la clave es definir mecanismos que garanticen que el procedimiento probatorio se entienda como un engranaje en el que cada etapa esté enlazada con la anterior sin que exista una mínima falla⁵.

– Misión diplomática o consular

Por razones de aplicación del principio de territorialidad, esta es una cuestión que pertenecería al propio Estado de Ecuador si se encontrara propiamente en un edificio de la embajada o consulado del país. El artículo acertadamente acota su cometido a “allanar una misión diplomática o consular o la residencia de los miembros de las respectivas misiones”; lo que implica una cooperación procesal internacional por la que el juez deberá contactar con la autoridad responsable de las políticas exteriores para poder practicar la diligencia como deferencia, pues en caso de negativa o de no colaboración se atendería a los Convenios y Tratados Internacionales sobre la materia que tenga suscritos la República del Ecuador.

– Prófugos en nave o aeronave extranjera

Ubicado en el terreno del Derecho Internacional y vinculado a las persecuciones en caliente que usen una nave o aeronave de otro Estado para ser refugiados. De nuevo, el principio de territorialidad de cada Estado va más allá de la propia extensión geográfica terrestre y marítima. También se consideran territorio a las naves o aeronaves según su bandera, con independencia del territorio donde se encontrasen. En este sentido, se activará el mismo protocolo visto en la situación anterior a través de mecanismos de cooperación procesal internacional y, en caso de no ser fructíferos, a lo dispuesto en los Tratados y Convenios internacionales.

⁴ Beatriz Gil Vallejo, *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal* (Barcelona, Bosch: 2011), 27-34.

⁵ En un sentido similar, pero utilizando la palabra “eslabones” se manifiesta María Carmen Figueroa Navarro, “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”, en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º. 84 (2011): 7.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez de Neyra Kappler, Susana. “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal”. En *RIEDPA*, n.º 2 mayo (2011).
- Arias Eibe, Manuel José. “La inviolabilidad del domicilio: dimensión constitucional y protección penal”. *Diario La Ley*, n.º 5327 y 5328 (2001).
- Bachmaier Winter, Lorena. “Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015”. *Boletín Ministerio de Justicia*, n.º 2195 (2017).
- Bañuls Gómez, Francisco. “Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente”. *Portal Web Noticiasjurídicas.com*, febrero 2007, <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4247-las-intervenciones-telefonicas-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-mas-reciente/>.
- Barreiro, Jorge. *El allanamiento de morada*. Madrid: Tecnos, 1987.
- Bueno de Mata, Federico. *Prueba electrónica y proceso 2.0*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- Capelletti, Mauro. “Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte”. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ejea, 1972.
- Del Pozo Pérez, Marta. *Diligencias de investigación y cadena de custodia*. Madrid: Sepín, 2014.
- El Universo. “Policía activará controles y retendrá vehículos y motos sin placas en Guayaquil”. *Diario Digital El Universo*, 19 de febrero de 2020. <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/02/19/nota/7746909/carros-motos-placas-seran-registrados-policia>.
- España. Jefatura del Estado. Ley 19/2006. Boletín Oficial del Estado 134, 6 de junio de 2006, BOE-A-2006-9960.
- España. Tribunal Constitucional. *Sentencia 22/1984*, de 17 de febrero. Boletín Oficial del Estado 59, 9 de marzo de 1984.
- España. Tribunal Supremo. *Sentencia 1873/2001*, 9 de octubre de 2001.
- _____. *Sentencia 9/2005*, de 10 de enero. Boletín Oficial del Estado 41, 17 de febrero de 2005.
- Figueroa Navarro, María Carmen. “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”. *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 84 (2011).
- Gil Vallejo, Beatriz. *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal*. Barcelona: Bosch, 2011.
- Gimeno Sendra, Vicente, Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed. Madrid: Colex, 1997.
- Guzmán Fluja, Vicente. “La anticipación y aseguramiento de la prueba pena”. En

Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

López Barajas-Perea, Inmaculada. *La intervención de las comunicaciones electrónicas.* Madrid: Dykinson, 2011.

Pereira Puigvert, Silvia. “Sistema de hash y aseguramiento de la prueba informática. Especial referencia a las medidas de aseguramiento adoptadas inaudita parte”. En *FODERTICS II: Hacia una justicia 2.0. Estudios Sobre Derechos y Nuevas Tecnologías.* Salamanca: Ratio Legis, 2014.

Rodríguez Álvarez, Ana. “Diligencia de registro de dispositivos y smartphones”. En *FODERTICS 5.0: Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia.* Granada: Comares, 2016).

Rodríguez Laínz, José Luis. “¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?”. *Diario La Ley*, n.º 8729 (2016).

Sánchez Rubio, Ana. “Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del hash como requisito para la fiabilidad probatoria”. En *FODERTICS 7.0: Estudios sobre derecho digital.* Granada: Comares: 2019.

Suárez Montes, Rodrigo Fabio. “El delito de allanamiento de morada”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (1968)

CAPÍTULO IV

TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN: PRIMERA PARTE

Agustín-J. Pérez-Cruz Martín, Ph.D.¹

*Catedrático de Universidad de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo. España*

¹ Licenciado en Derecho, Universidad de Salamanca (1983) - Premio extraordinario fin de carrera; Doctor en Derecho, Universidad de Oviedo (1989); Catedrático de Universidad de Derecho Procesal. Universidade da Coruña (1997-2016) y Oviedo (2016-actualidad); Árbitro Internacional de la Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil (2015- actualidad); Profesor Visitante en las Universidades de: Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Perú, Católica Universidad de Guayaquil y Técnica de Machala.

I. OPERACIONES ENCUBIERTAS

Artículo 483. Operaciones encubiertas.- *En el curso de las investigaciones de manera excepcional, bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía, se podrá planificar y ejecutar con el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, una operación encubierta y autorizar a sus agentes para involucrarse o introducirse en organizaciones o agrupaciones delictuales, ocultando su identidad oficial, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir y recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación.*

El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal o civil por aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, caso contrario será sancionado de conformidad con las normas jurídicas pertinentes.

SUMARIO: I. El agente encubierto y la lucha eficaz y efectiva contra la criminalidad organizada. II.- Concepto. III.- Operaciones encubiertas. IV. Regla de excepcionalidad. V. Ejecución de las operaciones encubiertas. VI. Forma de ejecución de las operaciones encubiertas. VII. Exención de responsabilidad civil y penal. VII.1. Exención de responsabilidad penal: A/. Naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad penal. B/. Requisitos. VII.2. Responsabilidad civil. VII.3. ¿Responsabilidad disciplinaria?

[...] uno de los rasgos característicos de nuestra sociedad: una forma de vigilancia que se ejerce sobre los individuos de manera individual y continua, como control de castigo y recompensa y como corrección, es decir, como método de formación y transformación de los individuos en función de ciertas normas. Estos tres aspectos del panoptismo –vigilancia, control y corrección– constituyen una dimensión fundamental y característica de las relaciones de poder que existen en nuestra sociedad.²

I.- El agente encubierto y la lucha eficaz y efectiva contra la criminalidad organizada.

La expansión de la criminalidad organizada (cuya noción es evanescente e

² Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas* (Buenos Aires: Gedisa, 1983), 117.

incierto en grado sumo)³ ⁴, violenta y transnacional, debidamente potenciada con grandes recursos económicos, ha obligado a los Estados contemporáneos a trasladar algunos modelos que han sido puestos en práctica en el sistema anglosajón⁵ y que

³ Vid.: Laura Zúñiga afirma: “hay muy pocos acuerdos acerca de qué es la criminalidad organizada” Laura Zúñiga, “Criminalidad organizada. Derecho Penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, en AA.VV *El Desafío de la criminalidad organizada*, –Sanz, Nieves, Coord- (Granada: Comares, 2006), 32. Mientras que Juan Oberto Sotomayor sostiene que “de criminalidad organizada se habla para referirse a un sin número de delitos de muy diversas características y en algunos casos con muy poca relación entre sí” Juan Oberto Sotomayor, “Criminalidad organizada y criminalidad económica. Los riesgos de un modelo diferenciado de Derecho Penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 12 (2010): 238. Mientras que Juan Antonio García entiende que: “Entre la que en sentido muy amplio podemos llamar delincuencia organizada podemos resaltar dos tipos principales, el de aquellas organizaciones que con su acción combaten la legitimidad del Estado y pretenden imponer un modelo de Estado distinto con una base de legitimidad diferente, y el de las que no ponen en tela de juicio el orden estatal en sí, sino que, presuponiéndolo, intentan manipularlo o vulnerarlo para sus fines propios generalmente de carácter económico.” Juan Antonio García, Criminalidad organizada, Estado y legitimidad, en *Crimen y criminalidad organizada, Una mirada multidisciplinar* –Moreira Nakousi y Daniel Soto, Eds. (Santiago de Chile: cuatro Propio, 2012), 264.

⁴ Afirma Joaquín Delgado, como razones que avalan el carácter extremadamente dañino de la criminalidad organizada para la sociedad, las siguientes: 1º.- Frente a la infracción penal cometida por una persona aislada, la utilización de mayores medios materiales y personales en el seno de una organización creada para la comisión de delitos supone necesariamente una mayor facilidad para delinquir. La idea clave para entender a la delincuencia organizada es la sofisticación; 2º.- Ese tipo de organizaciones utilizan todos los medios a su disposición para hacer desaparecer las huellas del delito y, por tanto, dificultan de forma extrema la investigación y la posterior prueba en juicio oral (cultura de la supresión de la prueba); 3º.- Una organización criminal necesita tener el férreo control del mercado ilícito del que obtiene sus beneficios, por lo que suele mostrarse inflexible a la hora de cometer los delitos necesarios a tal fin, lo que conduce tanto a la comisión de un mayor número de infracciones penales, como a la frecuente utilización de medios muy violentos (violencia); 4º.- Este tipo de criminalidad despliega frecuentemente sus efectos en medios políticos, judiciales y económicos a través de la corrupción de las personas que ocupan puestos de responsabilidad, tanto en entidades públicas como privadas. El gran poder económico de muchas de estas organizaciones acaba por tentar a los individuos que toman decisiones que puedan entorpecer o favorecer su actividad; 5º.- La actividad de la delincuencia organizada se extiende a muchos ámbitos de la actividad económica, de tal forma que puede estar presente allí donde la demanda reclama a la oferta con dinero, aunque aparece sobre todo en la producción y distribución de estupefacientes; la adquisición de material humano para prestación de servicios ilegales o socialmente desacreditados (como la trata de blancas para la obtención de prostitutas); el tráfico de niños y de trabajadores clandestinos; el comercio ilegal de armas y de desechos peligrosos; extorsión para la entrega de cantidades bajo promesa de protección; el terrorismo; así como en el comercio con el producto de la actividad criminal, especialmente con vehículos robados. La progresiva extensión a distintos sectores de la actividad económica ha determinado un aumento de las infracciones penales y, por tanto, del número de procesos penales; 6º.- Favorecidos por el proceso de liberalización del comercio a nivel mundial, así como el explosivo desarrollo de las comunicaciones, especialmente en el ámbito de la Unión Europea, muchos grupos de criminalidad organizada suelen extender su actividad a varios Estados, incrementándose de forma notable las dificultades para su persecución y control (transnacionalización) Joaquín Delgado, “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto.”, en AA.VV. “*Problemas actuales de la justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas*” -coord. por Joan Picó (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2001), 95.

⁵ Isabel Oneto afirma que “el recurso al agente infiltrado, sea en el ámbito de acciones de prevención criminal, sea de represión criminal, es una práctica corriente en la mayoría de los países, pero es en los Estados Unidos que esta figura atinge mayor dimensión como técnica de investigación” Isabel Oneto, *Agente infiltrado. Contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas* (Coimbra: Coimbra editora, 2005), 799.

han tenido éxito en la oportuna detección de los focos criminógenos y de las redes delictivas que operan a gran escala mundial⁶.

Luego, como forma de lograrse éxito contra las más destacadas formas de actividades delictivas, cada vez más complejas y sofisticadas, en particular contra la delincuencia transfronteriza, solo se podrá alcanzar este objetivo mediante el uso de técnicas modernas de investigación igualmente complejas.

Debe precisarse que los “nuevos” medios de investigación⁷, por lo extraños que resultan al sistema y por la contaminación que puedan recibir, deben ser aceptados con mucho cuidado y cautela, previa verificación y práctica bajo la vigilancia, control y autorización del funcionario de investigación⁸.

Se coincide con Cardoso⁹ en que es necesario afirmar que las operaciones bajo cobertura o técnicas de investigación encubiertas son algunas de las armas más eficaces que los órganos encargados de aplicar la ley tienen para atacar la delincuencia organizada y los problemas de corrupción pública y privada. Ahora bien, tendrán que ser utilizadas siempre de conformidad con las reglas y principios establecidos en los ordenamientos jurídicos, de modo que no provoquen, de modo injustificado, vulneración de derechos y garantías constitucionales.

En esencia, como resulta inviable afrontar la represión del crimen organizado mediante el recurso a las vías legales arbitradas para la delincuencia tradicional, ha tenido lugar, afirma Cardoso

[...] una especialización de la normativa procesal penal contra la delincuencia asociativa. Dicho en otras palabras, se ha llegado a la conclusión de que la lucha estaría quedando desigual en términos de combate al crimen organizado, especialmente en razón de que en la gran mayoría de las veces, se intenta luchar contra un oponente imaginario, por veces desconocido respecto a su estructura y logística, y además, de lo cual no se tiene un completo conocimiento con relación a los aspectos internos de su *modus operandi*¹⁰.

Sostiene Shaw que

[I]as organizaciones criminales no dudarán en expandirse si el rendimiento es alto y los riesgos son mínimos, y ningún país tiene inmunidad contra el alcance de ellas. Es por esto, que el ordenamiento jurídico de cada país debería, tomando siempre en cuenta la protección de los derechos individuales, actuar

⁶ Flavio Cardoso, “Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos” (tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2012), 185.

⁷ Sostiene Zaffaroni que la aplicación del agente encubierto se remonta al s. XV, afirmando que: “El surgimiento de esta figura está en la inquisición, y precisa que el agente encubierto se emplea para aumentar la eficacia policial e intenta legitimar la coacción de las instituciones del Estado destinadas a investigar” Eugenio Raúl Zaffaroni, “Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana”, *Revista de Derecho Penal*, n. ° 6 (1998): 459.

⁸ Flavio Cardoso, *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal* - Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, de 5 de octubre (Madrid: Editorial Juruá Internacional, 2015), 101.

⁹ Flavio Cardoso, *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*, 186.

¹⁰ Flavio Cardoso, *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*, 186.

para autorizar el uso de operaciones encubiertas y vigilancia electrónica, así como otras medidas necesarias, con el fin de mantener un estado de eficiencia contra el crimen organizado¹¹.

Resulta oportuno reproducir una de las importantes conclusiones de la Reunión del Grupo de Expertos para el control de Lavado de Activos de la Organización de los Estados Americanos (OEA):

[...] los métodos usados por las organizaciones criminales en sus actividades ilícitas, sea narcotráfico, crimen organizado o lavado de dinero, se han convertido en más sofisticadas y son en la mayoría de los casos, extremadamente difíciles de detectar, lo que hace necesario el uso de las técnicas especiales de investigación para la obtención de medios probatorios que lleven a una efectiva.¹²

No puede obviarse, en línea como lo apuntado por Ramírez Jaramillo que:

La criminalidad organizada se presenta en el seno de la sociedad postindustrial, caracterizada por la experimentación científica que ha creado nuevos desarrollos tecnológicos y, con ello, nuevos riesgos para la humanidad. En este panorama, la aversión y temor al riesgo se va incrementando en la sociedad, lo cual es aprovechado por los gobiernos de turno para difundir la idea de un gran peligro enfocado en un enemigo común al que hay que acabar a como dé lugar, a través de la utilización de medidas extremas, sin preocuparnos mucho por los límites y controles, pues se piensa que entorpecerían su eficiencia.¹³

Es una realidad que casi todos los países del mundo disponen de agentes infiltrados, aunque en algunos ordenamientos esta figura no esté positivada y en este último caso, se producen hipótesis de actuaciones ilícitas, vulneradoras de garantías y derechos constitucionales, creando un ambiente para el desarrollo de ideas basadas en un derecho procesal penal del enemigo¹⁴.

No puede obviarse, igualmente, que el recurso al agente encubierto, en la lucha contra la delincuencia organizada se proyecta como un medio que contribuiría positivamente en la obtención de la verdad. Como afirma la CIDH, el objetivo

¹¹ James Shaw, “Derecho Internacional Sobre el uso de operaciones encubiertas y vigilancia electrónica en la lucha contra la delincuencia transnacional organizada”, en *Uso de agentes encubiertos y vigilancia electrónica en la lucha contra el crimen organizado y la corrupción* (Lima: Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito-OPCION, 2005), 23.

¹² Como información complementaria dirigirse a este enlace: http://www.oas.org/es/centro_informacion/informe_anual.asp.

¹³ Andrés David Ramírez, *El agente encubierto frente a los derechos constitucionales a la intimidad y a la no incriminación* (Colombia: Universidad de Antioquia, 2010), 12.

¹⁴ Andrés David Ramírez, *El agente encubierto frente a los derechos constitucionales a la intimidad y a la no incriminación*, 12.

fundamental del proceso penal es la “averiguación de la verdad”¹⁵.

Con ser ello cierto, no lo es menos que es principio incontrovertible, y por ello universalmente aceptado, el que postula que no es lícito luchar contra el crimen a cualquier precio.

Esta verdad, proclamada por primera vez en la historia jurídica por el Tribunal Federal Alemán, en su Sentencia de 14 de junio de 1960¹⁶, derrumbó la doctrina Natham-Cardozo, plasmada en la Sentencia del *caso el Pueblo vs. Defore*, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, según la cual era lícito averiguar la verdad en contra del cauce legal, sancionando al propio tiempo la actuación policial ilícita, es decir, cuando se acredita la existencia y autoría de un delito mediante una prueba ilegítimamente obtenida, deben castigarse los dos ilícitos: tanto el crimen descubierto como la ilegal obtención de la prueba que condujo a su descubrimiento. Así, en 1926, al resolver el caso DEFOE, se escandalizaba ante la posibilidad de que la integridad, a ultranza, de la inviolabilidad del domicilio, pudiera conducir a la absolución de quien se sabe culpable.

Destaca Taruffo el valor verdad en el proceso: “ese valor –la verdad– existe y [...] es relevante [...] la administración de justicia constituye un sector importantísimo de la vida social y de la actividad del Estado, de modo que en ella debieran reencontrarse los mismos valores de verdad que representan [...] los criterios constitutivos del correcto funcionamiento del sistema sociopolítico”¹⁷. El mismo autor advierte “a menudo el valor de la verdad en el contexto de la administración de justicia es negado por razones ideológicas, relativas a la forma en que se concibe la naturaleza y la función del proceso”¹⁸.

Así mismo, la ambigüedad que muchas veces tiene caracterizado a sus funciones, y mismo su definición, permite en ocasiones que, bajo referencia a agentes encubiertos, o mismo de provocadores, se clasifiquen también de operaciones de espionaje de carácter absolutamente político. E, incluso, más grave, que bajo el pretexto de una operación encubierta se objective alcanzar aspectos políticos. Sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, debe rechazarse la posibilidad de que agentes de inteligencia estatal figuraren como infiltrados en una operación encubierta contra un determinado grupo de delincuentes organizados.

Finalmente, debe dejarse constancia de que la figura del agente encubierto suscita serias dudas, pues

El empleo de una herramienta de indagación con vestigios inquisitivos, tal como es el recurso de los agentes encubiertos, encuentra su sustento en

¹⁵ Corte IDH, “Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, 4 de julio de 2007, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf.

¹⁶ Vid.: Jürgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* -Anzola Gil, M. y Maus Ratz, E., tradas-. (México: Fundación Konrad Adenauer, A.C., 2009), 112-115.

¹⁷ Michele Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. Daniela Accatino Scagliotti (Madrid: Marcial Pons, 2010), 114-115.

¹⁸ Michele Taruffo, *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana* (Padova: CEDAM, 1979), 125.

discursos demagógicos fundados en el temor social al crimen organizado. Esos discursos legitiman y presentan como necesario un Estado que despoje de sus derechos a los ciudadanos, de modo tal que todos, hombres y mujeres, pasen a ser sospechosos, sujetos a vigilancia estatal.¹⁹

En este mismo sentido recuerda Guzmán que:

Hay que reconocer abiertamente que estos nuevos medios de investigación son, a su vez, por definición más agresivos con las garantías procesales que los “tradicionales”. En el caso de la infiltración policial una de las cuestiones claves es la que deriva del hecho de que se sustenta sobre la base del “engaño” a la persona investigada (a los integrantes de la organización criminal investigada), y que su utilización arriesga y compromete muy de cerca, y de forma simultánea a veces, derechos fundamentales como la intimidad la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones.²⁰

II.- Concepto

El Diccionario de la Real Academia Española, define el acto de infiltrarse como “penetrar subrepticamente en territorio ocupado por fuerzas enemigas a través de las posiciones de éstas” o “introducirse en un partido, corporación, medio social, etc., con propósito de espionaje, propaganda o sabotaje” (4º y 5º acepciones)²¹.

Esta definición muy general no esclarece integralmente lo que se debe entender por la figura del “agente infiltrado o encubierto” o mismo por el procedimiento de investigación denominado “infiltración”, necesitando entonces de una inmersión en el ámbito del derecho comparado.

Una definición más concisa, tomando en consideración la ofrecida en el Diccionario Panhispánico podría ser la que señala que el agente encubierto es el funcionario del sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses autorizado por Juez/Fiscal para dirigir investigaciones penales, introduciéndose en una organización o agrupación delictual²².

Agente encubierto sería entonces el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la ley y bajo el control del juez o Ministerio Fiscal, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y *modus operandi*, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos. En este mismo sentido, afirma Cafferata que: “[...]”

¹⁹ Flavia Lamarre, “Agentes encubiertos y criminalidad organizada: derecho y demagogia”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 88 (2010): 175.

²⁰ Vicente G. Guzmán, “Prólogo” a la obra *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 19.

²¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., (versión 23.4 en línea), <https://dle.rae.es/infiltrar>, (consultado el día 4 de marzo de 2021).

²² *Vid.*: Real Academia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* (en línea), <https://dpej.rae.es/lema/agente-encubierto>, (consultado el día 2 de marzo de 2021).

agente encubierto solo será el funcionario policial que fingiendo no serlo investiga y se infiltra en una organización criminal cuando otras técnicas hayan fallado o sea previsible su fracaso”²³.

El Tribunal Supremo ha consolidado que el infiltrado “es el agente de la autoridad que conoce o tiene noticias de la existencia de una actividad delictiva y se infiltra entre quienes la llevan a cabo en busca de información y pruebas que permitan impedir o sancionar el delito”²⁴. También el Tribunal Supremo ha afirmado la infiltración de un agente encubierto policial como un procedimiento de investigación que se realiza de incógnito, sin revelar la identidad ni condición de policías con el fin de, una vez introducido en el ambiente criminal, poder conocer los planes y así abortarlos, y también para poder descubrir a los autores del hecho y procurar su detención²⁵.

El Tribunal Supremo afirma que:

El término undercover o agente encubierto, se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con finalidad de reprimir o prevenir el delito. Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la ley y bajo el control del juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos²⁶.

El agente encubierto consiste en una técnica de investigación basada en una simulación, autorizada legalmente, en la que un agente del sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses es introducido en el seno de una organización o agrupación delictual con el objeto de que sus integrantes le confundan con uno de ellos, permitiendo así el conocimiento de hechos e identidades relevantes para el descubrimiento del delito y sus responsables. Su utilización se limita, por tanto, a las actividades delictivas atribuidas a organizaciones o agrupaciones delictuales.

El agente encubierto puede actuar con la colaboración de confidentes policiales,

²³ José Ignacio Cafferata Nores y Maximiliano Hairabedián, *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba* (Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011), 74.

²⁴ Cfr.: España Tribunal Supremo – Sala Segunda de lo Penal, *Sentencia 104/2011*, 1 de marzo de 2007, STS 1316/2011.

²⁵ Cfr.: España Tribunal Supremo – Sala Segunda de lo Penal, *Sentencia 319/1998*, 9 de marzo de 1998, STS 1575/1998.

²⁶ Cfr.: España Tribunal Supremo – Sala Segunda de lo Penal, *Sentencia 1140/2010*, 29 de diciembre de 2010, STS 7184/2010.

si bien ambas figuras están netamente diferenciadas²⁷. En este sentido, el Tribunal Supremo sostiene que:

Los acusados, antes de contactar con otras personas, entre las que se encontraba un confidente de la Guardia Civil y, posteriormente, un agente infiltrado, ya habían adoptado la determinación de efectuar el tráfico de una importante cantidad de hachís [...]. La actividad de aquéllos, cualquiera que fuere, no hizo nacer la idea criminal en los recurrentes²⁸.

Entre los tratados internacionales, cabe apelar a la definición de agente encubierto ofrecida por el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), que tiene como finalidad complementar el firmado en el marco del Convenio de Europa en 1959, como

[...] el instrumento al servicio de una técnica de investigación, la infiltración, que, a su vez, es la acción de aquel que, para obtener una información que no es de acceso general y que es necesaria para un propósito concreto, oculta tanto su identidad real como sus intenciones y ya sea de forma directa o través de un tercero, entra en contacto con las personas aparentemente susceptibles de administrársela, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el transcurso del tiempo le permita obtener la información deseada²⁹.

III.- Operaciones encubiertas

Las técnicas de regulación de las operaciones encubiertas, que se pueden observar en el Derecho comparado, son:

- Regulación, manera expresa y directa, por la ley procesal penal, determinándose los casos en que procede, así como los requisitos y controles a los que queda sujeta (España, Ecuador, Dinamarca y Alemania)

²⁷ Vid.: Álvaro Redondo, “El agente encubierto en la jurisprudencia y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos”, *La Ley Penal*, n.º 45 (2008): 5-6.

²⁸ Cfr.: España Tribunal Supremo – Sala Segunda de lo Penal, *Sentencia 319/1998*, 9 de marzo de 1998, STS 1575/1998.

²⁹ Vid.: Adán Carrizo afirma: “Ambas Convenciones, tanto la de Palermo como la de Mérida, insisten en la penalización de la corrupción entendiendo como tal la promesa, el ofrecimiento o la concesión hecha a un funcionario público (o la solicitud o aceptación por parte del mismo) directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales. En este sentido se insta a los diferentes Estados a que adopten, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de los funcionarios públicos.” Adán Carrizo, “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”, *Revista Brasileña de Direito Processual Penal* 3, n.º 2 (2017): 513.

- Ausencia de regulación, pero se admite de manera implícita en la forma de:
 - normas en las que se consagran técnicas de investigación para las que se exige la participación de agentes infiltrados -las entregas controladas de drogas-, o
 - normas que exoneran de responsabilidad penal a los agentes policiales por la realización de determinadas actividades delictivas durante la investigación de ciertos delitos, de las que se puede deducir que las han desarrollado de manera encubierta (Italia, Francia y Portugal);
- Ausencia de regulación ni de manera directa ni implícita, si bien han sido admitidas y perfiladas por la jurisprudencia (Inglaterra, Bélgica y Países Bajos)³⁰.

IV. Regla de excepcionalidad.

El COIP prescribe, en su artículo 483, la regla de la excepcional en la planificación de la operación encubierta, ejecutándose en el curso de las investigaciones bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía (dirección que se reitera en el numeral 1 del artículo 494).

La regla de excepcionalidad está interrelacionada con el principio de proporcionalidad. La proporcionalidad de la medida, que implica que quede reservada a los delitos de mayor entidad o gravedad³¹, para cuya determinación se atenderá, no solo a la gravedad de la pena, sino también a su trascendencia y repercusión social³². La proporcionalidad supone la aptitud de la medida a los fines de la investigación³³, así como que el sacrificio del derecho reporta más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre³⁴. Y en todo caso, exige la adopción de la medida únicamente en periodos de tiempo razonables³⁵.

Por ello, debe formularse una severa crítica al hecho de que el COIP no enumere un listado de delitos en cuya investigación se puede autorizar la operación encubierta. La mera referencia de que la operación encubierta pueda autorizarse para involucrarse o introducirse en organizaciones o agrupaciones delictuales resulta manifiestamente

³⁰ Cfr.: Beatriz Garéa, “Técnicas de investigación de la delincuencia organizada”, *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas* U. V., n.º 20 (2009): 41.

³¹ Europa, Tribunal europeo de Derechos Humanos “Sentencia”, de 19 de abril de 2001, caso Peers contra Grecia; de 24 de julio de 2001, caso Valainas contra Lituania; 11 de diciembre de 2003, caso Basani contra Italia, y 24 de febrero de 2005, caso Jaskaukas contra Lituania.

³² España Tribunal Supremo – Sala Segunda de lo Penal, *Sentencia 740/2012*, 10 de octubre de 2012, STS 6147/2012; también, España Tribunal Constitucional, *Sentencia 104/2006*, Boletín Oficial del Estado 110, 9 de mayo de 2006, ECLI:ES:TC:2006:104.

³³ España Tribunal Supremo – Sala Segunda de lo Penal, *Sentencia 41/2010*, 26 de enero de 2010.

³⁴ España Tribunal Constitucional, *Sentencia 70/2002*, Boletín Oficial del Estado 99, 25 de abril de 2002, Roj.: Roj.: STS 386/2002; y, España Tribunal Constitucional, *Sentencia 56/2003*, Boletín Oficial del Estado 91, 16 de abril de 2003, Roj.: STS 427/2003.

³⁵ España, Tribunal Supremo “Auto” de 18 de junio de 1992 -Roj.: ATS 3773/1992.

una formulación muy abierta y contraria al principio de excepcionalidad al que se ha hecho referencia. La subsidiariedad o excepcionalidad como principio rector de las actuaciones encubiertas consiste en la defensa de que el método de infiltración policial sea utilizado siempre que sean agotadas previamente todas las posibilidades de utilización de técnicas y métodos de investigación menos invasivos y restrictivos de derechos y garantías.

Dicho en otras palabras, el órgano de persecución penal no deberá utilizar la técnica de infiltración de un agente encubierto en un entramado organizado de delincuentes como *prima ratio*; muy al contrario, siempre como última posibilidad, o sea, en carácter de *ultima ratio*.

Esta medida procesal de utilización de agentes encubiertos sólo se adoptará cuando no exista otro medio de investigación del delito menos gravoso. La intervención del infiltrado habrá que se relacionar directamente con la proporcionalidad del hecho, de tal suerte que solo se autorizará en aquellos casos en que las informaciones y pruebas únicamente puedan obtenerse por esta técnica. En definitiva, la excepcionalidad significa que las finalidades de la investigación no puedan lograrse de otro modo.

Así es que a esta figura debe recurrirse solo de forma excepcional, es decir, deberá ser buscada la alternativa menos gravosa.

La autorización de la o el fiscal del agente encubierto se otorgará *teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación*. La infiltración del agente ocultando su condición de policía, e incluso adoptando una identidad supuesta, debe resultar estrictamente necesaria para la finalidad de la investigación, esto es, solamente podrá acordarse cuando el mismo fin no pueda lograrse por otro medio menos gravoso para el afectado.

Parece clara la necesidad de aceptación de la técnica de investigación policial a través de agentes encubiertos, la cual dependerá para obtención de éxito en su funcionamiento de una regulación específica y detallada sobre los presupuestos, amén de límites que deberán ser observados. También resulta imprescindible que el Estado ponga a disposición de los cuerpos policiales de una adecuada estructura logística, con objetivo de enfrentarse de forma eficaz contra los actos graves practicados por organizaciones o agrupaciones delictuales³⁶.

Téngase presente que la obediencia a los postulados garantistas de protección a los derechos constitucionales de las personas sometidas a la *persecutio criminis* servirá como forma de justificar frente al Estado constitucional de derechos y justicia, la limitación excepcional y necesaria de algunas de las garantías violadas cuando de la puesta en acción de una operación a través de agentes infiltrados.

Por esta razón, se puede admitir que, como toda medida susceptible de restringir un derecho constitucional, deberá tener un carácter excepcional y solo se adoptará cuando no exista otro medio de investigación del delito menos gravoso para los procesados, lo que normalmente se traduce en que el mismo sea la última *ratio*³⁷. La

³⁶ Vid.: Flavio Cardoso, "Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos", 188.

³⁷ Vid.: Flavio Cardoso, "Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos", 294-295.

autorización de la o el fiscal responderá al principio de necesidad para la investigación, lo que implica que la medida adoptada para la investigación de determinados hechos delictivos sea la menos gravosa para los derechos de las personas investigadas³⁸.

El principio de necesidad se relaciona íntimamente con la prohibición de excesos, orientándose a la optimización del grado de eficacia de los derechos constitucionales frente a las limitaciones que pueda imponer el poder público, así como con el principio de intervención mínima que supone utilizar siempre el medio menos gravoso siempre que se consiga el mismo fin. Lo señalado obligará a la o el fiscal no solo a comparar el grado de eficacia de los diferentes medios de investigación ante determinadas manifestaciones de criminalidad, sino también atender a las circunstancias del caso concreto, fundamentalmente en los casos en que se trate de adoptar la infiltración policial, pues su utilización debe quedar circunscrita a la existencia de una organización o agrupación delictual.

La regla de excepcionalidad, contemplada en el artículo 483 COIP, implica que:

- Exclusivamente puede recurrirse al agente encubierto cuando existe una organización o agrupación delictual compuesta por un mínimo de personas³⁹ y que de manera firme y permanente se planteen en cometer uno o más delitos.
- La planificación de la operación encubierto tiene su razón de ser en que no todos los entramados son susceptibles de investigación por el agente encubierto sino solo cuando las demás diligencias de investigación resulten insuficientes, inadecuados e ineficaces frente a las organizaciones o agrupaciones delictuales que supongan un riesgo cuantitativo y cualitativa para la paz social y la integridad de la ciudadanía.

V. Ejecución de las operaciones encubiertas

Las operaciones encubiertas se llevarán a cabo por el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses⁴⁰.

³⁸ Cfr.: Vicente C. Guzmán, “El agente encubierto y las garantías del proceso penal”, en AA.VV. *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal* (Madrid: Thomson, Centro de Estudios Jurídicos, 2006), 205; M^o Del Rocio Zafrá, *Los presupuestos de la infiltración policial*, (tesis Doctoral –Inédita–, Universidad de Sevilla, 2007), 402.

³⁹ Vid.: Artículos 369 y 370 COIP.

⁴⁰ Vid.: Artículo 443 COIP. - Atribuciones de la Fiscalía. - La Fiscalía ejerce las siguientes atribuciones:

“1. Organizar y dirigir el Sistema Especializado Integral de investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses.”.

Artículo 448 COIP. - Organización y Dirección. - En material pre-procesal y procesal penal, la Fiscalía organizará y dirigirá el sistema especializado integral de investigación de medicina legal y ciencias forenses que prestará servicios especializados de apoyo técnico y científico a la administración de justicia.

Artículo 449.-Atribuciones. - Son atribuciones del sistema especializado de investigación, medicina legal y ciencias forenses:

“9. Cumplir las órdenes que les imparta el o la Fiscal o la o el Juezador.

11. Mantener actualizadas las bases de datos de información y llevar un sistema estadístico de

Por lo que se refiere a la persona que desarrolle las funciones de agente encubierto es necesario señalar que se debe tratar de un profesional lo suficientemente preparado y que reúna una serie de cualidades excepcionales, tanto en el plano operativo como en el plano ético. Aquello, puesto que, si la ética de la utilización de este medio de investigación puede estar en algún momento en entredicho lo estará mucho más si quienes actúan como agente infiltrado proceden del mundo de la delincuencia y del crimen⁴¹, debiendo prohibirse la infiltración de individuo a que estén cumpliendo pena de prisión, o que estén bajo investigación criminal y como atenuante de la pena⁴². En la formación de agente encubierto debe hacerse especialmente hincapié en la relevancia de los derechos constitucionales como frontera infranqueable en cualquier actuación del poder público.

Es regla que presenta carácter irrenunciable el hecho de que el infiltrado no puede ser obligado a aceptar la tarea de adentrarse en una organización o agrupación delictual, aunque bajo órdenes de un oficial jerárquico. Y es así porque se trata de una función que no debe ser forzada, debiendo fundarse la infiltración en la voluntad libre y consciente del agente de aceptar la labor de infiltrarse en un ambiente peligroso y tenso como sucede en la hipótesis de hacerlo en el seno de un grupo organizado de delinquentes⁴³.

En cualquier caso, ningún agente estatal, por más especializado y cualificado que sea, está obligado a actuar como infiltrado. Tal disposición se justifica por la naturaleza ardua del trabajo a ser ejecutado por el agente encubierto. No se trata solo de ejercer una profesión, sino de abdicar de su vida y de sus relaciones personales para hacerse pasar por otra persona. Y lo que es peor, por una persona involucrada en el mundo de la criminalidad donde los riesgos inherentes son enormes. No sería razonable que los mandos policiales o el o la fiscal pudieran determinar que un concreto agente de policía realizara tal función en contra su voluntad.

Al referirse a la persona que llevará a cabo las operaciones encubiertas se está disponiendo lo referido al presupuesto subjetivo “activo” de la infiltración, es decir, la persona concreta que puede intervenir como agente encubierto o infiltrado, excluyendo a los particulares, que debería contar con una preparación y formación específica con anterioridad a infiltrarse en organizaciones y agrupaciones delictuales. Previsiones

investigación del delito.

12. Solicitar a la o al Fiscal la autorización judicial para la práctica de diligencias investigativas.

Sobre las diligencias investigativas y sus resultados, se presentarán un informe a la o al Fiscal, dentro de los plazos señalados.”. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Tercer Suplemento, 10 de febrero de 2014, arts. 443, 448 y 449

⁴¹ Cfr.: Adán Carrizo, “La lucha contra la criminalidad organizada como reto de la justicia penal ante una sociedad globalizada: análisis comparado de la infiltración policial en las regulaciones española y portuguesa”, en AA. VV. *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)* -Ana Neira Pena, Coord. y Agustín-J. Pérez-Cruz Martín y Xulio Ferreira Baamonde (Dtores.) (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012), 339.

⁴² Cfr.: Manuel M. Guedes, “La investigación del crimen organizado, entrada y registro en domicilios por la noche, el agente infiltrado y las intervenciones de las comunicaciones”, en *Dos décadas de reformas penales 2008* (Sanz Mulas, N., Coord.) trad. Adán Carrizo González-Castell (Granada: Ed. Comares, 2008), 180-181.

⁴³ Flavio Cardoso, “Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos”, 299.

similares⁴⁴, se pueden localizar en Francia –artículos 706-81 a 706-87 del Código Procesal Penal, *Code de procédure pénale*–⁴⁵, Alemania –párrafo 110^a 2 Código Procedimiento Penal (*Strafprozeßordnung, StPO*)–^{46 47}, Bélgica –artículo 47 *ter* del Código de Instrucción Criminal, *Code d’instruction Criminelle*–, de 17 de noviembre de 1808)^{48 49}, Portugal –Ley n^o 101/2001 , de 25 de agosto, de Régimen Jurídico

⁴⁴ María del Rocío Zafra, “Los presupuestos de la infiltración policia” (tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2007), 248.

⁴⁵ “Artículo 706-81. Cuando las necesidades de investigación o investigación de cualquiera de los delitos o faltas en el ámbito de aplicación de los artículos 706-73 y 706-73-1 lo justifiquen, el ministerio público o, tras la opinión de dicho magistrado, el juez instructor podrá autorizar una operación encubierta bajo su respectivo control bajo su respectivo control en las condiciones previstas por esta sección.

La infiltración consiste, para un oficial o policía judicial especialmente autorizado en las condiciones establecidas por decreto y actuar bajo la responsabilidad de un oficial de policía judicial encargado de coordinar la operación, para vigilar a las personas sospechosas de cometer un delito o delito menor por parte de los imitadores haciéndose pasar por uno de sus coautores, cómplices o receptores. Para ello, el agente de la Policía Judicial está autorizado a utilizar una identidad prestada y a cometer, en su caso, los hechos contemplados en el artículo 706-82. Tan pronto como son nulos y ciertos, estos actos no pueden constituir una incitación a cometer delitos.

La infiltración es objeto de un informe elaborado por el policía judicial que coordinó el operativo, que incluye a los elementos estrictamente necesarios para identificar las violaciones y no pone en peligro la seguridad del oficial encubierto y de las personas requeridas en virtud de la sección 706-82.” (Modificado por Ley 2015-993 del 17 de agosto de 2015 –artículo 11).

⁴⁶ “Los investigadores de incógnito son funcionarios al servicio de policía”.

⁴⁷ *Vid.*: Fabricio Guariglia afirma que: “La `Ley para el combate del tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada’ (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität-OrKG*) –y las correspondientes modificaciones que ella ha producido en la StPO- ha introducido la figura del agente encubierto (*Verdeckter Ermittler*) y, por primera vez, ha regulado expresamente los presupuestos de su utilización y los límites a los que su actividad se halla sujeta.” Fabricio Guariglia, “El Agente encubierto. ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”, *Revista de Ciencias Penales*, n.º 12 (1994): 16.

⁴⁸ Publicado el 27 de noviembre de 1808.

⁴⁹ “Los métodos particulares de investigación (...) se aplican en el marco de una instrucción por los servicios de policía designados por el Ministro de Justicia” (introducido por reforma del Código de Instrucción Criminal por Ley de 6 de enero de 2003, en vigor desde el 22 de mayo de 2003).

de las acciones encubiertas para fines de prevención e investigación criminal^{50 51} y España –artículo 282 bis LECrim⁵², donde se encomienda, exclusiva, las funciones de agente encubierto a los funcionarios de la policía. Previsiones legales similares se pueden encontrar en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos: Argentina – artículos 3º y 4º de la Ley 27319, de 2 de noviembre de 2016^{53 54}, Chile –incisos 2º, 3º y último del artículo 25 de la Ley 20.000, de 2 de febrero de 2005, por lo que se sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas⁵⁵, que sustituyó que sustituyó a la Ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas^{56 57}, Venezuela –Ley Orgánica contra la Delincuencia

⁵⁰ “Consideram-se acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Política Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade.

As acções encobertas são admissíveis no âmbito dos crimes de homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido; crimes contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes; crimes relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados; escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns; organizações terroristas e terrorismo; captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão; crimes executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas; roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios; associações criminosas; relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; branqueamento de capitais, outros bens ou produtos; corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências; fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção; infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática; infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional; contrafação de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem; e crimes relativos ao mercado de valores mobiliários.

⁵¹ *Vid.*: Adán Carrizo, “La lucha contra la criminalidad organizada como reto de la justicia penal ante una sociedad globalizada: análisis comparado de la infiltración policial en las regulaciones española y portuguesa”, 338-354.

⁵² “A los fines previstos en el artículo anterior, cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada (...) podrán autorizar a funcionarios de policía judicial (...)”.

⁵³ “Artículo 3º — Será considerado agente encubierto todo aquel funcionario de las fuerzas de seguridad autorizado, altamente calificado, que presta su consentimiento y ocultando su identidad, se infiltra o introduce en las organizaciones criminales o asociaciones delictivas, con el fin de identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores, de impedir la consumación de un delito, o para reunir información y elementos de prueba necesarios para la investigación, con autorización judicial.

Artículo 4º — Dispuesta la actuación por el juez, de oficio o a pedido del Ministerio Público Fiscal, su designación y la instrumentación necesaria para su protección estará a cargo del Ministerio de Seguridad de la Nación, con control judicial. El Ministerio de Seguridad tendrá a su cargo la selección y capacitación del personal destinado a cumplir tales funciones. Los miembros de las fuerzas de seguridad o policiales designados no podrán tener antecedentes penales.”.

⁵⁴ *Vid.*: Carlos Reggiani, “El agente fiscal encubierto”, *Revista pensamiento penal*, (2005), <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30111-agente-fiscal-encubierto>.

⁵⁵ *Vid.*: Diario Oficial el 16 de febrero de 2005.

⁵⁶ *Vid.*: Diario Oficial de 16 de febrero de 2005. El desarrollo reglamentario se dispone en el Reglamento de la Ley 20000, aprobado por Decreto 867, de 8 de agosto de 2007, del Ministerio del Interior (Diario Oficial de 19 de febrero de 2008).

⁵⁷ “2º. [...] el funcionario policial que oculta su identidad y se involucra o introduce en las

Organizada y Financiamiento el Terrorismo, Título I “Disposiciones Generales—⁵⁸ ⁵⁹, Perú –Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957, de 22 de julio de 2004) –⁶⁰ ⁶¹, Bolivia –Código de procedimiento penal, Ley n° 1970, de 25 de marzo

organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los partícipes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación. ...”, inciso 3° “... tener una historia ficticia...” y el inciso final señala que “... en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma ...”.

⁵⁸ Artículo 4. Definiciones

3. Agentes de operaciones encubiertas: funcionarios o funcionarias de unidades especiales de policía que asumen una identidad diferente con el objeto de infiltrarse en grupos de delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo para obtener evidencias sobre la comisión de algunos de los delitos previstos en la presente Ley.

Vid.: Artículos 66 a 72 Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiación del Terrorismo.

⁵⁹ *Cfr.:* https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ven_ley_del_org_finan_terr.pdfv (consultado el día 25 de marzo de 2021).

⁶⁰ *Vid.:* Promulgado el 22 de julio de 2004.

⁶¹ Artículo 341.- Agente Encubierto y Agente Especial.

1. El Fiscal, cuando se trate de diligencias preliminares que afecten actividades propias de la criminalidad organizada, de la trata de personas, de los delitos de contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal, y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Fiscal por el plazo de seis (6) meses, prorrogables por períodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad. El Fiscal, cuando las circunstancias así lo requieran, podrá disponer la utilización de un agente especial, entendiéndose como tal al ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal.

2. La Disposición que apruebe la designación de agentes encubiertos, deberá consignar el nombre verdadero y la identidad supuesta con la que actuarán en el caso concreto. Esta decisión será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. Una copia de la misma se remite a la Fiscalía de la Nación, que, bajo las mismas condiciones de seguridad, abrirá un registro reservado de aquellas.

3. La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento del Fiscal y de sus superiores. Dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará como corresponde por el órgano jurisdiccional competente. De igual manera, esta información sólo puede ser utilizada en otros procesos, en la medida en que se desprendan de su utilización conocimientos necesarios para el esclarecimiento de un delito.

4. La identidad del agente encubierto se puede ocultar al culminar la investigación en la que intervino. Asimismo, es posible la ocultación de la identidad en un proceso, siempre que se acuerde mediante resolución judicial motivada y que exista un motivo razonable que haga temer que la revelación pondrá en peligro la vida, la integridad o la libertad del agente encubierto o agente especial, o que justifique la posibilidad de continuar utilizando la participación de éstos últimos.

5. Cuando en estos casos las actuaciones de investigación puedan afectar los derechos constitucionales, se deberá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables. El procedimiento será

de 1999⁶² ⁶³, Colombia –Ley 906, de 31 de agosto de 2004 Código de Procedimiento Penal⁶⁴ ⁶⁵ y legislación anticorrupción⁶⁶ ⁶⁷, Panamá –Código de Procedimiento Penal, aprobado por Ley n° 63, de 28 de agosto de 2008⁶⁸ ⁶⁹ y Ley 16, de 31 de marzo de 2004 que dicta disposiciones para la prevención y tipificación de Delitos contra la Integridad y la Libertad por Decreto Legislativo 733, de 22 de

especialmente reservado.

6. El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una manifiesta provocación al delito.

7. En los delitos contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal, el Fiscal podrá disponer que funcionarios, servidores y particulares sean nombrados como agentes especiales. Si por la naturaleza del hecho, éstos participan de un operativo de revelación del delito, el Fiscal deberá disponer las medidas de protección pertinentes. El agente especial deberá cuidar de no provocar el delito. Ejecutada la técnica especial de investigación, se requerirá al Juez Penal competente la confirmatoria de lo actuado

Artículo 341-A.- Operaciones encubiertas

1. Cuando en las Diligencias Preliminares se trate de identificar personas naturales y jurídicas, así como bienes y actividades propias de la criminalidad organizada, de la trata de personas y de los delitos contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal, en tanto existan indicios de su comisión, el Ministerio Público podrá autorizar a la Policía Nacional del Perú a fin de que realice operaciones encubiertas sin el conocimiento de los investigados, tales como la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, entre otros procedimientos. El Fiscal podrá crear, estrictamente para los fines de la investigación, personas jurídicas ficticias o modificar otras ya existentes, así como autoriza la participación de personas naturales encubiertas, quienes podrán participar de procesos de selección, contratación, adquisición o cualquier operación realizada con o para el Estado.

2. La autorización correspondiente será inscrita en un registro especial bajo los parámetros legales señalados para el agente encubierto. Por razones de seguridad, las actuaciones correspondientes no formarán parte del expediente del proceso respectivo, sino que formarán un cuaderno secreto al que sólo tendrán acceso los jueces y fiscales competentes.

3. Ejecutado lo dispuesto en el numeral 1, se requerirá al Juez Penal competente la confirmatoria de lo actuado. Dicha resolución es apelable.

4. Ejecutado lo dispuesto en el numeral 1, se requerirá al Juez Penal competente la confirmatoria de lo actuado. Dicha resolución es apelable.”.

⁶² Artículo 282°. (Agente encubierto) En la investigación de delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, en caso de ausencia o insuficiencia de medios de prueba, el fiscal podrá solicitar fundadamente, bajo su responsabilidad, al juez de la instrucción, autorización para la intervención, en calidad de agentes encubiertos, de miembros de la Policía Nacional altamente calificados, sin antecedentes penales o disciplinarios, que presten su consentimiento al efecto.

La resolución del juez de la instrucción que autorice la intervención del agente encubierto consignará la identidad supuesta del mismo que será mantenida en reserva y se conservará fuera de las actuaciones con la debida seguridad en sobrecerrado y lacrado que contendrá además la identidad verdadera del agente.

El agente encubierto mantendrá informado al fiscal encargado de la investigación sobre las actividades realizadas y por realizarse en el curso de la misma y sobre la información que vaya obteniendo. Las declaraciones testimoniales del agente encubierto no serán suficientes para fundar una condena si no se cuenta con prueba adicional incorporada válidamente al proceso.

El agente encubierto no estará exento de la responsabilidad que corresponda, si en el curso de la investigación realiza actos distintos a los específicamente encomendados o con evidente exceso o desproporcionalidad, con relación a las necesidades o finalidades de la misma.

⁶³ ONU Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual de Técnicas Especiales de Investigación Agente Encubierto y Entrega Vigilada*, 2009, 14-17.

⁶⁴ Artículo 241. Análisis e infiltración de organización criminal.

Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la policía judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.

El ejercicio y desarrollo de las actuaciones previstas en el presente artículo se ajustará a los presupuestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.”.

“Artículo 242

Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.”.

Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.

Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo también podrá disponerse que los miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados puedan actuar como agentes encubierto.

Artículo 242 A. Operaciones encubiertas contra la corrupción

Los mecanismos contemplados en los artículos 241 y 242 podrán utilizarse cuando se verifique la posible existencia de hechos constitutivos de delitos contra la Administración Pública en una entidad pública.

Cuando en investigaciones de corrupción, el agente encubierto, en desarrollo de la operación, cometan delitos contra la Administración Pública en coparticipación con la persona investigada, quedará exonerado de responsabilidad, salvo que exista un verdadero acuerdo criminal ajeno a la operación encubierta, mientras que el indiciado o imputado responderá por el delito correspondiente.

⁶⁵ Vid.: Andrés David Ramírez, El agente encubierto frente a los derechos constitucionales a la

octubre de 2007⁶⁷ y Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja, aprobado por Decreto Legislativo, n° 190, de 20 de diciembre de 2006–⁷⁸ ⁷⁹ y Guatemala –Ley 1881, de 24 de junio de 2002, que modifica la Ley n° 1340/1988, de 22 de noviembre, que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de fármaco dependientes–⁸⁰, entre otras.

intimidad y a la no incriminación, 30-35.

⁶⁶ Vid.: José Ricardo Hernández, “La anticorrupción en Colombia, el agente encubierto y la función de inteligencia”, *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, n.° 1 (2018): 105-106.

⁶⁷ Vid.: Adán Carrizo, “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la corrupción: análisis comparado de las regulaciones española y colombiana”, en *El estado de derecho colombiano frente a la corrupción: retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011* -Francisco José Sintura y Nicolás Rodríguez, Editores (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013), 105-126.

⁶⁸ Vid.: Panamá, *Gaceta Oficial Digital*, n° 26, 29 de agosto de 2008.

⁶⁹ Artículo 315. Operaciones encubiertas. El Fiscal podrá practicar operaciones encubiertas, como compra controlada, entrega vigilada, análisis e infiltración de organización criminal y vigilancia y seguimiento de personas en el curso de una investigación, con el propósito de recabar evidencias para determinar la ocurrencia del hecho punible, así como sus actores y partícipes.

⁷⁰ Vid.: Panamá, *Gaceta Oficial*, n° 25023, 4 de abril de 2004.

Artículo 16 de la Ley 16 de 2004 que dicta disposiciones para la prevención y tipificación de Delitos contra la Integridad y la Libertad Sexual, delitos tipificados en el Título VI, del libro segundo del Código Penal, aprobado por la ley 13 de 18 de 1982:

⁷¹ Artículo 16. El Ministerio Público podrá realizar operaciones encubiertas en el curso de sus investigaciones, con el propósito de identificar los autores, cómplices o encubridores, o para esclarecer los hechos relacionados con los delitos mencionados en el Título VI del Libro II del Código Penal. De igual manera, cuando existan indicios delito graves de la comisión de alguno de estos delitos; el Procurador General de la Nación podrá ordenar la interceptación y registro de las comunicaciones telefónicas, de correo electrónico o en foros de conversación a través de la red en las que participen las personas investigadas, con el objeto de recabar elementos de prueba relativos a tales delitos.

Las transcripciones de las grabaciones constarán en un acta en la que solo se incorporará aquello que guarde relación con el caso investigado, la cual será refrendada por el funcionario encargado de la diligencia y por su superior jerárquico.”

⁷² Vid.: Panamá, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de noviembre de 1996.

⁷³ Vid.: Jorge Rivero, “Los agentes clandestinos y el debido proceso”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.° 28 (2009): 257-273; Sergio García y Eduardo Rojas, “Evolución y resultados de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada” (México: Ed. Instituto Nacional Autónoma de México -Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020).

⁷⁴ Artículo 11.- La investigación de los delitos a que se refiere esta Ley podrá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación e identidad de los integrantes del grupo delictivo.

Para tal efecto, el Titular del Ministerio Público de la Federación o el servidor público en quien éste delegue la facultad, podrá autorizar en términos de lo que establezca el marco normativo aplicable, las operaciones encubiertas dirigidas a alcanzar los objetivos señalados en el párrafo anterior.

En estos casos se investigará no sólo a las personas físicas que pertenezcan a esta organización, sino las personas morales de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos.

Los agentes de las fuerzas del orden público que participen en dichas investigaciones, con base en las circunstancias del caso, se les proporcionará una nueva identidad, dotándolos para tal efecto de la documentación correspondiente.

Las autoridades responsables de proporcionar los medios necesarios para acreditar la nueva identidad, actuarán por instrucción fundada y motivada de la autoridad competente y sus acciones estarán bajo el amparo de la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal y 251, fracción IX del Código

Nacional de Procedimientos Penales.

Al servidor público que indebidamente incumpla con dicha disposición, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal según corresponda.

Artículo 11 Bis.- El Titular de la Unidad Especializada prevista en el artículo 8o. podrá autorizar la reserva de la identidad de los agentes de las fuerzas del orden público que participen en las operaciones encubiertas, así como de los que participen en la ejecución de órdenes de aprehensión, detenciones en flagrancia y caso urgente, cateos relacionados con los delitos a que se refiere esta Ley, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta el tipo de investigación, imposibilitando que conste en la investigación respectiva su nombre, domicilio, así como cualquier otro dato o circunstancia que pudiera servir para la identificación de los mismos.

En tales casos, se asignará una clave numérica, que sólo será del conocimiento del Procurador General de la República, del Titular de la Unidad Especializada antes citada, del Secretario de Gobernación y del servidor público a quien se asigne la clave.

En las etapas del procedimiento penal, el agente del Ministerio Público de la Federación y la autoridad judicial citarán la clave numérica en lugar de los datos de identidad del agente. En todo caso, el agente del Ministerio Público de la Federación acreditará ante la autoridad judicial el acuerdo por el que se haya autorizado el otorgamiento de la clave numérica y que ésta corresponde al servidor público respectivo, preservando la confidencialidad de los datos de identidad del agente. En caso de que el servidor público, cuya identidad se encuentre reservada, tenga que intervenir personalmente en diligencias de desahogo de pruebas, se podrá emplear cualquier procedimiento que garantice la reserva de su identidad de manera integral.

Ninguna persona podrá ser obligada a actuar en operaciones encubiertas.

Si el auto de vinculación a proceso no se dicta por el delito de delincuencia organizada, la reserva de identidad podrá subsistir a petición de la Representación Social de la Federación, con base en un análisis de riesgo y amenaza que realice la autoridad judicial, en donde se establecerá la pertinencia o no de la protección y, en su caso, las medidas que se aplicarán al caso concreto para salvaguardar el derecho de defensa.

En caso de la interposición del recurso de apelación contra el auto de no vinculación a proceso, subsistirá la reserva de identidad hasta en tanto no haya sido resuelto, en definitiva.

Toda actuación que implique desapego a las instrucciones o actividades legalmente autorizadas será sancionada en términos de la legislación civil, administrativa o penal, según corresponda.

⁷⁵ Vid.: Lucía Almaraz, “Operaciones encubiertas, su obscuridad legal: Figura vulnerante de las garantías de certeza y de seguridad jurídica”, *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia* 1, n. ° 2 (2016): 156-159.

⁷⁶ Vid.: El Salvador, *Diario Oficial*, n.º. 20, 30 de enero de 2009.

⁷⁷ Artículo 282.- Cuando la fiscalía tuviere razones fundadas, para inferir que una persona está participando en la comisión de un hecho delictivo de gravedad o pudiere conducirlo a obtener información útil para la investigación, podrá disponer:

d) Que se utilicen técnicas especiales de investigación, como agentes encubiertos, entregas vigiladas o compras controladas para la comprobación de la existencia y participación en delitos.

⁷⁸ El Salvador, *Diario Oficial*, n.º. 13, de 22 de enero de 2007.

⁷⁹ “Artículo 5.- En la investigación de los delitos previstos en esta ley, la Fiscalía General de la República ejercerá todas las facultades investigativas, conforme a lo dispuesto en la Constitución y las leyes, así como determinará la responsabilidad de los autores o partícipes y evitará ulteriores consecuencias. El fiscal del caso autorizará por escrito el empleo de métodos especiales de investigación tales como operaciones encubiertas o entregas vigiladas.”

⁸⁰ “Artículo 96.- Son agentes encubiertos los agentes especiales que sean designados por la Secretaría Nacional Antidroga (SENAD) o por el fiscal y que acepten voluntariamente participar en operaciones encubiertas o en entregas vigiladas específicas autorizadas judicialmente, con conocimiento y consentimiento escrito del juez autorizante de cada operativo, y que para el cumplimiento de su cometido actúen de modo secreto o bajo identidad falsa. Terminado su cometido los agentes encubiertos reasumirán de pleno derecho su condición y función de agentes especiales.”

VI.- Forma de ejecución de las operaciones encubiertas

Las operaciones encubiertas se llevarán a cabo mediante la involucración o introducción en organizaciones o agrupaciones delictuales. A fin de concretar lo previsto el numeral 1 del artículo 483 COIP, cabe señalar que los artículos 369 y 370 COIP (asociación ilícita y delincuencia organizada) integran en el tipo penal la organización de personas para delinquir como elemento constitutivo la organización, es decir, la conformación de dos o más personas. Por su parte, el artículo 221 COIP contempla el financiamiento de la producción o tráfico de narcótico.

Una de las ideas constitucionales que es procedente destacar en la cabecera de las reflexiones jurídicas en orden a la forma de ejecución de las operaciones encubiertas es que la verdad que, en principio, se pretende obtener en el proceso penal solo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidos en el ordenamiento jurídico. Ello puede constituir una expresión tan elemental como innecesaria, pero, acaso, resulte de importancia ponerla de relieve. No se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad¹. Sólo aquello que es compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos constitucionales, así la dignidad, la intimidad, etc., dentro de los parámetros fijados en la ley.

También hay que recordar que uno de los presupuestos constitucionales del Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático establecido en el artículo 1 CPR, es el del respeto a la dignidad e intimidad de la persona humana, esencialmente libre, como base de la convivencia. Por ello, existe o debe existir un obligado correlato, una proporcionalidad, entre el reconocimiento de la plenitud de estos derechos y las intromisiones en la vida privada de la persona que, en principio, son ilegítimas. Con toda evidencia estas intromisiones pueden ser, en ocasiones, conformes a derecho, pero para ello han de tener una inequívoca legitimidad de origen, de desarrollo y, por último y en su caso, de presencia efectiva y real en la audiencia de juzgamiento².

¹ La búsqueda de la verdad como finalidad de la prueba no constituye una cuestión pacífica. Algunos autores sostienen que se trata de un error la postura de atribuir a la finalidad de la prueba la búsqueda de la verdad a que se trasladan al ámbito del Derecho Procesal los problemas del ámbito filosófico relativos a la verdad, siendo el más importante de ellos la imposibilidad de obtener una verdad absoluta, por lo que el fin de la prueba sería “inalcanzable o irrealizable” Manuel Miranda, *La mínima actividad probatoria en el proceso*, (Barcelona: Ed. Bosch, 1997), 36. Para otros, la prueba consiste en verificar las afirmaciones de las partes cuyo contenido son los hechos. Santiago Sentís, *La Prueba. Los grandes temas del Derecho Probatorio* (Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1979), 38. Finalmente, hay quien sostiene que la certeza que se persigue mediante las pruebas es de carácter moral ya que existe una gran probabilidad de que los hechos recogidos en la resolución del juzgador sean los que más se acerquen a la realidad. Sara Oliver, “Prueba, proceso civil y verdad, derecho positivo, filosofía y lógica”, *La Ley*, n.º 7128, (2009): 2-3.

² *Cfr.*: Beatriz García, “Técnicas de investigación de la delincuencia organizada”, 50.

Las excepciones a este principio traen causa directa e inmediata en la Constitución, y han de venir, por consiguiente, establecidas en la ley. Han de llevarse a cabo a través de la o el fiscal y han de responder a dos exigencias, solo aparentemente formales, también básicas: una, la motivación de la medida y otra la existencia de proporcionalidad, inherente al valor justicia, entre la medida misma y su finalidad, lo que supone graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos traumáticos social e individualmente considerados y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes. En este sentido, de acuerdo con una interpretación teleológica del sistema, aunque el COIP no lo diga expresamente, como hacen otros ordenamientos, hay que tener en cuenta que solo los delitos graves pueden dar lugar a una operación encubierta y solo por el tiempo indispensable, dentro del ámbito espacial que se considere necesario, llevada a cabo por personas capacitadas técnicamente y obligadas a guardar la correspondiente reserva y dentro, a su vez, del procedimiento legalmente establecido, en los términos que luego se dirán.

Las operaciones encubiertas se llevarán a cabo, conforme al numera 1 del artículo 483 COIP, ocultando la identidad oficial del agente encubierto.

Los objetivos de las operaciones encubiertas serán: a) la identificación de los participantes en las organizaciones o agrupaciones delictuales y b) reunir y recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación.

No contempla el COIP, de modo incomprensible, la figura del agente encubierto informático. El agente encubierto en internet se configura como un empleado o funcionario público que, voluntariamente, y por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en la red con el fin de obtener información sobre autores de determinadas prácticas ilícitas producidas a través de la red y que causen una gran repulsa y alarma a nivel social³.

Las competencias del agente encubierto informático podrán extenderse a:

- Intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido.
- Analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.
- Obtener imágenes y grabar conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior del domicilio⁴.

³ Cfr.: Federico Bueno, “El agente encubierto en internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia”, en *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)* -Ana Neira Pena (Coorda.) y Agustín-J. Pérez-Cruz Martín y Xulio Ferreiro Baamonde (Dtores.)- (Coruña: Universidade da Coruña, 2011), 297.

⁴ España Wolters Kluwer, “El agente encubierto”, Wolters Kluwer, accedido 29 de marzo de 2021, <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSb-F1jTAAkNDC2NDU7Wy1KLizPw8WyMDQ3MDIwMLkEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnEqAPr-joUY1AAAAWKE>.

VII. Exención de responsabilidad penal y civil

El COIP contempla la exención de responsabilidad penal y civil del agente encubierto por aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, caso contrario será sancionado de conformidad con las normas jurídicas pertinentes.

No contempla el COIP la exención de responsabilidad disciplinaria, lo que parece una omisión que debiera subsanarse. Sin embargo, se realizarán, posteriormente, algunas reflexiones al respecto, justificando la opinión personal⁵.

VII.1. Exención de la responsabilidad penal

A. Naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad penal. En torno a la naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad penal se han formulado dos tesis. La primera, es la que sostiene que se trataría de una causa de justificación, lo que implica que la exención ampara a los partícipes, tanto en el ámbito de responsabilidad penal, como el de la responsabilidad civil, incluyendo la responsabilidad civil del Estado.

La segunda aboga en favor de la consideración de la responsabilidad del agente encubierto como una excusa absolutoria. En favor de la consideración de la exención de responsabilidad como excusa absolutoria se manifiesta Cury, afirmando que son “[...] situaciones en las cuales el derecho renuncia a la punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable, por razones de utilidad social.”⁶. De este modo, la excusa legal absolutoria se aplica exclusivamente a determinadas personas, pues el legislador ha razonado que es conveniente renunciar a la imposición de la pena por razones de convivencia social, no obstante subsistir la responsabilidad civil, y hoy en día la doctrina mayoritaria concluye que se emplea exclusivamente a lo que se denomina “orden de las familias”, por lo que no se debe confundirlas con las causas personales de exclusión de pena, las condiciones objetivas de punibilidad o las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal⁷. Dicha tesis implicaría que incurrirían en responsabilidad civil y penal los partícipes y en responsabilidad civil subsidiaria el Estado; salvo que se conforme como una excusa absolutoria de carácter objetivo, en cuyo caso la responsabilidad de los partícipes podría quedar excluida.

⁵ Vid.: Epígrafe VII.3 del comentario al presente art. 483 COIP.

⁶ Enrique Cury, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Undécima edición revisada, actualizada y con notas de Claudio Feller y María Elena Santibáñez (Santiago de Chile: Ediciones UC, 2020), 469.

⁷ Chile Carolina Zavidich, “Agente encubierto y su responsabilidad”, Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público, accedido 4 de marzo de 2021, http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo_25_ley_20000_agente_encubierto_CZ.pdf.

Entiende López-Barja que: “[e]s imaginable y, consiguiente, previsible que la naturaleza jurídica que se le va a reconocer a esta causa de exención de la responsabilidad criminal sea la de constituir una causa de justificación.”⁸. Sin duda, el COIP debió ser más clara al respecto, pero, no obstante, a pesar de ello, se afirmará que dicha naturaleza jurídica puede deducirse de los principios a los que responde su existencia en el ordenamiento jurídico.

Y aunque normalmente surge una destacada preocupación con los aspectos que permean la responsabilidad del agente encubierto con relación con la eventual práctica de delitos durante el período de infiltración en una organización criminal. Pero deberán ser analizadas del mismo modo los aspectos civiles y disciplinarios que puedan presentar conexión con la actuación del infiltrado.

B. Requisitos. La exención de responsabilidad exige, en opinión de López-Barja⁹ los requisitos siguientes:

1. Agente encubierto

Ha de tratarse de un miembro del personal del servicio especializado integral de investigación especializada, de medicina legal y ciencias forenses autorizado como agente encubierto, lo que implica, por una parte, que la exención de responsabilidad no sería aplicable a cualquier otro funcionario del mencionado servicio que se encontrará en las mismas circunstancias que el agente encubierto y hubiera actuado de idéntica forma, pues es preciso que formalmente le haya sido otorgada la licencia de transgresor legal; por otra parte, ha de tratarse de la investigación de algún delito llevado a cabo por organizaciones y agrupaciones delictuales.

2. Consecuencia necesaria

Las actuaciones realizadas por el agente encubierto, que generan la responsabilidad, han de ser “consecuencia necesaria” del desarrollo de la investigación. Es decir, si no son una consecuencia necesaria no habrá la exención de responsabilidad. El examen sobre la necesidad de la actuación ha de realizarse *ex ante*, lo que significa que, aunque un examen *ex post* revelara la innecesidad de la actuación, no por ello debe inaplicarse la exención si un examen *ex ante* pone de manifiesto lo acertado de la conclusión sobre la necesidad de llevar a cabo la actuación.

⁸ Jacobo López-Barja, “El agente encubierto”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 2, (1999): 1455-1458.

⁹ Jacobo López-Barja, “El agente encubierto”, 1455-1458.

3. Proporcionalidad

El COIP no dispone que sea examinada la proporcionalidad de la actuación individualmente considerada, sino que el test de proporcionalidad ha de ser aplicado con relación a la “finalidad de la investigación. En consecuencia, la proporcionalidad se averiguará, tomando en consideración la actuación del agente encubierto y la finalidad de la investigación¹⁰.

El sistema constitucional, asentado sobre el equilibrio de libertades y derechos constitucionales exige, como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, limitar la autorización de la intervención de un agente encubierto a los delitos de mayor entidad. La proporcionalidad de la medida, que implica que quede reservada a los delitos de mayor entidad o gravedad¹¹, para cuya determinación se atenderá, no solo a la gravedad de la pena, sino también a su trascendencia y repercusión social¹². La proporcionalidad supone la aptitud de la medida a los fines de la investigación (España, Tribunal Supremo Sentencia, Sala 2ª, nº 41/2010, de 26 de enero – Roj.: STS 304/2010), así como que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre¹³. Y en todo caso, exige la adopción de la medida únicamente en periodos de tiempo razonables (España, Tribunal Supremo “Auto”, Sala 2ª, de 18 de junio de 1992 – Roj.: ATS 3773/1992).

4. No provocación

La actuación del agente encubierto para estar exenta de responsabilidad no ha de constituir una provocación al delito.

Sobre esta cuestión se hará, posteriormente, una exposición más detallada¹⁴.

VII.2. Responsabilidad civil

En realidad, la lógica nos impone a considerar que los Estados también deberían reconocer que la inmunidad que se concede eventualmente a los agentes debería contemplar la posible responsabilidad civil, además de la penal, a la que quizás se vea expuesto el agente.

En ocasiones, sin perjuicio de la incidencia de actos de responsabilidad penal

¹⁰ Vid.: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017), 99-121.

¹¹ Vid.: Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Sentencia” de 19 de abril de 2001, *caso Peers vs Grecia*, de 24 de julio de 2001, *caso Valainas vs Lituania*; 11 de diciembre de 2003, *caso Basani vs Italia*, y 24 de febrero de 2005, *caso Jaskaukas vs Lituania*; S. CIDH, de 2 de mayo de 2008, *caso Kimel vs. Argentina*.

¹² Cf.: España. Tribunal Supremo “Sentencia”, Sala 2ª, nº 740/2012, de 10 de octubre – Roj.: STS 6147/2012-; España. Tribunal Constitucional “Sentencia” 104/2006, de 3 de abril.

¹³ Vid.: España. Tribunal Supremo “Sentencia”, Sala 2ª, nº 70/2002, de 3 de abril – Roj.: STS 386/2002-y nº 56/2003, de 24 de marzo - Roj: STS 427/2003-.

¹⁴ Vid.: Epígrafe V.1. del comentario al presente artículo.

sobre actuaciones practicadas por el agente encubierto en el desarrollo del plan de infiltración podrán surgir dudas sobre la necesidad de reconocer alguna repercusión civil originaria de alguna conducta ejecutada por el agente también durante la tarea encubierta.

Con relación al tema sería muy interesante la dotación de recursos financieros para hacer frente a los gastos previsibles, así como contratar seguros de responsabilidad civil en nombre del agente encubierto. Parece una idea positiva y oportuna, teniendo en cuenta la imperiosa necesidad de preventivamente minimizar los perjuicios que podrán ser provocados por alguna conducta involuntaria del infiltrado y que venga a repercutir en la esfera civil.

Desde esta concreta perspectiva, surge una cuestión sensible sobre quién deberá soportar la responsabilidad de indemnizar a algún acto cometido por el agente infiltrado. Aunque sea una hipótesis plenamente posible y que deberá ser analizada de modo concreto en lo referente a una situación real y compleja, no se puede dejar de reconocer que en ningún caso se podrá considerar la exención de responsabilidad civil del agente encubierto cuando los actos civiles y mercantiles que haya realizado tengan el fin de lucrarse. En estos supuestos, el tercero perjudicado podrá reclamar al agente en primera persona.

Esta posición anteriormente descrita viene de encuentro a la correcta comprensión de que el Estado no puede soportar perjuicios financieros por actos individuales e independientes practicados dolosamente por sus funcionarios, que presentan como característica central el hecho de tener sido realizados con intenciones de índole personal y con objetivos y propios, nada teniendo que ver con las tareas de investigación encargadas al infiltrado en la operación encubierta.

VII.3. ¿La responsabilidad disciplinaria?

La ejecución por parte de un agente encubierto de un delito en el devenir de una operación de infiltración, sostiene Cardoso Pereira¹⁵, no solo puede generar responsabilidad penal y civil, sino que también puede dar lugar a responsabilidad administrativa o disciplinaria. Sin embargo, el COIP no recoge ninguna previsión en orden a la excepción de la responsabilidad disciplinaria del agente encubierto.

Una hipótesis de responsabilidad disciplinaria del agente que se infiltra en una banda criminal donde ocurre un orden superior de interrupción de la operación encubierta por motivos de seguridad y el infiltrado no viene a atender este comando por nítido acto de rebeldía. La omisión de este funcionario estatal podrá, entiende Cardoso Pereira¹⁶, generar una suerte de aplicación de una grave sanción disciplinaria en razón de su falta administrativa en razón de su actitud rebelde.

Esta especie de responsabilidad a ser imputada al agente se encuentra vinculada

¹⁵ Flavio Cardoso, *Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos*, 291-300.

¹⁶ Flavio Cardoso, *Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos*, 291-300.

a la constatación de una acción motivada por una ausencia de respecto a un orden jerárquicamente superior. En este caso, es algo normal que esta conducta del infiltrado presente íntima relación con algún propósito personal del agente, o sea, alguna finalidad que venga exclusivamente a traer beneficios propios a esta persona.

La irrogación de la sanción administrativa queda condicionada a la decisión final tomada en el proceso penal, surgiendo de este modo una cuestión prejudicial devolutiva administrativa en el proceso penal.

Ante esta situación expuesta no se puede cuestionar si en este caso de sanción penal y administrativa concomitantes se estaría violando la garantía del *non bis in idem*¹⁷—contemplado expresamente en el artículo 77.7 i) CPR—.

No hay una respuesta unívoca para contestar esta pregunta. En España el Tribunal Constitucional ha considerado, señala Cardoso Pereira¹⁸, ajustado al *non bis in idem* que la legislación funcional permitiera a la Administración, tras la condena de un funcionario, imponerle una sanción administrativa, en tanto hubiera lugar a una compensación de las sanciones. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, refrendada en este concreto punto de la compensación por la Sentencia del Pleno 2/2003, de 16 de enero de 2003, no existe infracción del principio *non bis in idem* siempre y cuando se proceda a un descuento de las sanciones penales y administrativas, pues no basta la mera declaración de la imposición de la sanción¹⁹. Todavía, la posición del Tribunal Constitucional sobre la compensación difiere radicalmente de la jurisprudencia asentada en el TEDH²⁰, para el cual son completamente iguales los casos de vulneración del *non bis in idem* en que se haya efectuado una compensación de sanciones, así como cuando la sanción penal sea anterior o posterior a la sanción administrativa, ya que debe irrefutablemente el Tribunal superior anular siempre la última.

En torno a esta cuestión, Cardoso²¹ entiende que sería acertada la primera posición, teniendo en cuenta que es algo indudable que las responsabilidades penales y administrativas son distintas y autónomas, presentando cada cual sus propias especificidades y particularidades, no siendo correcta la invocación de la garantía de la prohibición del *non bis in idem*.

¹⁷ Vid.: Sonia Calaza, *Rebus sic santibus, extensión de efectos y cosa juzgada* (Madrid: La Ley. Wolters Kluwer, 2021), 221-231.

¹⁸ Flavio Cardoso, *Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos*, 310-311.

¹⁹ Vid.: Vicente Gimeno afirma: “Como consecuencia de dicho cuestionable doctrina, que corre el riesgo de ser declarada contraria, por el Tribunal Europeo, el art. 4 del Protocolo núm. 7 al CEDH, en los supuestos de duplicidad de sanciones penales y administrativas o incluso penales entre sí, no existe este efecto negativo, sino el meramente prejudicial, ya que la pena impuesta puede ser tomada en consideración por el segundo tribuna penal o administrativo, al solo efecto prejudicial de la individualización de la pena, sin que provoque la finalización del segundo proceso.” Vicente Gimeno, *Manual de Derecho Procesal Penal* (Madrid: Editorial Castillo de Luna, 2018), 635.

²⁰ Cfr.: Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Sentencia”, 29 de mayo de 2001, *Franz Fischer c. Austria*, de 30 de mayo de 2002, *caso CF vs. Austria*, de 6 de junio de 2020, *caso Sallen vs. Austria*.

²¹ Flavio Cardoso, *Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos*, 312.

II. REGLAS A OBSERVAR

Artículo 484.- Reglas.- *Las operaciones encubiertas deberán observar las siguientes reglas:*

1. La operación encubierta será dirigida por la unidad especializada de la Fiscalía. Podrá solicitarse por el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, entregando a la o al fiscal los antecedentes necesarios que la justifiquen.

2. La autorización de la o el fiscal deberá ser fundamentada y responderá al principio de necesidad para la investigación, se deberá imponer limitaciones de tiempo y controles que sean de utilidad para un adecuado respeto a los derechos de las personas investigadas o procesadas.

3. En ningún caso será permitido al agente encubierto, impulsar delitos que no sean de iniciativa previa de los investigados.

4. La identidad otorgada al agente encubierto será mantenida durante la versión que se presente en el proceso. La autorización para utilizar la identidad no podrá extenderse por un período superior a dos años, prorrogable por dos años más mediante debida justificación.

5. De ser necesario en el caso concreto investigado, todo agente encubierto tendrá las mismas protecciones que los testigos.

6. Las versiones del agente encubierto servirán como elementos de convicción dentro de la investigación.

7. En caso de realizar diligencias que requieran autorización judicial, la o el Fiscal las solicitará al juzgador competente por cualquier medio, guardando la debida reserva.

8. Los elementos de convicción obtenidos por agentes encubiertos no autorizados carecen de todo valor.

SUMARIO: *I. Dirección. II. Solicitud. III. Autorización. IV. Prohibición. V. Mantenimiento de la identidad. VI. Protección del agente encubierto. VII. Valor procesal de las versiones del agente encubierto. VIII. Debida reserva. IX. Ausencia de valor.*

I. Dirección

La Dirección de la operación encubierta se atribuye, conforme dispone el artículo 484, numeral 1 COIP, a la unidad especializada de la Fiscalía (ya prescrita en el número 1 del artículo 483 COIP).

La mencionada dirección a favor del fiscal no puede ocultar que, si bien, la Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo, sus facultades se ven limitadas debido a que, conforme prescribe artículo 178 CPR, el Consejo de la Judicatura tiene facultad de gobierno, administración y vigilancia de la Función Judicial, de la que Fiscalía es parte, apreciándose que las limitaciones impuestas por el Consejo de la Judicatura han impedido a la Fiscalía General del Estado la incorporación de fiscales necesarios, conforme a los estándares internacionales, para desempeñar diligentemente sus funciones, lo que se ha visto agravado porque, en los últimos dos años no se han llevado a cabo concursos de fiscales y asistentes, lo que ha motivado un notable incremento de la carga laboral y el detrimento de la calidad de las investigaciones que, sin duda alguna, en el ámbito de la delincuencia ejecutada por organizaciones y agrupaciones delictuales puede acarrear graves consecuencias para la seguridad de los ciudadanos. Esta situación, obviamente, redundará en dificultades para un correcto funcionamiento de la operación encubierta, motivadas básicamente por la insuficiencia de personal cualificado.

Cabe recordar que el COIP prescribe que, en materia preprocesal y procesal penal, la Fiscalía organiza y dirige el Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, prestando servicios especializados de apoyo técnico y científico a la administración de justicia. Por su parte, el artículo 449 COIP regula el Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses.

Como lo señala el artículo 195 CPR: “La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal 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”.

Si bien, conforme al artículo 194 CPR¹, la Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, que funciona de forma desconcentrada, ostentando autonomía administrativa, económica y financiera, la falta de autonomía y profesionalización de las agencias encargadas de investigar y perseguir los delitos pueden ser parte de las causas estructurales de la impunidad, obstruyendo el desarrollo de investigaciones integrales, exhaustivas y oportunas, impidiendo investigar y perseguir hechos delictivos con objetividad, sin importar si comprometen a los funcionarios².

Dicha previsión constitucional es ratificada y desarrollada por el COIP, en su artículo 442, disponiendo que “[l]a Fiscalía dirige la investigación preprocesal y procesal penal e interviene hasta la finalización del proceso. La víctima deberá ser instruida por parte de la o el fiscal sobre sus derechos y en especial, sobre su intervención en la causa”.

¹ Su reforma ha sido recientemente rechazada por la Asamblea Nacional, habiendo obtenido exclusivamente 62 votos afirmativos.

² *Cfr.*: Comunicado de la Fiscalía General del Estado (Ecuador) de 16 de marzo de 2021.

II. Solicitud

La solicitud de la operación encubierta, conforme dispone el numeral 1 del artículo 484 COIP, podrá realizarse por el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, entregando a la o al fiscal los antecedentes necesarios que la justifiquen.

Quede, sin embargo, de manifiesto, que, la imposibilidad por la Fiscalía de la administración de su presupuesto impide la mejora del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, lo que redundará en un claro perjuicio en el funcionamiento de dicho Sistema y, por ende, en dificultades para el desenvolvimiento eficaz y rápido del mismo.

III. Autorización

La autorización de la o el fiscal deberá ser fundamentada y responderá al principio de necesidad para la investigación. Además, se deberán imponer limitaciones de tiempo y controles que sean de utilidad para un adecuado respeto a los derechos de las personas investigadas o procesadas.

La proporcionalidad supone también que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre³.

Los derechos a la libertad, reconocidos en el artículo 66 CPR, obliga a considerar que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado no debe perseguir a cualquier precio su eficacia, teniendo que ceder en determinados casos ante el interés individual en mantener el *status libertatis* libre de injerencias⁴. De esta forma, partiendo del prevalente papel de los derechos constitucionales en el ordenamiento constitucional ecuatoriano, su adecuado respeto se configura como límite de la actividad estatal en la persecución del delito, pudiendo ser sacrificados solamente en aquellos supuestos en los que resulta necesario para la salvaguardia de otro interés atendible por el Estado, el principio de proporcionalidad, pues, despliega sus efectos en dos ámbitos. Primeramente, frente al legislador, obligándole a ponderar las necesidades del *ius puniendi* frente a las exigencias derivadas del adecuado respeto a los derechos constitucionales afectados, determinando qué injerencias permite y bajo qué presupuestos. Y frente a la o el fiscal competente para autorizar la específica injerencia, exigiéndole una ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto. De tal manera que solo la autorizará cuando, en primer lugar, existan indicios de la comisión de un delito;

³ Cfr.: Nicolás González-Cuellar, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal* (Madrid: Colex, 1990), 68-69.

⁴ Vid.: M^a del Rocío Zafra, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), 167-185.

en segundo lugar, cuando la medida en cuestión sea objetivamente idónea para determinar los hechos objeto del proceso penal; y, por último, si la medida aparece como necesaria para esa finalidad, esto es, cuando el mismo fin no puede ser alcanzado por otros medios menos gravosos para el afectado⁵.

La clave de la autorización de la actividad del agente encubierto radica precisamente en el juicio de proporcionalidad realizado por el Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal solamente podrá autorizar la actuación de un agente encubierto si concurren los siguientes requisitos:

1. Idoneidad de la medida

La actuación del agente encubierto debe, por otra parte, servir objetivamente para conseguir datos útiles para investigar las actividades de una concreta organización o agrupación delictual.

2. Gravedad de la conducta investigada

Otro criterio a tener en cuenta para la práctica del juicio de proporcionalidad es la expectativa de la consecuencia jurídica derivada del delito, es decir, la gravedad de la pena señalada al delito o delitos investigados.

Como habitualmente las organizaciones o agrupaciones delictuales cometen delitos conceptuados como graves, normalmente no existirán problemas de valoración en este punto. Pese a ello, debe destacarse que, aunque las infracciones penales que suela cometer la concreta organización o agrupación delictual investigada no sean graves, su realización por parte de un grupo criminal organizado incrementa notablemente el peligro para la sociedad, por lo que también en estos casos podrá estar justificada la infiltración de un policía. A estos efectos, la o el fiscal deberá valorar las concretas características de la organización o agrupación delictual investigada, teniendo en cuenta los efectos corruptores sobre componentes de entidades públicas y privadas; el ámbito geográfico abarcado por sus actividades, que podrá ser transnacional; su estabilidad en el tiempo; el empleo de un velo corporativo (ley del silencio) para aislar a sus miembros, especialmente a los líderes; la utilización de empresas interpuestas o corporaciones falsas, sobre todo, con la finalidad de blanquear dinero; y otras similares.

El segundo de los principios corresponde al de especialidad, el cual establece que la intervención del infiltrado debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que puedan autorizarse mecánicamente, de modo genérico, ante cualquier solicitud policial. La especialidad del hecho delictivo que se investigue, lo que significa que debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto,

⁵ Cfr.: Joaquín Delgado, "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto.", en *Problemas actuales de la justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas* -coord. por Joan Picó, Coord.- (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2001), 95.

sin que sean lícitas las medidas acordadas con carácter prospectivo de la conducta de una persona, ni para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos (España. Tribunal Supremo “Sentencia”, 253/2006, de 11 de septiembre, y 231/2009, de 5 de marzo).

Implica, igualmente, la especialidad sin que sean lícitas las medidas acordadas con carácter prospectivo de la conducta de una persona, ni para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos (España, Tribunal Supremo “Sentencias” 253/2006, de 11 de septiembre –Roj.: STS 2156/2000–, y 231/2009, de 5 de marzo –Roj.: STS 1176/2009–).

Se evita con la exigencia de este requisito la puesta en práctica de operaciones encubiertas que dificulten el trabajo de la autoridad responsable por la expedición de la resolución para inicio de la infiltración, a la vez que el control de los actos de investigación ejecutados por el agente encubierto, si indeterminados y genéricos, exigiría un esfuerzo sobremanera para la evitación de práctica de abusos y violaciones a derechos y garantías constitucionales de las personas sometidas a la persecución penal⁶.

Otro aspecto inherente a la obediencia a este postulado, dispone respecto al hecho de que la investigación obligatoriamente deberá recaer sobre supuestos relacionados a casos de delitos graves practicados por miembros de grupos de organizaciones o agrupaciones delictuales. De esta suerte, importante subrayar que si en el curso de la investigación acometida por agentes encubiertos se descubriese que la actividad de los investigados es distinta a aquellas conductas tipificadas como actuación de crimen organizado, deberá cesar inmediatamente el cometido de los infiltrados, ser comunicado a la mayor brevedad posible al fiscal que ha dictado la resolución autorizante. De este modo, se busca interrumpir la encubierta por violación al principio de especialidad.

3. Motivación

El juicio de proporcionalidad debe contenerse en una autorización motivada que autorice la actividad del agente encubierto, haciendo expresa referencia a la concurrencia de todos y cada uno de los elementos anteriormente descritos.

La autorización de la o el fiscal deberá estar fundamentada, lo que requiere que el fiscal competente para llevar a cabo la investigación preprocesal y procesal deba examinar las circunstancias relativas a la autorización, comprobando que la persona que autoriza es competente para ello, el plazo y el delito en cuya investigación está trabajando el agente encubierto. El COIP no dispone expresamente que la o el juez pueda revocar la autorización realizada por el fiscal.

La autorización da lugar a que se otorgue la identidad supuesta al agente encubierto, la cual será utilizada durante un período dos años prorrogables por otros

⁶ Vid.: Flavio Cardoso, *Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos* (tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2012), 291-292.

dos años más. Dicha duración parece razonable, teniendo en cuenta que debe llevarse a cabo una actividad de investigación que debe ser programada de forma duradera y no ocasional que permita al agente encubierto integrarse y adaptarse a la forma de vida del grupo criminal investigado, “ya que deberá constituir relaciones profundas con estos individuos, para así, descubrir un gran monto de información”⁷.

La necesidad de fijar un límite en las medidas de investigación ha sido puesta de manifiesto por el TEDH al exigir la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida⁸, que no puede ser tan amplio que constituya *per se* una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona o una suerte de supresión individualizada del derecho fundamental⁹.

4. Legalidad

El principio de legalidad exige que todo medio extraordinario y limitativo de derechos constitucionales se encuentre descrito en el ordenamiento jurídico, pero más que esto, que la ley en cuestión sea accesible y previsible. Deberán los aspectos que caracterizan la labor del infiltrado quedar explícitamente definidos en el ordenamiento jurídico, en especial, las informaciones respecto al plazo de duración de la operación encubierta, la posibilidad de eventuales prórrogas, la atribución para infiltrar (quien debe figurar como sujeto activo), la competencia para autorizar la medida de investigación, la responsabilidad penal, civil y disciplinaria del agente encubierto, y las diligencias de investigación permitidas al infiltrado¹⁰.

Siendo así las cosas, se puede afirmar que la legalidad es la base de aceptación de cualquier instituto en un Estado constitucional de derechos y justicia, teniendo en vista que su no obediencia repercutirá en la puesta en práctica de otros tantos principios reguladores de la actuación del agente infiltrado. Si lo anterior es correcto, entonces se puede concluir que es preciso que las operaciones encubiertas reciban un adecuado tratamiento legislativo, ya sea por ley, disposiciones normativas o directrices administrativas. Sea cual fuere la medida que se utilice, lo importante es orientar y vigilar el modo en que se realiza la actividad del agente encubierto.

Precisamente, el vencimiento del plazo de autorización sin haberse obtenido el resultado perseguido (elementos probatorios para generar una eventual condena a los agentes encubiertos) debería lugar a la finalización de la operación encubierta¹¹.

⁷ Vid.: Ricardo Magaz, “Respuestas político-criminales a la delincuencia internacional (narcotráfico y terrorismo”, en *La investigación criminal y sus consecuencias jurídicas* -José Collado Medina, Coord.- (Madrid: Dykinson, 2010), 142.

⁸ Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de julio de 1999, Valenzuela Contreras vs España y de 18 de febrero de 2003, Prado Bugallo vs España.

⁹ España, Tribunal Constitucional “Sentencia” 50/1995, de 23 de febrero, y 207/1996, de 16 de diciembre.

¹⁰ Flavio Cardoso, *Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos*, 201.

¹¹ Cfr.: M^a Del Rocío Zafra, *Los presupuestos de la infiltración policia*, 364.

Cabría, igualmente, la posibilidad de concluir anticipadamente la operación encubierta sin necesidad, pues, de agotar el plazo de autorización, en atención a que no se estén aportando los resultados proyectados en el momento de autorizar la operación encubierta¹².

El COIP atribuye al agente encubierto la naturaleza jurídica de medio de investigación, lo que implica la diferenciación entre infiltración policial y agente encubierto. Es decir, la infiltración policial se configura como la técnica que se lleva al efecto a través de la figura del agente encubierto, constituyéndose este como el medio, el canal a través del cual se hace efectiva dicha técnica. En este sentido, Bolaños define la infiltración policial propiamente dicha “como la técnica de investigación circunscrita a la delincuencia organizada y que se llevará a cabo durante la fase de investigación en el curso de un proceso penal”¹³.

El legislador ecuatoriano no fue consciente de que la mera autorización para la intervención de un agente encubierto ya puede suponer la práctica de una diligencia restrictiva de derechos constitucionales, motivo por el cual se debe ser especialmente críticos con que la autorización de esta figura pudiera corresponder en algún caso al Ministerio Fiscal, puesto que, la ocultación de la condición del agente determina por sí sola una restricción del derecho a la intimidad de los miembros de la organización investigada¹⁴ ya que, de otra manera el agente no habría tenido acceso a datos, situaciones y confidencias que, desde un punto de vista personal, forman parte del derecho a la intimidad de las personas, entendido en un sentido amplio como el poder de control sobre las informaciones que son relevantes para cada sujeto¹⁵.

5. Otras dos normativas jurídicas coadyuvan en la prevención.

Por ejemplo, la Ley de Sustancias estupefacientes y psicotrópicas (artículos 1-17), cuyo objetivo es disminuir las acciones asociadas a las drogas, y a la vez en caso de que suceden, pues su efectivo enfrentamiento. También está la Ley de Seguridad Pública y del Estado que establece que cuando los organismos de inteligencia como parte de las operaciones encubiertas necesiten realizar una actividad para su investigación solicitarán de forma motivada al presidente de la Corte Nacional de Justicia la autorización correspondiente, la cual constará en los registros especiales que, para el efecto mantendrá la Función Judicial (artículo 20)¹⁶.

¹² Cfr.: Marta del Pozo, “El Agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española”, *Criterio jurídico*, n.º 6 (2006): 285.

¹³ Belem Martínez Bolaños, “El agente encubierto como medio de prueba extraordinario contra el crimen organizado”, *Derecho Penal Mínimo. Revista de Análisis Jurídico Penal*, n.º 10 (2010): 50.

¹⁴ Joaquín Delgado, “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto.”, 3-4.

¹⁵ Adán Carrizo, “Intervenciones de las comunicaciones”, en *Dos décadas de reformas penales – AA.VV. y Sanz Mulas, N., Coord.-.* (Granada: Comares, 2008): 522.

¹⁶ Cfr.: Temístocles Lastenio Bravo y Anny Marllely Vásconez, “Repensando la entrega vigilada, las escuchas telefónicas y el agente encubierto con una mirada al contexto ecuatoriano”, *Revista Suplemento CICA Mutidisciplinario*, n.º. 7 (2019): 3-16, <https://suplementocica.uleam.edu.ec/documentos/d1.pdf>.

IV. Prohibición

En ningún caso estará permitido al agente encubierto impulsar delitos que no sean de iniciativa previa de los investigados.

La previsión, contemplada en el numeral 3 del artículo 484 COIP implica una restricción del principio de legalidad, legalizándose al agente encubierto para poder ser participe en actos delictivos sin que estos tengan alguna consecuencia jurídica¹⁷, pero “un agente solo podrá delinquir si es necesario para el éxito de la operación y cuando no exceda los límites de esta, es decir, no podrá cometer infracciones por voluntad propia”¹⁸.

Sin embargo, debe precisarse que la exención de la responsabilidad penal del agente encubierto no pretende otorgar un pase libre para cometer delitos¹⁹, sino que más bien pretende simular actividades delictivas de cooperación, ya que sin ellas no podría engañar a los miembros de un grupo delictivo y conseguir las pruebas necesarias para un proceso posterior²⁰.

Sin duda alguna, la prohibición contemplada en el numeral 3 del artículo 484 COIP aboca necesariamente a realizar algunas precisiones en torno a la diferenciación entre agente encubierto y agente provocador.

El TEDH, en su S. de 1 marzo 2011, *caso Lalas vs Lituania*, en la que recogía doctrina establecida en anteriores resoluciones, recordaba que, tal como se había establecido en la STEDH, de 5 de febrero de 2008, *caso Ramanauskas vs Lituania*, se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados –ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúen según sus instrucciones– no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso. La citada sentencia del TEDH, *caso Ramanauskas vs Lituania*, afirmaba que: “[...] el interés público no podría justificar la utilización de datos obtenidos tras una provocación policial”, pues tal forma de operar es susceptible de privar definitivamente al acusado de su derecho a un proceso equitativo.

¹⁷ Cfr.: Fernando Gascón, *Infiltración policial y agente encubierto*, (Granada: Comares, 2001), 273-274.

¹⁸ Vid.: Marta Del Pozo, “El Agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española”, 27-30.

¹⁹ Vid.: Jerónimo García, “Los límites entre el agente encubierto y el agente provocador en la persecución de los delitos del tráfico ilícito de drogas”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 107 (2014): 126.

²⁰ Vid.: Alejandro Farto, *El agente encubierto en el COIP* (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2017), 31.

Especialmente elocuente es lo puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo español al señalar que:

[...] no existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, 12 de junio -Roj. STS 4287/2002-, ‘cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo [...] La intervención policial puede producirse en cualquier fase del ‘iter criminis’, en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial’.

[...] ¿otra cosa es el supuesto en el que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca terceros para su co-ejecución o agotamiento, ofreciéndose en tal caso a ello los agentes de la autoridad, infiltrados en el medio como personas normales y hasta simulando ser delincuentes, como técnica hábil para descubrir a quienes están delinquirando o se proponen hacerlo, en cuyo supuesto está la policía ejerciendo la función que le otorga el art. 282 LECrim. En tal caso el delito arranca de una ideación criminal que nace libremente en la inteligencia y voluntad del autor y se desarrolla conforme a aquella ideación hasta que la intervención policial se cruza, con lo que todos los actos previos a esa intervención policial son válidos para surtir los efectos penales que le son propios, según el grado de desarrollo delictivo alcanzado y sólo a partir de la actuación simulada de los agentes los actos realizados serán irrelevantes por la imposibilidad de producción de sus efectos. En otras palabras, la provocación policial que actúa sobre un delito ya iniciado sólo influirá en el grado de perfección del mismo, en función del momento del ‘iter criminis’ en que aquella intervención se produjo, bien limitándose a su descubrimiento y constatación en la fase post consumativa o de agotamiento, bien originando su frustración o tentativa si la intervención policial se produce

antes de que el delito se haya consumado.

[...] Sin embargo, no es el caso (agente provocador) de los autos, ya que lo que sucedió, simplificando, fue que la Policía Judicial en colaboración con la DEA sustituyó por el intermediario entre el productor/vendedor de la cocaína y el comprador personas o entidades cuya exacta identificación no se obtuvo en los autos. Además, en el caso de no haberse interceptado en el mar, el estupefaciente seguiría su trayecto ‘normal’ hasta el comprador.

Por tanto, aunque se admita que el empleo de los agentes encubiertos se usó hasta el límite, no estamos ante una acción provocadora. Cabe añadir que los investigados se prestarían a hacer lo que hicieron, de la misma forma, si la droga no hubiese sido entregada por la Policía Judicial, sino por cualquier intermediario relacionado con el circuito al que estaba destinada inicialmente (España, Tribunal Supremo. “Sentencia” Sala 2ª n° 173/2019, de 1 de abril de 2019 –Roj.: 234/2018–).

En la S. TS., Sala 2ª, n° 863/2011, de 21 de julio –Roj.: STS 5143/2011– se argumenta que el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su propia y personal actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquel, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al propio tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido²¹. Al tiempo, se niega la existencia del delito provocado cuando la actuación policial haya tenido lugar incidiendo sobre una conducta ya existente que permaneciera oculta. Esta posibilidad es frecuente cuando se trata de delitos como el de tráfico de drogas, que se desarrollan sobre la base de conductas muy variadas entre las cuales está la mera tenencia con destino al tráfico, que ya supone la consumación. En consecuencia, cuando la actuación policial pone de relieve la existencia de una tenencia o de un poder de disposición sobre la droga con destino al tráfico, no puede apreciarse la existencia de delito provocado, pues simplemente se ha hecho aflorar algo previamente existente e independiente de la referida actuación policial. Doctrina mantenida sustancialmente²².

En distintos precedentes se ha estimado la existencia de tal clase de actuaciones incitadoras de una conducta delictiva que no se habría podido demostrar que hubiera

²¹ Cfr.: España, Tribunal Supremo, “Sentencia” Sala 2ª, n° 24/2007, de 25 de enero –Roj.: STS 772/2007- y n° 467/2007, de 1 de junio –Roj.: STS 3629/2007-.

²² Cfr.: España, Tribunal Supremo, “Sentencia”, Sala 2ª, n° 1233/2000, de 29 de junio –Roj.: STS 5332/2000-; n° 313/2010, de 8 de abril –Roj.: STS 1966/2010-; n° 690/2010, de 1 de julio –Roj.: STS 3937/2010-; 1155/2010, de 1 de diciembre –Roj.: STS 7317/2010- y 104/2011, de 1 de marzo –Roj.: STS 1316/2011-.

tenido lugar de no haber mediado la incitación realizada por el agente provocador o por alguien que actuara en connivencia con el mismo, lo que ha conducido en esos casos a la absolución de los recurrentes, extendiendo los efectos de la estimación a los no recurrentes²³.

En las SS. TS., Sala 2ª, núms. 1166/2009, de 19 de noviembre –Roj.: STS 7467/2009– y 835/2013, de 6 de noviembre –Roj.: STS 5352/2011–, se sostiene que la provocación delictiva es una inducción engañosa que supone generar en otro el propósito de delinquir; lo que no se da cuando este, es decir, el sujeto investigado, es el dueño de la iniciativa criminal, al haber tomado por su cuenta la decisión de llevar a cabo una acción penalmente antijurídica.

Según jurisprudencia consolidada²⁴, la figura del agente encubierto se distingue porque el que actúa como tal “no crea las condiciones materiales del delito ni induce a ejecutarlo”, sino que, “sabiendo por un medio legítimo que está en curso de realización y podría llegar a cometerse, actuando con autorización judicial al efecto, se infiltra en el grupo criminal”, mimetizándose dentro del mismo con alguna contribución “accesoria, no determinante”, para neutralizarlo y propiciar la detención de sus componentes.

Y en la S. TS., Sala 2ª, nº 395/2014, de 13 de mayo –Roj.: STS 2114/2014–, se establece que el delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía. Supuesto distinto es la actividad del agente tendente a verificar la comprobación del delito. No puede pues confundirse el delito provocado instigado por el agente con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial.

La relación y diferencias que se pueden establecer entre el agente provocador y el agente encubierto se pueden concretar en

1. La existencia de ánimo delictivo propio en los autores en el caso del agente provocador.
2. Que la actividad policial del agente encubierto es meramente investigadora. No hay delito provocado cuando la actividad policial tiene un animus tendencial dirigido a realizar una investigación de la actividad de las personas que son sometidas a investigación, y se llevan a cabo operaciones en base a las conversaciones con los implicados que son los que tienen el animus inicial delictivo.
3. La conducta del agente encubierto es consecuencial a la conducta de los investigados. No es el agente encubierto el que lleva a cabo las iniciales

²³ Cfr.: España, Tribunal Supremo, “Sentencia”, Sala 2ª, de 2 de marzo de 1994 –Roj.: 1366/1994–, 1552/2002, de 30 de setiembre –Roj.: STS 6355/2002–.

²⁴ Cfr.: España, Tribunal Supremo, “Sentencia”, Sala 2ª, nº 39/2012, de 1 de febrero –Roj.: STS 771/2012–.

conversaciones para la operación a desplegar, sino al revés. Que este acepte no quiere decir que sea un delito provocado, sino que éste recibe la información de los investigados y actúa en su calidad de agente encubierto, facilitando la operación a los superiores y fiscalía para el resultado de la operación y la detención.

4. No debe confundirse la investigación del agente encubierto con tomar la iniciativa el autor de una intención delictiva preexistente. Hay que distinguir entre el delito provocado y la forma de averiguación de un verdadero delito, supuesto en el que el hecho delictivo ya existe y viene determinado por la actuación espontánea del autor, que quiere realizarlo sin estar previamente estimulado por un agente provocador.
5. Es delito provocado incitar a cometerlo con actos manifiestos y claros. En el delito provocado resulta, ante todo, imprescindible el hecho de la inexistencia previa de cualquier actividad delictiva en trance de comisión del concreto delito de que se trate, de modo que si la ejecución del mismo da comienzo solo a partir de la intervención del funcionario o agente provocador, pudiendo llegar a afirmarse con seguridad que de no haberse producido tal intervención provocativa el delito no se hubiera llegado a cometer, al menos en las circunstancias concretas en las que el mismo se produjo, sí que deviene procedente la calificación, como delito provocado de esa conducta ilícita y, por consiguiente, con fundamento en lo inadmisibles de dicha provocación por parte de las autoridades. Todo ello, entendido como contribución eficaz y determinante a la comisión de un delito, la procedencia de su carácter impune. Pero cuando, como aquí, no es que se hubiese iniciado la ejecución del ilícito, sino que los actos realizados por los diferentes partícipes, poseyendo y trasladando la sustancia prohibida, ya podían considerarse integrantes de la consumación de semejante infracción, el que uno de los funcionarios, en concreto un guardia civil, objeto de ofrecimientos constitutivos de delito de cohecho activo, simulase, siguiendo instrucciones de sus superiores, atender a dichos requerimientos delictivos, a fin de colaborar en el completo conocimiento, y posterior acreditación de las actividades de quienes pretendían corromperle, en modo alguno puede significar provocación para la comisión de un delito que, como se había señalado, ya se había cometido antes de la intervención, por otro lado no buscada por él, del referido guardia que tan ejemplarmente actuó.
6. La labor del agente infiltrado no pretende la comisión del delito. El agente se limita a comprobar la actuación del sujeto, recogiendo pruebas de delitos ya cometidos o que se están cometiendo²⁵.
7. El dolo en el autor o autores ya existe antes de la designación del agente

²⁵ Cfr.: España, Tribunal Supremo, “Sentencia”, Sala 2ª, nº 656/2006, 13 de junio de 2006 –Roj.: STS 3837/2006-, nº 1110/2004, 5 de octubre de 2004 –Roj.: STS 6197/2004- y nº 306/2020, de 12 de junio de 2020 –Roj.: 2836/2020-.

encubierto. El delito arranca de la determinación del sujeto activo, libre, voluntaria y anterior a la intervención del agente policial²⁶, desarrollándose conforme a aquella ideación sin que el agente pueda crear el dolo en los autores, puesto que éstos ya están obrando dolosamente²⁷.

8. La actuación policial será lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito.
9. La provocación de la prueba en el delito provocado. En el delito provocado, la intervención se realiza generalmente por un agente policial o un colaborador -el agente provocador- antes de que los posibles autores hayan comenzado la preparación del hecho punible²⁸ y se realiza en virtud de la inducción engañosa que, con el objetivo de conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta delictiva que se espera²⁹, incitándole a perpetrar una acción, que previamente no tenía propósito de cometer, de forma que, de no existir ésta, el delito no se habría producido³⁰, pues la voluntad de delinquir no surge por su propia y libre decisión³¹, sino a través de una especie de instigación o inducción³², en los términos del artículo 28.a) del CP.

10. Elementos del delito provocado

- i. *elemento objetivo/teleológico*: patentizado en la iniciativa del agente provocador, efectuada sobre el provocado, de manera que éste actúa a consecuencia de la incitación de que es objeto, y que tiene por intención obtener del provocado la respuesta esperada, con la finalidad última de detenerle;
- ii. *elemento subjetivo*: constituido por la creación que realiza un agente policial de un dolo de delinquir en un tercero, mediante la incitación a la comisión de un delito, si bien esta inducción es engañosa.
- iii. *elemento material*: integrado por la ausencia de riesgo o puesta en peligro para el bien jurídico protegido, porque la operación, desde su ideación,

²⁶ Cfr.: España, Tribunal Supremo, “Sentencia”, Sala 2ª, nº 1110/2004, de 5 de octubre de 2004 –Roj.: STS 6197/2004- y nº 1154/2006, 13 de noviembre de 2006 -Roj.: STS 6971/2006-.

²⁷ Cfr.: España, Tribunal Supremo, “Sentencia”, Sala 2ª, nº 1090/1999, de 23 de junio de 1999 –Roj.: STS 4465/1999-

²⁸ Cfr.: España, Tribunal Supremo, “Sentencia”, Sala 2ª, nº 1090/1999, de 23 de junio de 1999 -Roj.: STS 4465/1999- y nº 24/2017, de 25 de enero de 2007 –Roj.: STS 772/2007.

²⁹ Cfr.: España, Tribunal Supremo “Sentencia” Sala 2ª, nº 178/2006, de 16 de febrero de 2006 -Roj.: STS 1199/2006-.

³⁰ Cfr.: España, Tribunal Supremo “Sentencia” Sala 2ª, nº 240/2004, de 3 de marzo de 2004 -Roj.: STS 1458/2004-, nº 660/2006, 6 de junio de 2006 -Roj.: STS 4111/2006- y nº 1154/2006, 13 de noviembre de 2006 –Roj.: STS 6971/2006-.

³¹ Cfr.: España, Tribunal Supremo “Sentencia” Sala 2ª, nº 656/2006, de 13 de junio de 2006 -Roj.: STS 3837/2006-.

³² Cfr.: España, Tribunal Supremo “Sentencia” Sala 2ª, de 15 de septiembre de 1993 –Roj.: STS 5911/1993-.

está bajo el control policial. Por tanto, la acción es atípica, no cabiendo acción punible, ni sanción³³.

Se coincide con Eloy M. López cuando sostiene que

[s]e puede afirmar que la diferencia entre ambas actuaciones -la primera, la del agente provocador, para aceptarla; y la segunda, el delito provocado, para rechazarla como forma de investigación criminal y declarar impunes a sus actores- está consolidada en la jurisprudencia (cuya cita por copiosa omitimos) e incluso ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional (STC núm. 11/1983 de 21 de febrero) antes de que dicha doctrina se asentara en el TS (incluso aunque alguna doctrina se empeñe en desconocer esta evidencia.³⁴

Por su parte, la distinción entre agente provocado y agente encubierto es, igualmente, abordado por los Tribunales portugueses, afirmando que:

IIº En el tema de la infiltración policial, la doctrina y la jurisprudencia distinguen entre el agente provocador por un lado y, por otro, el agente encubierto y el agente encubierto;

IIIº El agente causal será el miembro del cuerpo criminal de policía o alguien a su mando que por su acción engañosa efectivamente sugiere al autor la voluntad de cometer el delito que no había representado previamente y lo lleva a practicarlo, cuando sin dicha intervención la actividad delictiva no se habría producido. La voluntad de delinquer surge o se refuerza en el autor, no por su propia decisión libre, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, el miembro del cuerpo policial;

IVº Agente encubierto - policía o agente comandado por él - es quien se insinúa en los medios en los que se cometen delitos, con ocultación de su calidad, con el fin de ganarse la confianza de los delincuentes, con el fin de obtener información y pruebas en su contra, pero sin determinarlos para cometer delitos. En este caso, el agente no eleva el delito, se presenta a la organización con el objetivo de descubrir y castigar al delincuente, no actuando para dar vida al crimen, sino contribuyendo a su descubrimiento.³⁵

Distintos pronunciamiento judiciales del Tribunal Supremo, igualmente, pueden

³³ Cfr.: España, Tribunal Supremo, “Sentencia” Sala 2ª, nº 104/2019, de 27 de julio –Roj.: STS 771/2019-.

³⁴ Eloy M. López, “Agente encubierto y agente provocador, ¿dos figuras incompatibles?”, *Diario La Ley*, n.º 5822 (2003): 2.

³⁵ Cfr.: Portugal, “Sentencia” de 22 de marzo de 2011.

ubicarse en EE.UU.³⁶ en relación al tema que se ha venido planteando. En 1932, en el caso *Sorrells vs. United States* -287 U.S. 435 (1932)-^{37 38}, el Tribunal Supremo reconoció la defensa del engaño artificial, ya que era el gobierno a través de uno de sus agentes el que había implantado el designio criminal en la mente de una persona inocente, para predisponerla a cometer el delito y lograr su condena. Posteriormente, en 1973 en el caso *United States vs. Rusell* -411 U.S. 423 (1973)-³⁹, el Tribunal Supremo confirmó una absolución al señalar que el gobierno a través de agentes encubiertos no podía permitirse instigar la comisión de delitos para lograr condenas. En 1976, en el caso *Hampton vs. United States* -425 U.S. 484 (1976)-⁴⁰, el Tribunal Supremo señaló que el proceso debido no fue violado por el hecho de emplear a un agente encubierto que le suministró contrabando de heroína a un sospechoso, quien luego la vendió a otro agente encubierto, pues a pesar del comportamiento de la policía existía un delincuente predispuesto. Y, en 1992 en el caso *Jacobson vs. United States* -(90-1124), 503 U.S. 540 (1992)-⁴¹, el Tribunal Supremo señaló que el agente encubierto era una táctica para hacer cumplir la ley, ante la problemática de resolver algunos crímenes, pero que la predisposición de una persona a delinquir debía estar presente antes de que los agentes del gobierno entraran en contacto con ella, y no en un tiempo posterior, pues en este caso el delito sería provocado por el mismo gobierno, al no tener la supuesta predisposición un origen independiente y distinto del propio esfuerzo que los agentes venían dirigiendo hacia el imputado.

En definitiva, como recuerda Zafra:

La mayoría de las legislaciones existentes sobre la materia objeto de investigación, coinciden con que las labores de agente encubierto deben ser desarrolladas por una persona perteneciente a la función pública, concretamente un agente policial. De este modo, a excepción del estado danés, donde se permite que la infiltración policial sea llevada a cabo por particulares, el resto de los ordenamientos como Alemania, España, Bélgica, Suiza, Francia, Italia, Chile, Argentina, entre otros-, hacen recaer el trabajo de agente encubierto a las fuerzas de seguridad de los diferentes Estados.

La condición de agente encubierto lleva consigo una serie de riesgos que sólo pueden ser asumibles por un agente de las fuerzas de seguridad de los Estados. En este sentido, consideramos que la actuación de los particulares debe quedar al margen⁴².

³⁶ Cfr.: Andrés David Ramírez, *El agente encubierto frente a los derechos constitucionales a la intimidad y a la no incriminación*, 37-38.

³⁷ Cfr.: Como referencia: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/287/435>.

³⁸ Vid.: Lambert M Surhone, L. M.: *Sorrells V. United States*. Ed. Tennoe, M. T. y Henssonow, S. F. 2010

³⁹ Cfr.: Como referencia: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/423/>.

⁴⁰ Cfr.: Como referencia: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/484/>

⁴¹ Cfr.: Como referencia: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/90-1124.ZS.html>

⁴² M^a Del Rocío Zafra, *Los presupuestos de la infiltración policial*, 78-79.

Diferente del agente encubierto y agente provocador surge el arrepentido, cuya intervención en la investigación puede dar origen a lo que se denomina como infiltración sobrevenida, poniendo de manifiesto Zafra que:

[...] el arrepentido puede considerarse como el instrumento que permite a las autoridades introducirse en las altas esferas de la organización supuestamente criminal que se trata, de investigar, a través de la información que brindan quienes la componen. Se consideran como un instrumento poderoso, quizás uno de los de mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia organizada.⁴³

El confidente, se diferencia de las figuras ya expuestas, en opinión de Zafra, en que se trata de una forma de colaboración con las autoridades penales “[...] proporcionando información acerca de la organización criminal que se pretende investigar”⁴⁴.

V. Mantenimiento de la identidad

La identidad otorgada al agente encubierto, conforme prescribe el numeral 2 del artículo 484 COIP, será mantenida durante la versión que se presente en el proceso.

El tema de la identidad supuesta de la que se dota al funcionario para ejercer como agente encubierto es una de las que más transformación ha sufrido en los últimos años. Ello por cuanto era *usus fori* que cada vez que se nombraba al agente encubierto en los informes se hacía con la identidad supuesta, mientras que cuando se llegaba al juicio oral se le citaba con su número de carnet profesional (en el mejor de los casos), o incluso con su nombre real (en el peor)⁴⁵.

Entiende Cardoso Pereira⁴⁶ que la utilización de la identidad supuesta, junto con la estrategia del engaño, son elementos consustanciales a la infiltración policial. Sin el empleo de estas técnicas policiales jamás se podrá esperar un éxito en las tareas de investigación del infiltrado, a la vez que no habría manera de conquistar la confianza de los demás miembros de la organización criminal.

Pone de manifiesto Zafra que:

[I]a ocultación de la verdadera identidad del infiltrado, permite que el Estado luche desde el interior de la organización criminal, permitiendo, de este modo, llegar la cúpula del entramado organizativo objeto de investigación.

⁴³ M^a Del Rocío Zafra, *Los presupuestos de la infiltración policial*, 78-79.

⁴⁴ M^a Del Rocío Zafra, *Los presupuestos de la infiltración policial*, 78-79.

⁴⁵ Paloma Conde-Pumpido, *El agente encubierto en la legislación española*, (España: Fiscalía Especial Antidroga, 2017), 49, <http://docplayer.es/55044422-El-agente-encubierto-en-la-legislacion-espanola-paloma-conde-pumpido-fiscalia-especial-antidroga.html>.

⁴⁶ Flavio Cardoso, “Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos”, 281.

Con ello, se persigue, no sólo la eventual condena que pudiera recaer sobre los miembros de la organización en el concreto caso, sino la erradicación, del panorama delincencial, de la organización criminal objeto de investigación como fin último de la utilización de este medio de investigación. Es por esto que la infiltración policial debe establecerse como el medio apto y eficaz para luchar contra la cúpula de la organización, contra el mando de poder, contra los «hombres de atrás» que, en definitiva, es donde se encuentra toda la esencia de esta modalidad de la actividad criminal de estos entramados.⁴⁷

De otra parte, está bastante extendida la idea de que los órganos de persecución penal no consiguen obtener informaciones, datos y pruebas contra los grandes clanes de delincuencia organizada, en razón de que a cada día aumenta de forma sensible la opacidad de sus actuaciones y el cierre de la organización al mundo exterior, encontrándose el Estado de derecho con una fuente cerrada de actos ilícitos de significativa gravedad.

Asimismo, la justificación para que se acepte el uso del engaño en una técnica de investigación criminal se debe, entiende Cardoso⁴⁸, a la clandestinidad, sofisticación y alta peligrosidad que representan las nuevas formas de criminalidad organizada.

El secreto sobre la efectiva identidad del infiltrado representa una *conditio sine quo non* para que pueda cumplirse una acción encubierta de penetración en el seno de una determinada organización de delincuentes, con la finalidad fundamental de establecer una relación de confianza e intimidad con los presuntos delincuentes que le permita obtener información que sirva para la persecución penal de los mismos.

La identidad ficticia sería, en síntesis, un instrumento excelente para infiltrar a un agente en una organización delictiva, otorgando credibilidad al agente y provocando dificultades en lo relativo al descubrimiento de su verdadera identidad. Sin embargo, la creación de una identidad ficticia puede provocar un problema legal. Así, tal vez se necesite modificar los registros oficiales para poder emitir documentos de identidad, licencias de conducir y establecer una historia creíble de la persona.

Amén de las dificultades anteriormente apuntadas, la identidad supuesta es una simulación que permite el ordenamiento jurídico para introducirse en las organizaciones criminales, en donde el agente ha de desempeñar un papel que confunda a los integrantes de tal organización y les permita suponer que se trata de uno de ellos.

Fija el COIP que la autorización para utilizar la identidad no podrá extenderse por un período superior a dos años, prorrogable por dos años más mediante debida justificación.

⁴⁷ M^a Del Rocío Zafra, *Los presupuestos de la infiltración policia*, 27.

⁴⁸ Flavio Cardoso, “Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos”, 282.

De una lectura atenta de la normativa analizada parece deducirse que la identidad real del agente encubierto deberá quedar oculta hasta, al menos, la finalización del proceso, siendo denominado en todo momento por la identidad supuesta que le hubiera sido otorgada, exigiéndose la existencia de una resolución motivada en la que se acuerde dicho extremo y siéndole de aplicación, como no podía ser de otra manera. Todo ello con el objetivo, ya no solo de asegurar el éxito de la investigación, sino de proteger personalmente al agente encubierto, a las personas de su familia y de su entorno⁴⁹.

El resultado de las investigaciones llevadas a cabo por el agente encubierto, a falta de intervención de la autoridad judicial en la confección de una prueba preconstituida, solamente podrá ser llevada a juicio, con plena aptitud para enervar la presunción de inocencia, a través de la declaración testifical del citado agente encubierto en la audiencia de juicio que el tribunal sentenciador valorará en conciencia⁵⁰.

Se analizarán algunos problemas que pudiera suscitar la mencionada ocultación de identidad del agente encubierto⁵¹:

- El derecho a ser informado de la acusación

El artículo 8.2 b) CADH ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculcado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculcado rinda su primera declaración. Sin esta garantía, se vería conculcado el derecho de aquel a preparar debidamente su defensa⁵². En el caso *López Álvarez vs. Honduras*, quedó demostrado que el Sr. Alfredo López Álvarez rindió su declaración indagatoria el 29 de abril de 1997, sin contar con la asistencia de un abogado defensor. De la prueba aportada consta que ese mismo día la presunta víctima nombro a su abogado defensor, cuya acreditación ante el Juzgado de Letras Seccional de Tela fue presentada el 30 de abril de 1997 y este Juzgado admitió el escrito el 2 de mayo de 1997. El citado 30 de abril de 1997, el Ministerio Público presentó ante el Juzgado de Letras Seccional de Tela la acusación por posesión, venta y tráfico de cocaína en contra del Sr. Alfredo López y otras personas. Por lo que, el Sr. López Álvarez rindió su declaración indagatoria sin conocer previa y detalladamente

49 Adán Carrizo, “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”, *Revista Brasileña de Direito Processual Penal* 3, n° 2, (2017): 525.

50 *Cfr.*: Joaquín Delgado, “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto.”, 2.

51 Joaquín Delgado, “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto.”, 9-10.

52 Iberoamérica, Corte Iberoamérica de Derechos Humanos “Sentencia”, de 24 de junio de 2005, *caso Acosta Calderón vs. Ecuador*

la acusación formulada en su contra⁵³.

Afirma Asencio que es necesario el conocimiento de la imputación desde los primeros momentos, puesto que sin los datos de la misma no es posible el ejercicio de los demás derechos, o lo que es lo mismo, no se puede guardar silencio o declarar en un sentido determinado si no se conoce la base que justifica una actividad⁵⁴.

La inobservancia de la comunicación de los derechos instrumentales que componen el derecho de defensa, conlleva a la inutilizabilidad de la declaración prestada, no pudiendo ser tomada en cuenta como prueba de cargo, ni resultar provechosa en contra del procesado durante la fase procesal⁵⁵. Estos efectos que se ponen de relieve son importantes en relación a la declaración prestada en el transcurso de la infiltración policial, puesto que el ejercicio de estos derechos se ve entorpecido y la finalidad que persiguen totalmente burlada en el caso de que el agente encubierto formule las preguntas de manera engañosa.

El derecho a ser informado de la acusación es un derecho instrumental del derecho de defensa, que sido ha reconocido expresamente por el artículo 77.7 a) CPR, protegiéndolo como derecho constitucional. El mismo no puede entenderse satisfecho con la mera puesta en conocimiento del delito perseguido, sino que el imputado deberá ser informado de los hechos históricos en los que se fundamenta la inculpación, y ello no solo en su esencialidad, sino de forma exhaustiva y pormenorizada, incluyendo el material probatorio en el que se basa la acusación, con la finalidad de favorecer la oportuna oposición en los términos deseados por el inculpado⁵⁶.

Una manifestación específica de los principios de audiencia y contradicción en el proceso penal lo constituye el derecho a ser informado de la acusación –hoy sancionado por los artículos 8.2 c) CADH, 14. 3º d) PIDCP y 6, 3 a) CEDH–, lo que implica la obligación de dar traslado del escrito de acusación con un tiempo prudencial para que el acusado pueda eficazmente contestarla y, además:

1. La obligación de información al imputado de todos sus derechos y, en particular, de los efectos desfavorables que pueden derivarse de su sometimiento voluntario a un determinado acto de investigación;
2. La obligación de ilustración de la imputación con carácter previo a su interrogatorio policial o M.F., a fin de que pueda eficazmente oponerse a ella dentro de la instrucción;

⁵³ Iberoamérica, Corte Iberoamérica de Derechos Humanos “Sentencia”, de 1 de febrero de 2006, caso *Álvarez vs. Honduras*.

⁵⁴ José-Mª Asencio, *Prueba prohibida y prueba preconstituida* (Madrid: Trivium, 1989), 122.

⁵⁵ Cfr.: Mª del Rocío Zafra, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, 207.

⁵⁶ Cfr.: Fernando Gascón, *Infiltración policial y agente encubierto*, 108; Mª del Rocío Zafra, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, 207.

3. La puesta en conocimiento de dicha imputación a través de una lengua que comprenda, o el de ser asistido el imputado en sus declaraciones por un intérprete (artículos 8.2 a) CADH, 77.7 a) CPR);
4. El objeto de dicha información ha de ser el hecho punible, cuya comisión se le atribuye al imputado (artículo 77.3 CPR) y
5. El derecho del acusado a defenderse frente a la pretensión penal formulada contra él.

De esta forma, la actuación de un agente encubierto supone graves restricciones del derecho de defensa, no solamente porque el procesado no podrá acceder a la identidad real del agente, pudiendo mantenerse la supuesta incluso durante la audiencia de juzgamiento, sino también porque la policía tenderá a ocultar importantes datos fácticos sobre la actuación del agente encubierto, que quedarán dentro del ámbito policial sin acceder al proceso judicial⁵⁷.

Dejando para el siguiente epígrafe el análisis del primer problema, el segundo solamente puede ser mitigado mediante la exigencia de un efectivo y riguroso control judicial, con las características anteriormente expuestas.

- Mantenimiento de la identidad supuesta durante la audiencia de juzgamiento. El mantenimiento de la identidad supuesta durante la toda la tramitación del proceso penal, también durante la audiencia de juzgamiento, sin que las partes lleguen a conocer la real, supone una necesidad primaria para el correcto funcionamiento, o incluso para la propia existencia, de la figura del agente encubierto.

- La contradicción no se elimina, sino que se restringe. Las razones que se exponen a continuación permiten afirmar que la contradicción en relación a la testifical del agente encubierto no se somete a una total ablación, sino que se restringe.

En primer lugar, el agente encubierto debe comparecer a audiencia de juzgamiento, declarando allí como testigo sometándose a las preguntas de las partes. En segundo lugar, el agente encubierto declarará en la audiencia de juzgamiento ante la plena visión tanto de las partes como del público y del tribunal sentenciador, haciéndolo con la identidad por la que es conocido por los miembros de la organización investigada. Por último, el órgano judicial debe informar al procesado sobre la naturaleza de agente encubierto del testigo, aunque se siga ocultando su identidad real. Se trata de una información que puede resultar muy útil a la defensa, sin que exista ninguna razón que permita negársela. Asimismo, esta postura resulta compatible con la interpretación

⁵⁷ Fernando Gascón, *Infiltración policial y agente encubierto*, 108; M^a del Rocío Zafra, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, 207.

más adecuada a la eficacia del derecho constitucional afectado (el derecho de defensa).

El TEDH determinó que Rumania era responsable por la violación del artículo 6, inciso 1 (derecho a un proceso equitativo) del CEDH. Para decidir de ese modo, el tribunal recordó su jurisprudencia relativa a las técnicas de investigación en casos de tráfico de drogas. En ese sentido, sostuvo que

[...] el uso de agentes encubiertos puede ser tolerado siempre que esté sujeto a restricciones claras y garantías, el interés público [agregó] no puede justificar el uso de las pruebas obtenidas como resultado de la incitación policial, ya que ello podría exponer al acusado al riesgo de ser definitivamente privado de un juicio justo desde el comienzo (*cf.* párr. 28).

A su vez, sostuvo que

[...] si bien el uso de métodos especiales de investigación –en particular, las técnicas encubiertas– no pueden violar por sí mismas el derecho a un juicio imparcial, el riesgo de incitación policial derivado de tales técnicas significa que su uso debe mantenerse dentro de límites claros (*cf.* párr. 29).

El tribunal manifestó que, en los casos en que se alegue incitación, “[...] tratará, en un primer momento, de determinar si el delito habría sido cometido sin la intervención de las autoridades” (*cf.* párr. 31). Asimismo, el TEDH indicó que

[c]omo regla general, [...] exigirá que los agentes encubiertos –y otros testigos que puedan manifestarse sobre la cuestión de la incitación– sean oídos en el juicio e interrogados por la defensa o, al menos, que se den razones detalladas para no hacerlo de esa manera (*cf.* párr. 41).

En relación con esto, el tribunal consideró que

[...] la primera cuestión que debe examinar [...] es si los agentes del Estado que realizan la actividad encubierta permanecen dentro de los límites del comportamiento ‘esencialmente pasivo’ o van más allá de ellos, actuando como agentes provocadores” (*cf.* párr. 42).

A su vez, el TEDH observó que

[...] el tribunal nacional estaba bajo la obligación de tomar las medidas necesarias para descubrir la verdad, teniendo en cuenta que la carga de la prueba para demostrar que no hubo incitación corresponde a la fiscalía.

En ese sentido, sostuvo que

[...] los tribunales nacionales no verificaron la declaración incluida en el informe inicial

[...] respecto de la información que tenía la policía sobre la participación del peticionario en el tráfico de drogas. Eso habría ayudado a aclarar las razones por las que se había creado la operación y, más concretamente, si las autoridades actuaron sobre la información recibida de un particular y, por lo tanto, se sumaron a un delito continuo, o si la información había sido recopilada directamente por la policía, con el riesgo de extender su papel a la de agentes provocadores (*cf.* párr. 49).

Por último, el tribunal indicó que

[...] la transacción tuvo lugar varios meses después del primer contacto entre el peticionario y el agente encubierto y que, entretanto, el oficial había llamado al peticionario varias veces para preguntar sobre la disponibilidad de las drogas. En este contexto [...] pudo ser necesario que los tribunales nacionales también intentaran aclarar el alcance de la insistencia del agente encubierto (*cf.* párr. 51).⁵⁸

VI. Protección del agente encubierto

De ser necesario en el caso concreto investigado, prescribe el artículo 484 numeral 5 COIP que todo agente encubierto tendrá las mismas protecciones que los testigos. Prescribe el artículo 198 CPR que

[I]a Fiscalía General del Estado dirigirá el sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, para lo cual coordinará la obligatoria participación de las entidades públicas afines a los intereses y objetivos del sistema y articulará la participación de organizaciones de la sociedad civil.

El sistema se regirá por los principios de accesibilidad, responsabilidad, complementariedad, oportunidad, eficacia y eficiencia.

⁵⁸ *Cfr.*: Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Sentencia de 14 de febrero de 2017, *caso Pătrașcu vs. Rumanía*.”

En Ecuador, existe el Sistema Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Otros Participantes en el proceso penal (SPAVT)⁵⁹, que ofrece protección a ciertas personas cuando se encuentran en riesgo por ser parte de un proceso penal. Estas pueden ser víctimas, testigos u otros participantes. El objetivo es asegurar su participación durante las diferentes etapas de un proceso legal, para así protegerlos de cualquier acción en contra de ellos y evitar que el caso en el que participan quede impune.

El SPAVT tiene 23 unidades de protección que integran equipos en las áreas psicológica⁶⁰, jurídica⁶¹, trabajo social⁶² y de protección a través de agentes de la Policía Judicial UPVT.

Ante la inminencia de un riesgo de peligro para la vida de un agente encubierto deberá presentar denuncia en la Fiscalía más cercana, realizando el fiscal o el juez la solicitud de ingreso, gestionando su protección el SPAVT.

La imposibilidad de la Fiscalía General del Estado de administrar su presupuesto impide la mejora del SPAVT tal y como ha tenido ocasión de denunciar la propia Fiscalía General en Comunicado de 16 de marzo de 2021, lo que, seguramente, podría ocasionar dificultades en la prestación del servicio de protección del agente encubierto que lo solicite.

VII. Valor procesal de las versiones del agente encubierto

Las versiones del agente encubierto servirán, conforme dispone el numeral 6 del artículo 484 COIP, como elementos de convicción dentro de la investigación.

Al mismo tiempo, junto con esta finalidad inmediata, común a cualquier medio de investigación, añade Zafra que

[...] el agente encubierto persigue un fin mediato centrado en el conocimiento interno de la organización, procurando así llegar a su desarticulación total. De este modo, podemos afirmar que la finalidad concreta de la intervención del agente encubierto es la de conseguir información relevante y suficiente para llegar a la desarticulación de la organización y la prevención y combate de los

⁵⁹ Vid.: Artículo 78.II CPR “Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.”

⁶⁰ Comprenderá: a) Atención en crisis, b) Terapias individuales y c) Acompañamiento psicológico en diligencias penales –cfr.: <https://www.fiscalia.gob.ec/proteccion-y-asistencia-a-victimas-testigos/>.

⁶¹ Consistirá en: en visitas programadas diarias a los protegidos; que pueden incluir la vigilancia domiciliaria a través de patrullajes por parte de la Policía Comunitaria -cfr.: <https://www.fiscalia.gob.ec/proteccion-y-asistencia-a-victimas-testigos/>.

⁶² Brindará seguridad a través de personal policial, en horas concretas o de manera permanente, en casos de extremo peligro contra la integridad personal, como medida excepcional y temporal –cfr. <https://www.fiscalia.gob.ec/proteccion-y-asistencia-a-victimas-testigos/>.

hechos delictivos cometidos por la misma.⁶³

Con carácter previo a abordar la previsión normativa referida al valor procesal de las versiones del agente encubierto, debe precisarse que en tanto el derecho penal puede asimilarse al conjunto de normas que regulan la realización de los actos encaminados a comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena, no puede estudiarse aisladamente, sin tener presente la constante tensión y conflicto existente entre dos intereses fundamentales de la sociedad: la eficiencia en la aplicación de la ley penal (fuerza estatal) y el sistema de garantías frente al uso de la fuerza estatal⁶⁴.

Precisamente, sobre esta identidad supuesta y, concretamente, sobre la posibilidad de mantener dicha identidad cuando el agente encubierto testifique en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubiera intervenido, es sobre la que plantea una de las mayores interrogantes sobre los riesgos que la actuación de los agentes encubiertos pueden conllevar para las garantías procesales de un Estado constitucional de derechos y justicia, ya que desde el punto de vista procesal, la actividad de un agente encubierto podría llegar a afectar gravemente a distintos derechos constitucionales de las personas investigadas, no solo por la intromisión continuada en la vida privada de estas, atentando contra su derecho a la intimidad, sino también contra su derecho de defensa, tanto durante la instrucción como durante la audiencia de enjuiciamiento. En este momento, se puede presentar una doble posible interpretación de qué es lo que debe mantenerse oculto durante la fase de juicio oral para poder salvaguardar ese derecho de defensa: la identidad real del agente encubierto o la misma existencia de una infiltración policial.

La información suministrada por el agente encubierto debería ser más un medio de investigación que una fuente de prueba, de tal forma que tienda a evitarse su declaración como testigo; y, si comparece en esta condición, resultaría adecuado que no constituya la principal prueba de cargo⁶⁵. Entiende Hinojosa⁶⁶ que los posibles estandartes o criterios mínimos a la hora de valorar la prueba en estos casos serían:

(a) la carga de la prueba debe recaer en la acusación, en particular en lo referido a desvirtuar la hipótesis de la defensa y en demostrar que no hubo incitación por parte del agente; (b) no es suficiente como plena prueba la declaración inculpativa del agente encubierto, sino que se debe brindar otros elementos de prueba, no bastando simplemente con otros elementos de carácter indiciario;

⁶³ M^a del Rocío Zafra, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, 94.

⁶⁴ Cfr.: Alberto M. Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2^a ed. Ampliada, 5^a reimpresión, 1999), 48.

⁶⁵ Cfr.: Conclusión II. Jornada sobre el Marco jurídico del Agente Encubierto, organizadas por la Comisaría General de Policía, en colaboración con el CGPJ, Ministerio de Justicia y Fiscalía del Estado. Madrid, el 29 de mayo de 2015.

⁶⁶ Laura Hinojosa, “Valoración del testimonio del agente encubierto. el estado como agente generador de la prueba. colisión de garantías procesales”, *Letra*, n.º 10 (2018).

(c) la pluralidad de testigos independientes (diversidad de líneas de prueba autónomas), examinados por la defensa, podría permitir correlacionar si las circunstancias relatadas por cada uno se acoplan adecuadamente al relato de los demás, no determinando ninguna declaración por sí sola una conclusión certera, pero apuntando todas a la misma dirección, podría ayudar a aumentar el nivel de certeza a la hora de determinar una condena; (d) los elementos materiales aportados por el agente encubierto tampoco deberían ser tomados de forma dirimente, debiéndose incorporar otros elementos probatorios o demostrándose que no han sido alterados y se ha asegurado correctamente la cadena de custodia; (e) si el agente encubierto se convierte en coimputado, su declaración carece de fuerza probatoria, independientemente de la confianza que este produzca en el juzgador; y, (f) se deberá tener en cuenta los argumentos de la defensa, observando las reglas de la sana crítica.⁶⁷

En otras palabras, la intervención judicial es indispensable para otorgar el debido valor probatorio a las actuaciones llevadas a cabo por el agente encubierto, particularmente cuando las acciones de este afecten derechos procesales objeto de protección constitucional. La razón es sencilla, pues la confirmación de que la sola presencia de un agente encubierto afecta a la intimidad de los investigados yace en la exigencia de someter el inicio de la operación a una autorización del juez o del fiscal, este último dando cuenta inmediata al juez.

Sin embargo, es fundamental la participación del Ministerio Fiscal una vez que en su actuación deberá acompañar todo el desarrollo operativo de la infiltración, y acaso perciba que las disposiciones contenidas en la resolución judicial no vienen siendo obedecidas, bien como en caso de ausencia respecto a alguno de los principios procesales penales o constitucionales aplicables, deberá de forma obligatoria solicitar con ahínco ante la autoridad responsable la resolución, la invalidación y la cancelación de la orden para la ejecución del plan de infiltración⁶⁸.

Si el control legalmente establecido no puede garantizar que no ocurran situaciones de excesos y arbitrariedad, imagínese en la hipótesis de una total ausencia de cualquier medida de verificación relativa al desarrollo del procedimiento de infiltración. Sería la institucionalización de aceptación de las irregularidades y abusos de actuación que pueden configurar violaciones de derechos y garantías de aquellas personas sometidas al proceso penal: un auténtico derecho procesal penal del enemigo, donde las garantías son relegadas a un plano inferior, instituyéndose una inaceptable situación de negación de los derechos constitucionales del ciudadano⁶⁹.

Así, la necesidad de control se debe centralizar en la protección y tutela de los derechos del investigado, porque al desconocer este la ejecución de la actividad

⁶⁷ Laura Hinojosa, "Valoración del testimonio del agente encubierto. el estado como agente generador de la prueba. colisión de garantías procesales", 65-66.

⁶⁸ Flavio Cardoso, "Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos", 295.

⁶⁹ Flavio Cardoso, "Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos", 296-297.

autorizada no puede impugnarla ni autodefenderse de ella, por lo que en garantía de sus derechos, el juez y el fiscal deben ser especialmente rigurosos.

El agente encubierto deberá poner en conocimiento de la autoridad competente todas las cuestiones que se vayan planteando y máxime cuando se afectan otros derechos constitucionales, como puede ser, por ejemplo, la intervención de una comunicación telefónica, que afecta al secreto de las comunicaciones, o cualquier otro tipo de situación o circunstancia que se presente como ajena al delito, o incluso la diligencia que surge paralelamente con el hecho delictivo que se está investigando⁷⁰.

La problemática surge cuando se analiza la cuestión de los riesgos en el procedimiento de transmisión de las informaciones y datos entre el agente infiltrado y las autoridades de persecución. Al mismo tiempo que se exige la máxima cautela del agente para no poner en peligro la integridad de la operación y su propia vida, se intenta forzar que el agente encubierto ponga en conocimiento de sus superiores jerárquicos o del juez, con la mayor brevedad posible, todas las informaciones y pruebas obtenidas junto al grupo delictivo.

En síntesis, en cuanto a la resolución por la que se adopta la medida restrictiva, esta deberá estar motivada. Dicha motivación se hará sobre los hechos suministrados por el fiscal “por cualquier medio” (referencia legal verdaderamente imprecisa), guardando la debida reserva (artículo 484.7 COIP), careciendo de todo valor los elementos de convicción obtenidos por el agente encubierto no autorizados, lo que parece correcto en los términos que se expondrán en el Epígrafe IX del comentario al presente art. 484 COIP, si bien no guarda la debida correspondencia con lo previsto en el artículo 76 numeral 4 CPR.

Las versiones de los agentes encubiertos deberán mantenerse debidamente protegidas conforme a las reglas que rigen la cadena de custodia (artículos 76.4 y 195 CPR y 442 y 443 COIP)⁷¹ ⁷². La cadena de custodia no es una especie de liturgia formalizada en la que cualquier falla abocaría a la pérdida. Lo explica la S. TS., Sala 2ª, nº 795/2104, de 20 de noviembre –Roj.: STS 4961/2014–:

La cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental, lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede afectar a la credibilidad del análisis, pero no a su validez.

⁷⁰ Flavio Cardoso, “Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos”, 296-297.

⁷¹ Cadena de custodia: “Es el conjunto de actividades y procedimientos secuenciales que se aplican en la protección y aseguramiento de los indicios y/o evidencias físicas y digitales, desde la localización en la escena del delito o lugar de los hechos, hasta su presentación ante el Juzgador y/o disposición final” Ecuador Fiscalía General del Estado, *Resolución n.o 073-FGE-2014*, Registro Oficial 318, Suplemento, 25 de agosto de 2014. Manual de Cadena de Custodia, https://www.eempn.gob.ec/documentos_2017/MANUAL-DE-CADENA-DE-CUSTODIA-2014-29-05-2014.pdf.

⁷² *Vid.*: Marco Vinicio Ortega-Cevallos, “Una mirada al código orgánico integral penal: desde los deberes y obligaciones de los servidores públicos”, *Domino de las Ciencias* 5, n.º 2 (2019): 464-486.

Constituye un sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias. De ese modo, la cadena de custodia sirve de garantía formal de la autenticidad e indemnidad de la prueba pericial. No es prueba en sí misma. La infracción de la cadena de custodia afecta a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso penal. Por ello, la cadena de custodia constituye una garantía de que las evidencias que se analizan, y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial, son las mismas que se recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de dicha prueba pericial. A este respecto, resulta evidente la relación entre la cadena de custodia y la prueba pericial, por cuanto la validez de los resultados de la pericia depende de la garantía sobre la procedencia y contenido de lo que es objeto de análisis (España, Tribunal Supremo “Sentencia”, Sala 2ª, núm. 587/2014, de 18 de julio –Roj.: STS 4961/2014–).

Conforme establece la S.TS., Sala 2ª, nº 1349/2009, de 29 de diciembre –Roj.: STS 8605/2009–,

la irregularidad de la cadena de custodia no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que, en todo caso, vendrá dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se haya producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, el derecho de defensa; y, en segundo lugar, que las ‘formas’ que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que denominamos genéricamente ‘cadena de custodia’, no tienen sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirven para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones.

En línea semejante, la S. TS., Sala 2ª, nº 777/2013, de 7 de octubre –Roj.: STS 5677/2013– señala que:

[...] la cadena de custodia sirve para acreditar la ‘mismidad’ del objeto analizado, la correspondencia entre el efecto y el análisis o informe, su autenticidad. No es presupuesto de validez sino de fiabilidad. Cuando se rompe la cadena de custodia no nos adentramos en el campo de la ilicitud o inutilidad probatoria, sino en el de la menor fiabilidad (menoscaba o incluso aniquilada) por no haberse respetado algunas garantías

Son dos planos distintos. La ilicitud no es subsanable. Otra cosa es que haya pruebas que por su cierta autonomía escapen del efecto contaminador de la vulneración del derecho (desconexión causal o desconexión de antijuricidad). Sin embargo, la ausencia de algunas garantías normativas, como pueden ser

las reglas que aseguran la cadena de custodia, lo que lleva es a cotejar todo el material probatorio para resolver si han surgido dudas probatorias que siempre han de ser resueltas en favor de la parte pasiva; pero no a descalificar sin más indagaciones ese material probatorio.

VIII. Debida reserva

En caso de realizar diligencias que requieran autorización judicial, conforme dispone el numeral 7 del artículo 484 COIP, el fiscal las solicitará al juzgador competente por cualquier medio, guardando la debida reserva.

La utilización del agente encubierto es un medio excepcional de investigación que puede implicar la restricción de derechos constitucionales, debiendo quedar, como ha quedado precisado anteriormente, a la hora de permitir estas medidas, sometidas a los requisitos de necesidad, idoneidad, adecuación y, por supuesto, autorización judicial que deberá contener una contundente justificación y motivación en la que se demuestre la idoneidad de la medida y que esta responde a una necesidad dentro de los fines de la investigación.

Se exige que concurren indicios de criminalidad sobre la persona a la que va a afectar la medida limitadora del derecho constitucional, partiendo lógicamente de que se trata de recabar elementos incriminadores de los que hasta ese momento se carece.

Como expresa la S. TS., Sala 2ª, nº 926/2007, de 13 de noviembre –Roj.: STS 7440/2007– lo exigible en esta fase no es, desde luego, la aportación de un acabado cuadro probatorio. Pero sí que se pongan a disposición del fiscal aquellos indicios en virtud de los cuales la policía ha podido llegar, de forma no arbitraria, a la conclusión de la necesidad de implantar una medida tan grave.

Los indicios deben apuntar a que se ha cometido un delito y a que la persona que va a sufrir la limitación de sus derechos puede ser penalmente responsable del mismo. Deben concurrir, por tanto, datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo.

El Fiscal ha de sopesar el grado de probabilidad que se deriva de los indicios. Solo cuando este adquiera ciertas cotas que sobrepasen la mera posibilidad, estará justificada la injerencia. No basta una intuición policial, ni una sospecha más o menos vaga, ni deducciones basadas en confidencias. (España, Tribunal Supremo “Sentencia”, Sala 2ª, nº 658/2012, de 13 de julio –Roj.: STS 7440/2007–).

Los indicios que se exigen son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento (España, Tribunal Constitucional “Sentencia” nº 26/2010, de 27 de abril; ESPAÑA. Tribunal Supremo “Sentencia”, Sala 2ª, nº 1592/2003, de 25 de noviembre –Roj.: STS 7457/2003–). Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de datos objetivos, que han

de serlo en un doble sentido: en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.

Han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido (España, Tribunal Constitucional “Sentencia” núms. 26/2010, de 27 de abril, 5/2010, de 7 de abril, 197/2009, de 28 de septiembre y 253/2006, de 11 de septiembre).

Los indicios han de contar con cierto fundamento de investigación identificable y susceptible de ulterior contrastación, que es lo que los distingue de las “meras hipótesis subjetivas” (España, Tribunal Supremo “Sentencia” Sala 2ª, nº 926/2007, de 13 de noviembre –Roj.: STS 7440/2007–).

La decisión del fiscal debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo (España, Tribunal Constitucional “Sentencia” 25/2011, de 14 de marzo; 197/2009, de 28 de septiembre 70/2010, de 18 de octubre, 167/2002, de 18 de septiembre, 184/2003, de 23 de octubre). Pero no se puede confundir que se requieran datos para ordenar la injerencia, a que desde el primer momento queden ya cumplidamente probados los hechos que precisamente se van a comenzar a investigar (España, Tribunal Supremo “Sentencia”, Sala 2ª, núms. 157/2010, de 5 de febrero –Roj. STS 973/2010– y 184/2010, de 8 de marzo –Roj. STS 1417/2010–). Se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (España, Tribunal Supremo “Sentencia” Sala 2ª, núms. 1240/1998, de 27 noviembre –Roj.: STS 7096/1998–), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios (España, Tribunal Supremo. “Sentencia” Sala 2ª, nº 740/2012, de 10 de octubre –Roj.: STS 6147/2012–).

Por todo lo expuesto, parece absolutamente desafortunada en el sentido de que, como se ha anticipado, al tratarse de una medida que puede suponer una restricción de derechos constitucionales no se puede admitir que dicha medida pueda ser autorizada por el Ministerio Fiscal, ni siquiera dando cuenta de forma inmediata al juez, motivo por el cual se entiende que la autoridad competente para autorizar la actuación de un agente infiltrado deberá ser el juez el que debiera autorizarlo, en atención resulte oportuno la realización de una investigación encubierta, convirtiéndose precisamente la posibilidad de que lo haga el Ministerio Fiscal en uno de los aspectos más espinosos de la regulación de esta figura en el COIP, la atribución al Ministerio Fiscal para que autorice por sí mismo la adopción de la medida. Para algunos autores esta atribución

de competencia se apartaría de lo que se podría denominar un efectivo control judicial, proponiendo una interpretación más acorde con dicho control y que consideramos mucho más acertada, según la cual la competencia del fiscal se limitaría a proponer la adopción de esta medida, pero no a adoptarla directamente por sí mismo⁷³.

IX. Ausencia de valor

Los elementos de convicción obtenidos por agentes encubiertos no autorizados carecen de todo valor. La previsión, dispuesta en el numeral 8 del artículo 484 del COIP conecta directamente con el tema de la prueba ilícita. La opción de privar de todo valor a los elementos de convicción obtenidos por los agentes encubiertos no autorizado debe ser valorada positivamente, si bien, lamentablemente, la regulación de la prueba ilícita en el COIP no mantiene la necesaria armonía con lo previsto en la CPR en los términos que seguidamente se exponen.

La prueba ilícita, cuyo concepto tiene un origen jurisprudencial, encontrando sus primeras manifestaciones importantes en el derecho norteamericano –básicamente en relación a las conocidas como “reglas de exclusión” y sus excepciones, en atención a unos fines que experimentaron vaivenes de consideración–, ha influido notablemente en los ordenamientos de derecho civil⁷⁴, cuyas construcciones, a veces con base constitucional expresa, cual sucede en Ecuador (artículo 76.4 CPR) y casi siempre en la ley, han visto cómo sus tribunales, en ocasiones de manera precipitada y mimética, trasladaban a sus ordenamientos y a sus resoluciones una forma de entender la prueba ilícita no siempre compatible con los postulados básicos de nuestro sistema jurídico (*civil law*).

En el Ecuador, a la vista del artículo 76.4 CPR, la prueba ilícita integra una más de las garantías de un amplísimo derecho al proceso debido, resultando tal la amplitud del mismo que es necesario concluir que esa integración es más formal que real, o lo que es lo mismo, que el constituyente quiso consagrar derechos, pero no tuvo voluntad alguna de atribuirles una naturaleza jurídica determinada.

El artículo 76.4 CPR, al declarar que será nula (carencia de validez) la prueba obtenida con violación de derechos constitucionales, eleva la regla de la exclusión a norma constitucional, con todas las consecuencias que ello comporta, pero, a su vez, significa una limitación de los poderes del legislador y de la jurisprudencia. Ni el legislador puede desarrollar la prohibición más allá de lo que la Constitución proclama, restringiendo su extensión con afectación al mandato expreso, ni la jurisprudencia está facultada para hacer lo propio excediendo la autorización de restricciones de derechos fuera de los estrictos márgenes que imponga la ley de desarrollo. Una doble limitación, pues, derivada de una decisión constitucional que tiene una importancia decisiva.

⁷³ Cfr.: Adán Carrizo, “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”, 521.

⁷⁴ Vid.: José-M^a Asencio, *Prueba prohibida y prueba preconstituida* (Madrid: Trivium, 1989), 88-91.

El derecho al debido proceso es complejo, en exceso. Confundir la prueba ilícita o residenciarla en el mismo, lo que es común en la doctrina y la jurisprudencia y parece hacer en una primera impresión el artículo 76.4 CPR, produce el efecto de no poder ni siquiera establecer con nitidez la naturaleza de los derechos constitucionales que originan ambas infracciones, con lo que sucede que la confusión entre prueba ilícita y nulidad procesal es tan notoria como irremediable, en tanto debida a una cierta precipitación dogmática. El legislador, pues, al no asumir que la prueba ilícita constituye un concepto autónomo, con fundamento propio, tiende, como aparentemente sucede en Ecuador, a incardinar la denuncia de la prueba ilícita en la nulidad de los actos procesales lo que, aunque se haga con ciertas especialidades, es siempre complejo, pues en todo caso, el procedimiento sigue siendo común y se mantienen lagunas que deben integrarse mediante normas que se destinan a remediar otro tipo de infracciones. O, lo que es igual de grave, se confiere a las infracciones de derechos procesales una protección idéntica a la de los materiales, lo que afecta directamente a la eficacia real de cada grupo de derechos.

El fundamento constitucional de la prueba ilícita, como ya se ha comentado, no es materia neutra o aséptica, sino que incide muy directamente en la naturaleza jurídica del concepto y de este modo en su régimen jurídico, pues conforme a la asignada habrá de desarrollarse en la ley o, en su defecto, por los tribunales. De esta manera, de vincularse a la presunción de inocencia sería o constituiría su infracción un vicio *in iudicando* que causaría el efecto de impedir efectos probatorios exclusivamente; por el contrario, de entenderse vinculado al derecho a un proceso debido, constituiría un vicio *in procedendo* que daría lugar a una mera anulación con retroacción y subsanación de las actuaciones afectadas, es decir, a un tratamiento similar a la nulidad procesal.

Y ninguna de estas variantes es aplicable estrictamente a la prueba ilícita, que debe tener su propio régimen jurídico adaptado a sus especiales características. Ni se puede vincular a la presunción de inocencia, ni al proceso debido en su acepción estricta, pues ello supondría asimilar el concepto al régimen jurídico de estas construcciones o derechos, perdiendo la ilicitud probatoria su identidad y plena eficacia y diluyéndose en otras con las consecuencias negativas que ello comporta.

La prueba ilícita ni es equiparable a las infracciones derivadas del desconocimiento de la presunción de inocencia, ni deriva de la vulneración de derechos procesales o normas de esta naturaleza que generan la nulidad procesal. Tiene autonomía propia y, consecuentemente, exige un tratamiento particular, pues la violación de derechos materiales al momento de la obtención no coincide con las derivadas de aquellos derechos constitucionales⁷⁵.

El artículo 76.4 CPR incluye la prueba ilícita, la obtención de pruebas con infracción de derechos constitucionales materiales en el marco de las garantías del proceso debido, si bien, en estas incluye toda una relación de derechos que poco o nada tienen que ver, estrictamente, con dicho derecho, pues son derechos con personalidad propia y diferenciada. De este modo, dicho precepto, entiende como

⁷⁵ Vid.: José-M^o Asencio, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, 112-113.

incluidos en tales garantías el derecho a la presunción de inocencia, la interdicción de la prueba ilícita, la prohibición de las pruebas obtenidas o practicadas con infracción de la ley, no de la Constitución, o con infracción de derechos procesales, el derecho de defensa en toda su amplitud y manifestaciones, formal y material, el principio de contradicción incluida la audiencia, la prohibición del *non bis in idem*, la imparcialidad e independencia judiciales etc.

Esto es, el Ecuador, cuando consagra el derecho al proceso debido no lo hace conforme se entiende en el sistema continental el mismo, sino que parece inclinarse por una definición amplia, anglosajona que lo asemeja al proceso justo o equitativo. Porque, bien entendido, el derecho al debido proceso solo abarca aquellos que tienen un contenido procesal o una incidencia procesal, no abarcando derechos con contenido material que tienen su propio reflejo y sanción en otras figuras, siendo especialmente delicado incluir en dicho derecho a la presunción de inocencia que constituye un derecho con entidad propia y diferenciada.

En resumen, entender que todos los derechos que relaciona el artículo 76.4 CPR constituyen un derecho general y autónomo, el de un proceso debido o con todas las garantías, supondría vincular todos ellos a un mismo régimen jurídico, lo que implicaría que, por ejemplo, la vulneración de la presunción de inocencia hubiera de ser tratada como una nulidad procesal y lo mismo habría de predicarse de la prueba ilícita. Todo, pues, quedaría reducido a la garantía del debido proceso que, entendida en sentido constitucional, no procesal, tendría sentido protector. Lo que no se puede es afirmar la integración de todas las garantías que el precepto contiene en la categoría procesal del proceso debido con el tratamiento adecuado y coherente a esta afirmación.

No parece que sea esto lo que el constituyente ecuatoriano pretendió al desarrollar el artículo 76.4 CPR. Más parece, por el contrario, que fue su pretensión solo la política de consagrar una serie de derechos y dotarlos de protección constitucional, pero en modo alguno la de vincular todos ellos a uno autónomo, propio, diferenciado y sujetarlos a un mismo régimen jurídico.

Dejando de lado la totalidad de las garantías que contiene la norma, en modo alguno, integrantes de un derecho autónomo al proceso debido en sentido técnico, esta intención meramente política se manifiesta en la redacción que el apartado 4 del mencionado artículo 76.4 CPR da a la prohibición de pruebas ilegítimas, pues es evidente que excede con mucho la prueba ilícita, abarcando aspectos propios del derecho a la presunción de inocencia o de mera legalidad ordinaria.

Así, la norma habla de pruebas obtenidas o actuadas, siendo así que, como es sabido, la prueba ilícita solo extiende su protección a la obtención de las pruebas, no a su práctica, que viene referida a la presunción de inocencia o la validez de la prueba. Igualmente, la norma habla de infracción de la Constitución o la ley, lo que excede con mucho el concepto y contenido de la prueba ilícita, que solo protege la obtención de pruebas con violación de derechos constitucionales de contenido material. Por último, el precepto sanciona todo este conjunto de prohibiciones con la

falta de validez y la ausencia de eficacia probatoria, cuando esta última es aplicable a la presunción de inocencia, mientras que la ilicitud probatoria, que se resuelve al final en una interdicción de valoración, previamente supone una ausencia de validez, de la producción de cualquier efecto⁷⁶.

En definitiva, es necesario, en el marco de esta norma constitucional amplia, diferenciar entre los diferentes elementos o aspectos de la prueba protegidos y regular su régimen jurídico con autonomía propia y, en última instancia, sin atribuir a la prueba ilícita un fundamento basado en el derecho al proceso debido.

Es necesario distinguir, en el marco de la prueba y sus garantías, tres conceptos básicos:

- La prueba ilícita que se refiere exclusivamente a la obtención de pruebas con violación de derechos constitucionales materiales. Su apreciación puede producirse en cualquier momento procesal, siendo la conducta a seguir la apropiada a la fase procesal en que se estime. Si se está en fase de investigación, la nulidad. Si se produce en sentencia, la privación de efectos probatorios.
- La presunción de inocencia que exige que solo se pueda condenar sobre la base de auténticas pruebas, es decir, con elementos que tengan ese carácter, excluyéndose los actos de la policía o los instructorios que no tengan la naturaleza de prueba preconstituida o anticipada, practicados con todas las garantías y que sean de cargo, es decir, con contenido apto para producir una condena. Y que, normalmente, genera la ausencia de valor probatorio de los medios que atenten al derecho.
- El derecho a un proceso con todas las garantías que protege de pruebas viciadas por afectar a requisitos constitucionales, de contenido material, cuyos defectos se han de hacer valer mediante la nulidad de los actos procesales, en los momentos que la ley determine, pero, en todo caso, sujetos al régimen propio de esa nulidad que no puede equipararse a la ausencia de validez de la prueba ilícita.

En una primera impresión, podría suceder, en Ecuador, que el artículo 454.6 COIP pareciera más restrictivo que el artículo 76.4 CPR, si bien solo es una primera impresión en tanto la norma ordinaria siempre debe ser interpretada conforme a la constitucional y de acuerdo con el resto de preceptos legales. En efecto, el artículo 470 COIP afirma lo contrario que el anteriormente citado artículo 454.6, siendo de aplicación en todo caso el artículo 11 CPR que impone una interpretación favorable a la vigencia y efectividad de los derechos.

La protección de derechos y la prueba ilícita en los sistemas de derecho continental tienen como finalidad la defensa misma del orden constitucional, la jerarquía superior del sistema de derechos. La infracción de las garantías que la propia jurisprudencia

⁷⁶ José-M^a Asencio, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, 122-131.

establece para la restricción de derechos, genera, en cualquier caso, la declaración de ilicitud de la prueba, su nulidad en términos probatorios, el apartamiento o exclusión física de la prueba del procedimiento. Así, las pruebas obtenidas con violación de derechos constitucionales son inválidas y no producen, ni pueden producir efecto alguno y existe respecto de ellas una prohibición absoluta de valoración. Porque, ya debe decirse, aunque el artículo 454.6 COIP habla de prohibición de valoración, el artículo 76.4 CPR lo hace de la falta de validez y el artículo 470 COIP, referido a la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, habla de carencia de todo efecto jurídico, lo que aclara el artículo 454.6, pues toda la prueba ilícita debe producir un efecto idéntico, so pena de discriminar y jerarquizar derechos que la Constitución relaciona a un mismo nivel.

El artículo 76.4 CPR y los diversos preceptos del COIP (artículos 454.6, 470, 484, 604.4. c) II), declaran la ilicitud de las pruebas obtenidas con violación de derechos. Cuando la ley no distingue, tampoco el legislador o la jurisprudencia pueden distinguir. De este modo, cabe entender que la nulidad se ha de extender a las pruebas derivadas, es decir, dependientes o conexas, causalmente obtenidas de las originarias. Solo se puede exigir, cuando la Constitución y la ley no dicen lo contrario, una relación de causalidad, una conexión natural entre la prueba directamente obtenida con violación de derechos y la refleja.

El artículo 454.6 COIP establece que prueba ilícita es la obtenida con violación de derechos. Solo la obtenida, no la practicada, cuya nulidad, en todo caso, podrá derivarse de la regla que establece que es nulo todo lo realizado en tales casos, pero que no se identifica exactamente con la ilicitud probatoria. Es decir, el precepto citado, concreta, dentro del marco más general del artículo 76.4 CPR, lo que debe entenderse en sentido estricto por prueba ilícita, siendo así que protege otras manifestaciones del derecho a la prueba legal, diferentes de la prueba ilícita.

La prohibición, pues, que establece el artículo 76.4 CRP es mucho más amplia y debe ser entendida como regla que excede a la ilicitud probatoria, abarcando diversos fenómenos. La norma constitucional, al prohibir toda prueba obtenida o practicada con violación de la Constitución o la ley, veda el uso, la validez y el efecto de cualquier prueba en la que concurra una vulneración de derechos de cualquier naturaleza, así como una vulneración de preceptos sustanciales, esto es, ampara la nulidad de los actos procesales violatorios de derechos procesales y materiales, la de los actos que vulneren normas legales que deban engendrar la nulidad y las pruebas que no respeten las exigencias de la presunción de inocencia. Una norma constitucional, pues, que prohíbe toda violación de reglas sustanciales en materia probatoria, no solamente la prueba ilícita.

En ese marco constitucional, el artículo 454.6 COIP pretende regular exclusivamente la prueba obtenida con vulneración de derechos de contenido material, toda vez que los procesales tienen su cauce en otros lugares. Es decir, que, aunque dicho precepto hable de derechos en general, al referirse a la prueba ilícita, ha

de entenderse que queda limitada a los de naturaleza material. Ello es así porque los derechos procesales, por tratarse de vicios *in procedendo* no deben generar una nulidad radical que deje de atender a la posible subsanación o convalidación, ignorando la exigencia de un real perjuicio o indefensión. Una falta de citación, por ejemplo, puede ser subsanada, siendo la nulidad una sanción excesiva. No es conveniente, pues, confundir, aunque la norma no lo haga y no discrimine, la naturaleza de los derechos que implican prueba ilícita y nulidad. Los que comportan la nulidad, los procesales, no pueden ser regulados con las mismas condiciones que la prueba ilícita, que sí es insubsanable por recaer sobre derechos materiales, esto es, vicios *in iudicando*.

En materia de nulidad, como es sabido, es indiferente que lo vulnerado sea un derecho procesal o una norma infraconstitucional, pues lo esencial es atender al efecto realmente producido en el proceso, en la posición de las partes, en la producción de una auténtica indefensión material. Lo que es lo mismo, la nulidad no deriva solo de la violación de un derecho, sino, igualmente, de una norma que produzca ese efecto, por ejemplo, la incompetencia objetiva o funcional. De ahí que el artículo 454.6 COIP haya de limitarse y circunscribirse a la prueba ilícita y a la violación exclusiva de derechos de contenido material.

La prueba ilícita opera en el momento de la obtención de las fuentes de prueba (artículos 454.6, 470 y 484), no siendo equivalente, pues, a infracciones que se producen en el momento de admisión o práctica de los distintos medios de prueba, a las cuales les son de aplicación otros remedios. Ello, no obstante, no puede significar que los medios sean independientes de la fuente y que si declarada o conocida la ilicitud de una fuente el medio pueda ser incorporado si se practica conforme a sus exigencias constitucionales y legales. Esta posición llevaría a anular los efectos de la prueba ilícita. Si la fuente es ineficaz por infracción de derechos constitucionales, será nulo todo medio a través del cual se incorpore lo adquirido al procedimiento, por constituir materialización misma de la ilicitud. Aquello, porque la no recepción de la prueba exige, como derecho autónomo, su carencia de efectos, entre los que se encuentra el de la inadmisibilidad de los medios a través de los que se incorporan las fuentes.

En todo caso, lo que se anula o excluye es el contenido de la fuente a través del medio a través por el que se ha trasladado al proceso la información ilegítima, esto es, la información. Naturalmente, pues, ello supone la anulación del acto procesal por medio del cual se incorpora dicha información, lo que deberá producirse a través de la nulidad del acto procesal si se está en fase de instrucción, en la audiencia preliminar mediante la inadmisión del medio probatorio o no otorgándole valor probatorio si el mismo ha llegado a practicarse en el juicio.

La prueba ilícita afecta a la información que deriva de una fuente obtenida con violación de derechos o, en su caso, del medio practicado si, en lugar de la nulidad, se acuerda su exclusión como prueba (artículos 454.6, 470, 484 y 604.4. c) II COIP) o su valoración como prueba de cargo.

La prueba ilícita se refiere a la fuente de prueba, no al medio de prueba. Las fuentes, como es sabido, son ilimitadas por tener naturaleza extraprocesal; los medios suelen constituir un *numerus clausus* (artículo 476 COIP), en tanto procedimientos legales que garantizan la inmediación, la contradicción, la integridad de la prueba y su fiabilidad. Son conceptos que conviene diferenciar y cuya identificación puede producir efectos no deseables.

Pero, la prueba ilícita, además de prohibición de la obtención de fuentes de prueba con infracción de derechos constitucionales, es también prohibición de uso de determinadas informaciones vedadas por los distintos grados de confidencialidad o privilegios legales y constitucionales a la misma que se reconocen en un Estado de derecho (artículo 476 COIP). En este caso, la fuente es la información misma, la cual está prohibida en cuanto a su uso por venir amparada por normas superiores, por la intimidad o por intereses estatales, familiares, religiosos o cualesquier otro de rango constitucional.

Del mismo modo, sería prueba ilícita la obtención de pruebas mediante métodos que afectaran a la integridad física o moral de las personas, esto es, el uso de métodos ilícitos de interrogatorio desde la tortura a cualesquier otro que altere la libertad de conciencia y de determinación, incluyendo aquí los referidos a las garantías que aseguran esa libertad en un interrogatorio. Tales como el suero de la verdad, el detector de mentiras etc. que no garanticen que en toda declaración el interrogado mantenga su libertad, plena conciencia y control de la voluntad, tanto inicialmente –al momento de prestar su conformidad– como a lo largo del interrogatorio.

Sería prueba prohibida, por tanto, el uso de informaciones no autorizadas y revestidas por un secreto legalmente reconocido o que atentaran a la intimidad personal, tales como el de diarios íntimos, confesiones religiosas, secretos de Estado, secreto profesional o la declaración como testigos de familiares sin previo aviso de su derecho a no declarar.

De igual modo, todo interrogatorio efectuado en condiciones de privación de libertad de conciencia o autodeterminación.

No sería prueba ilícita, por el contrario, la infracción del derecho de defensa formal (la asistencia de abogado) en la práctica de un medio de prueba, que entraría a formar parte del derecho a la presunción de inocencia o del derecho a un proceso con todas las garantías si se hace valer con anterioridad al juicio o no afecta a actos de prueba. Tampoco la atribución de valor probatorio a declaraciones o conductas que no lo tienen, como el derecho al silencio o el descubrimiento de la falsedad de una coartada, en tanto tienen un mejor encaje en el derecho a la presunción de inocencia.

III. ENTREGAS VIGILADAS O CONTROLADAS

Artículo 485.- Entregas vigiladas o controladas.- *Con el propósito de identificar e individualizar a las personas que participen en la ejecución de actividades ilícitas, conocer sus planes, evitar el uso ilícito o prevenir y comprobar delitos, la o el fiscal de la unidad especializada de la Fiscalía podrá autorizar y permitir que las remesas o envíos ilícitos o sospechosos tanto de los instrumentos que sirvan o puedan servir para la comisión de delitos, los efectos y productos de actividades ilícitas y las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; o los instrumentos, objetos, especies o sustancias por las que se hayan sustituido total o parcialmente, salgan o entren del territorio nacional y dentro del territorio se trasladen, guarden, intercepten o circulen bajo la vigilancia o el control de la autoridad competente.*

SUMARIO: *I. Finalidad. II. Órgano autorizante. III. Contenido.*

I. Finalidad

El artículo 485 COIP dispone que las entregas vigiladas o controladas deberán dirigirse a:

- Identificar e individualizar a las personas que participen en la ejecución de actividades ilícitas
- Conocer los planes de las personas que participan en la ejecución de actividades ilícitas
- Evitar el uso ilícito
- Prevenir y comprobar delitos

Afirman Núñez y Guillén que

[I]a puesta en marcha de este mecanismo de investigación no tiene como función la averiguación de un delito—ya que el delito constituye su presupuesto—sino la pesquisa de pruebas para imputar a sus partícipes. Por tal motivo, la circulación y entrega controlada difiere sustancialmente de las actividades policiales de seguimiento simple, orientadas sólo a la constatación de las sospechas de un delito y a la detención, en su caso, de los responsables¹.

¹ Miguel Ángel Núñez y Germán Guillén, “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas (1)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXI (2008):100.

En relación con la cuestión referida a los fines que deben buscar las entregas vigiladas o controladas, el Tribunal Supremo, en una paradigmática sentencia, ha señalado que:

[...] la labor investigadora debe alcanzar a la identificación de todos los presuntos implicados en el delito, tratando a su vez de conocer cuántos datos o entresijos del mismo sean accesibles a efectos probatorios, para conocer en toda su dimensión la trama delictiva con objeto de delimitar el alcance del delito que se presume cometido y sus cualificaciones.

Añadiendo, para un asunto de droga extrapolable *mutatis mutandis* a cualquiera de codelincuencia y tránsito de objetos ilícitos que, si la actuación policial tuviera que exteriorizarse con la aparición de los primeros indicios de comisión del delito², en vez de esperar más adelante para completar el conocimiento de toda la acción y sus implicados:

[...] no podría haberse descubierto la participación en el delito de otras personas, ni se hubiera conocido el origen y almacenamiento de la droga, cuya existencia por la cantidad y pureza permitió una calificación jurídica agravada (...) ni se hubieran obtenido pruebas justificativas de tal agravación, ni evitado que la droga intervenida, droga la cantidad intervenida, en gran cantidad accediera a terceros consumidores, ocasionándoles el correspondiente daño en la salud, que es precisamente lo que quiere evitar la ley penal con la sanción de estas conductas.³

Se entiende que sería imprescindible un acuerdo judicial fundado si van a verse afectados o restringidos derechos fundamentales del investigado, en el que se determine explícitamente si es posible el objeto de autorización o entrega cuya circulación se tolera, indicando de qué se trata.

GABISUD⁴ define la entrega vigilada como

[...] la técnica de permitir que bienes de origen ilícito o sospechoso o sus sustitutos pasen a través, se introduzcan o salgan del territorio de uno o más países o se trasladen o transfieran dentro del territorio nacional, con el conocimiento y bajo la supervisión de las autoridades competentes, con el objeto de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos bajo investigación, en el país fuente, de tránsito o de destino.

² Vid.: Eloy Velasco, "Entregas vigiladas, infiltración y agente encubierto en internet", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 1-2 (2010): 254.

³ España, Tribunal Supremo "Sentencia", de 7 de noviembre de 2007.

⁴ Organización intergubernamental de base regional que agrupa a los países de América del Sur y México, creada en el año 2000, en Cartagena de Indias con sede en Buenos Aires, Argentina.

II. Órgano autorizante

Corresponde al fiscal de la unidad especializada la autorización de la entrega vigilada o controlada. A efectos de llevar la mencionada autorización, el fiscal debería tener en consideración:

- los fines de la investigación, ponderando la importancia del delito, las posibilidades de la vigilancia y la posible afección colateral de otros intereses dignos también de protección.
- el recurso a la entrega vigilada o controlada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales⁵.

III. Contenido

El contenido de la autorización podrá venir referida a:

- Salida y entrada en territorio del Ecuador, o dentro del territorio se trasladen, guarden, intercepten o circulen, bajo la vigilancia o el control de la autoridad competente, las remesas o envíos ilícitos o sospechosos tanto de los instrumentos que sirvan o puedan servir para la comisión de delitos, los efectos y productos de actividades ilícitas y las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.
- Salida y entrada en territorio del Ecuador, o dentro del territorio se trasladen, guarden, intercepten o circulen, bajo la vigilancia o el control de la autoridad competente, los instrumentos, objetos, especies o sustancias por las que se hayan sustituido total o parcialmente.

La Convención Americana contra la Fabricación y el Tráfico ilícito de Armas de fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados⁶ ⁷, en su artículo XVIII, dispone la utilización esta técnica para detener y encausara las personas implicadas en los términos siguientes:

1. Cuando sus respectivos ordenamientos jurídicos internos lo permitan, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades. Para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional,

⁵ Vid.: Eloy Velasco, "Entregas vigiladas, infiltración y agente encubierto en internet", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 1-2 (2010): 255-256.

⁶ Vid.: ONU Asamblea General, Convención Americana contra la Fabricación y el Tráfico ilícito de Armas de fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados, 07 de enero de 1998, A-63. (Diario Oficial n° 229, de 8 de diciembre de 1998).

⁷ Ratificado por la República de Ecuador el 8 de junio de 1999, depósito del Instrumento el 23 de junio de 1999.

la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir las personas implicadas en los delitos mencionados en el artículo IV y de entablar acciones legales contra ellos.

2. Las decisiones de los Estados Partes de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán cuando sea necesario, tener en cuenta arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por los Estados Partes interesados.
3. Con el consentimiento de los Estados Partes interesados, las remesas ilícitas sujetas a entrega vigilada podrán ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente las armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados.

IV. PROCEDIMIENTO PARA LA ENTREGA VIGILADA

Artículo 486.- Procedimiento para la entrega vigilada.- *En el curso de investigaciones de actividades de delincuencia organizada y en tanto existan antecedentes o elementos de que se están preparando o ejecutando actividades constitutivas de delitos, la o el fiscal de la unidad especializada de la Fiscalía, podrá planificar y disponer la ejecución de entregas vigiladas o controladas.*

Se utilizará esta técnica de investigación cuando se estime de manera fundamentada que facilita la individualización de otros partícipes, sea en el país o en el extranjero. Si en el desarrollo de la entrega vigilada o controlada, ocurren riesgos para la vida o integridad de las o los servidores, agentes encubiertos o informantes que intervienen en la operación o para la recolección de antecedentes importantes o para el aseguramiento de los partícipes, la o el fiscal podrá disponer en cualquier momento la suspensión de esta técnica y si es procedente se aprehenderá a los partícipes y retendrá las sustancias y demás instrumentos relativos a la infracción.

Sin perjuicio de lo anterior, en los casos de peligro antes indicados, las y los servidores encargados de la entrega vigilada o controlada están facultados para aplicar las normas sobre detención en flagrancia.

Subsiste el delito que se investiga mediante una entrega vigilada o controlada, aun cuando se sustituya las especies o sustancias o han participado servidores públicos, agentes encubiertos o informantes.

SUMARIO: *I. Momento. II. Autoridad competente. III. Suspensión. IV. Detención en flagrancia. V. Subsistencia del delito.*

I. Momento

Prescribe el 486 apartado I COIP la planificación y ejecución de entregas vigiladas y controladas podrá llevar a cabo cuando:

- Se estén llevando a cabo investigaciones de actividades de delincuencia organizada
- Mientras existan antecedentes o elementos de que se están preparando o ejecutando actividades constitutivas de delitos.

Pone de manifiesto Alcolado que:

El procedimiento de la entrega vigilada ha recibido otras denominaciones en el derecho extranjero, en algunos sistemas jurídicos aluden a él como “remesa controlada”, “entrega controlada” o “circulación y entrega vigilada”, sin embargo estas expresiones no siempre constituyen sinónimos, ya que en la operativa policial como en la legislación interna de los Estados se suele designar con ellas a procedimientos distintos o derivados de la entrega vigilada

original de la Convención de Viena.¹

Se distingue, por la doctrina, las modalidades de entrega vigilada o controlada siguientes:

1. Entrega vigilada con sustitución o limpia. Dicha modalidad abarcaría

[...] aquella donde las especies o bienes ilícitos originales que deben circular son sustituidos total o parcialmente por objetos y sustancias similares pero inocuas y lícitas”, ofreciendo la mejor oportunidad para aplicar esta clase de entrega vigilada se da cuando el envío de las especies vigiladas se hace a través del servicio postal o fletes, consistiendo el objeto del operativo “retirar las drogas y sustituirlas por una sustancia inofensiva, pero devolviendo al envío su apariencia original exacta”².

2. Entrega vigilada interna o de destino. Dicha modalidad comprendería “la información sobre la remisión de las especies ilícitas es obtenida por las autoridades del Estado de destino de las mismas, en este caso la petición se hace hacia el Estado de tránsito o el de origen, para asegurarse el paso sin incidencias de la mercancía”³.

3. Entrega vigilada externa o de origen y tránsito. De acuerdo a Alcolado:

[...] la primera solo existen dos Estados involucrados, el del lugar de origen y el de destino, el segundo son los casos en los que la información sobre la remisión y circulación de la mercancía es recepcionada o producida por las autoridades del Estado en donde se origina el envío o de cualquier otro por el que la misma deba circular hacia su destino, se necesitan al menos la concurrencia de tres Estados, por lo que la circulación de la sustancias estará sometida a distintos regímenes jurídicos corresponderá al primer Estado la coordinación de la operación de entrega vigilada con los demás Estados que resulten involucrados⁴.

¹ Vid.: M^a Teresa Alcolado, *La entrega vigilada y su impacto en la esfera de los derechos fundamentales y la sociedad globalizada* (tesis doctoral, Universidad Complutense, 2015), 101.

² M^a Teresa Alcolado, *La entrega vigilada y su impacto en la esfera de los derechos fundamentales y la sociedad globalizada*, 101.

³ M^a Teresa Alcolado, *La entrega vigilada y su impacto en la esfera de los derechos fundamentales y la sociedad globalizada*, 101.

⁴ M^a Teresa Alcolado, *La entrega vigilada y su impacto en la esfera de los derechos fundamentales y la sociedad globalizada*, 101.

II. Autoridad competente

La competencia para la planificación y ejecución de entregas vigiladas se atribuye al fiscal. Debe precisarse que, específicamente, la competencia vendría exclusivamente atribuida no a cualquier fiscal, sino a “*la o el fiscal responsable de la investigación*”⁵.

La centralización de la fase preprocesal y procesal en manos del fiscal garantiza la unificación de los criterios de actuación para los agentes y evitar abusos de la práctica diaria.

En la medida en que la planificación y ejecución de entregas vigiladas o controladas pudieran eventualmente afectar a derechos constitucionales, sería requerible la supervisión del juez de garantías. El proceso acusatorio, propio de un sistema procesal penal democrático, que tanto entusiasmo ha suscitado en el Ecuador (en los administradores de justicia), se asienta en una concepción de los derechos constitucionales que constituyen una limitación infranqueable en la planificación y ejecución de entregas vigiladas o controladas, por lo que la mencionada supervisión judicial debería llevarse a cabo durante el procedimiento de entrega vigilada o controlada que implique afectación de derechos constitucionales.

III. Detención

El COIP facultad a los servidores encargados de la entrega vigilada o controlada para aplicar las normas sobre detención en flagrancia.

La flagrancia, en Ecuador, se encuentra tipificada en el artículo 527 COIP, de la siguiente forma:

Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.

Por su parte, el artículo 528 COIP prescribe que: “[n]adie podrá ser aprehendido sino por los agentes a quienes la ley impone el deber de hacerlo, salvo el caso de flagrancia, de conformidad con las disposiciones de este Código”.

Entre las atribuciones del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, conforme prescribe el artículo 449 COIP, se encuentra “4. Aprehender a las personas sorprendidas en delito flagrante, a

⁵ En relación con esta cuestión nos remitimos a lo expuesto en el Epígrafe II del comentario al artículo 486 COIP.

quienes les comunicará sus derechos, elaborará el parte correspondiente y la persona aprehendida, quedará inmediatamente, a órdenes del órgano judicial competente”.

La aprehensión de las o los servidores, encargados de la entrega vigilada o controlada deberá conducir de inmediato a la persona ante la o el juzgador para la correspondiente audiencia que se realizará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la aprehensión.

IV. Suspensión

El COIP contempla la posibilidad de suspensión de la entrega vigilada o controlada en atención a:

- Motivación: Existencia de riesgos, en el desarrollo de la entrega vigilada o controlada, para la vida o integridad de las o los servidores, agentes encubiertos o informantes que intervienen en la operación o para la recolección de antecedentes importantes o para el aseguramiento de los partícipes.
- Autoridad: Corresponde acordar la suspensión la o el fiscal que podrá disponer en cualquier momento.
- Aprehensión y retención: La suspensión de la entrega vigilada o controlada no impedirá la aprehensión, si es procedente, a los partícipes, reteniendo las sustancias y demás instrumentos relativos a la infracción.

V. Subsistencia

Se contempla por el COIP la subsistencia del delito que se investiga mediante una entrega vigilada o controlada, aun cuando se sustituya las especies o sustancias o han participado servidores públicos, agentes encubiertos o informantes.

V. PROTECCIÓN DE LA OPERACIÓN

Artículo 487.- Protección de la operación.- *Todas las actuaciones relacionadas con las operaciones encubiertas, entregas vigiladas o controladas deberán ser guardadas bajo secreto y mantenidas fuera de actuaciones judiciales.*

La o el fiscal deberá adoptar todas las medidas necesarias para vigilar los instrumentos, especies o sustancias señaladas anteriormente y proteger a las personas que participen en las operaciones.

En el plano internacional, las operaciones encubiertas, entrega vigilada o controlada se adecuarán a lo dispuesto en los instrumentos internacionales vigentes.

SUMARIO: *I. Secreto y mantenimiento de las operaciones encubiertas. II. Adecuación de la operación encubierta a la normativa internacional.*

I.- Secreto y mantenimiento de las operaciones encubiertas

Prescribe el artículo 487 COIP que todas las actuaciones relacionadas con las operaciones encubiertas, entregas vigiladas o controladas deberán ser guardadas bajo secreto, manteniéndose fuera de actuaciones judiciales. El fiscal deberá adoptar todas las medidas necesarias para vigilar los instrumentos, especies o sustancias señaladas anteriormente y proteger a las personas que participen en las operaciones.

La previsión, dispuesta en el artículo 487 COIP, numeral 1 COIP resulta especialmente parca, debiendo haberse dispuesto, de modo más concreto, cómo debería quedar documentado todo el procedimiento de designación y actuación del agente encubierto.

Quizás, sería viable, a efectos de asegurar el carácter secreto de las operaciones encubiertas, entregas vigiladas o controladas que cautelas que deben observarse en procesos con agente encubierto. Constituye un aspecto esencial que se adopten las medidas necesarias para garantizar la reserva de su identidad (tanto la real como la supuesta).

Resulta recomendable que la tramitación del procedimiento se realice en todo a dos piezas que se tramiten de forma separada de los expedientes judiciales principales:

Por lo que se refiere a la pieza reservada de identidad del agente deberíamos diferenciar entre

- Forma:
 - Se tramitará en pieza separada y se custodiará con las debidas garantías, dada la reserva de su contenido.

- Esta pieza nunca se unirá al procedimiento principal, cualquiera que sea la fase o estado procesal. Podría ser objeto de remisión personal al órgano judicial competente para el enjuiciamiento, debiendo en todo caso extremarse las precauciones dado su carácter reservado.
- Las partes no tendrán nunca acceso a su contenido, salvo el Ministerio Fiscal.
- Contenido:
 - Recogerá el código asignado al agente, así como los perfiles o redes sociales asignados a su actuación.
 - La identidad real y supuesta del agente (con su número de identificación profesional) constará en un sobre cerrado o sistema similar, extremándose las medidas para garantizar su reserva de tal forma que nunca llegue a conocimiento de las partes (salvo el Ministerio Fiscal).
 - Testimonio del oficio de la Unidad Policial actuante en el que se solicita la actuación del Agente Encubierto.
 - Testimonio de la resolución favorable del Ministerio Fiscal.
 - El código con el que a partir de ese momento se hará referencia al Agente Encubierto en las actuaciones.

II.- Adecuación de la operación encubierta a la normativa internacional

En el plano internacional, las operaciones encubiertas, entrega vigilada o controlada se adecuarán a lo dispuesto en los instrumentos internacionales vigentes.

La referencia a los instrumentos internacionales vigentes, prevista en el artículo 487 COIP, remite, en primer lugar, a la necesidad de hacer referencia a la Convención de 20 de diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena (los antecedentes de dicha normativa se encuentran en la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, su Protocolo de Modificación de 1972 y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971)¹ ². El artículo 1.º de la Convención recoge la figura de la entrega vigilada, y la desarrolla en su artículo 11 con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a drogas y con el fin de prestarse ayuda entre los Estados para esos mismos fines.

¹ Firmada por Ecuador el 21 de junio de 1989 y Ratificado el 23 de marzo de 1990, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VI-19&chapter=6&clang=_en.

² Vid.: ONU, *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* (Nueva York: Publicaciones de Naciones Unidas, 1989).

Se trata de un mecanismo de cooperación internacional, que tiene su justificación en el carácter supranacional de las organizaciones criminales y en su decidido asentamiento en todos los países del mundo, porque los delitos que cometen estas bandas están sometidos al principio de justicia universal, lo que les convierte en objeto de persecución más allá de las fronteras.

La Convención recoge, por tanto, la entrega vigilada como medio de investigación en la lucha contra el narcotráfico. El artículo 1.º de la Convención lo define como

la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias que figuran en el cuadro I y en el cuadro II 3, anexos a la presente Convención, o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo 3.º de la presente Convención.³

El artículo 11 de la Convención, referido a los requisitos y controles que deben observarse, preceptúa que:

1. Si lo permiten los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1), del artículo 3.º y de entablar acciones legales contra ellas.
2. Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las partes interesadas.
3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias psicotrópicas que contengan⁴.

³ Vid.: ONU, *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, 23-33.

⁴ ONU, *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*.

Los mecanismos de indagación e información han sido aplicados históricamente de manera informal y frecuente por las agencias policiales. Su legitimación formal comienza a promoverse a partir de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988, también conocido como la Convención de Viena⁵. La Convención deja a los Estados miembros su regulación interna conforme al Ordenamiento Jurídico de cada Estado.

Dos años después, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de diciembre de 2000, identificó a estos procedimientos como técnicas especiales de investigación en el numeral 1 del artículo 20^o. En dicho dispositivo la Convención de Palermo, como también se le conoce a este instrumento internacional, precisaba la necesidad de que los Estados adopten tales procedimientos para enfrentar el crimen organizado:

Siempre que lo permitan los principios constitucionales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

Sobre la figura del agente encubierto, hay que recordar que la Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas insta a los Estados, en su artículo 2.1, ya obligaba a los Estados a adoptar las medidas necesarias, incluidas las legislativas, para cumplir las obligaciones de la Convención en la persecución del tráfico de drogas; admitiendo al tiempo, la Convención de Naciones Unidas de 15 de noviembre de 2000⁶ ⁷ contra la delincuencia organizada transnacional, en su artículo 20, como técnica especial de investigación, las operaciones encubiertas, disponiendo al respecto que “los Estados adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a las

⁵ Vid.: Víctor Roberto Prado, *Entrega vigilada: orígenes y desarrollo. Los procedimientos y técnicas especiales de investigación*, (University of Fribourg), http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_66.pdf.

⁶ Aprobada por Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

⁷ El Gobierno del Ecuador al firmar la Convención, 15 de octubre de 1992, ratificado el 26 de diciembre de 2001, hizo la siguiente reserva al artículo 8:

“Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a los delitos sujetos a las jurisdicciones militar y policial y a aquellos cometidos por quienes gocen de fuero especial, a menos que, en este último caso, en el Estado requirente se hubieren cumplido las exigencias y solemnidades que se observan en el Estado requerido.”

La reserva, realizada el 8 de marzo de 2022, fue reiterada al momento del depósito del instrumento de ratificación.

operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio, con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”.

La referida Convención de las Naciones Unidas no solo centra su preocupación en la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscabar las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad, sino que hacía hincapié en la sostenida y creciente penetración del tráfico ilícito mencionado en los diversos grupos sociales, así como en la creciente relación entre el tráfico ilícito de drogas y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados, constatando que se trata de una actividad delictiva internacional cuya supresión exigía urgente atención y la más alta prioridad⁸.

Igualmente se deja claro que el tráfico ilícito de drogas generaba considerables beneficios financieros y grandes fortunas que permitían a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas, y la sociedad a todos sus niveles. Aquello llevaba a concluir que eran necesarias medidas de control no solo respecto de las sustancias estupefacientes y los precursores, sino poniendo el énfasis en la necesaria cooperación internacional a todos los niveles, remarcando la importancia de robustecer e intensificar medios jurídicos eficaces de cooperación internacional en asuntos penales para suprimir las actividades delictivas internacionales⁹.

Estas conclusiones de Naciones Unidas, del año 1988, fueron el pie para que en sucesivas convenciones y tratados internacionales se llegase a la conclusión de la necesidad de regular la lucha contra el crimen organizado, en general, mediante el uso de determinadas técnicas especiales de investigación no previstas hasta el momento pero adecuadas como respuesta a los nuevos retos de la delincuencia¹⁰.

El citado acuerdo internacional reconoce varias modalidades de operaciones encubiertas entre las que destacan las siguientes:

- a) La entrega vigilada
- b) El uso de agentes encubiertos
- c) La vigilancia electrónica¹¹.

⁸ Vid.: Víctor Roberto Prado, *Entrega vigilada: orígenes y desarrollo. Los procedimientos y técnicas especiales de investigación*.

⁹ Víctor Roberto Prado, *Entrega vigilada: orígenes y desarrollo. Los procedimientos y técnicas especiales de investigación*.

¹⁰ Paloma Conde-Pumpido, *El agente encubierto en la legislación española*, 13.

¹¹ Cfr.: Víctor Roberto Prado, *Entrega vigilada: orígenes y desarrollo. Los procedimientos y técnicas especiales de investigación*.

Es preciso dejar de manifiesto, afirma Prado que:

la internacionalización eficiente de los procedimientos encubiertos no se agota sólo en posibilidades de armonización legislativa como demandan los instrumentos internacionales de la materia, sino que ella requiere también de una oportuna coordinación para la intervención oportuna y eficaz de los equipos nacionales o multinacionales que se vincules con sus acciones operativas. En ese sentido, pues, resulta indispensable la configuración de nuevos espacios de interacción más directos, dinámicos y discretos para la utilización de tales técnicas especiales de cooperación judicial internacional en materia penal.¹²

¹² Víctor Roberto Prado, *Entrega vigilada: orígenes y desarrollo. Los procedimientos y técnicas especiales de investigación*.

VI. REMISIÓN DE ELEMENTOS PROBATORIOS

Artículo 488.- Remisión de elementos probatorios.- *Sin perjuicio del desarrollo de investigaciones conjuntas y de la asistencia judicial recíproca, la o el fiscal solicitará directamente a las autoridades policiales y judiciales extranjeras, la remisión de los elementos probatorios necesarios para acreditar el hecho constitutivo de la infracción y la presunta responsabilidad penal de las personas investigadas en el país, de conformidad con los instrumentos internacionales vigentes, así como otorgar a dichas autoridades extranjeras tales antecedentes, si lo solicitan.*

SUMARIO: *I. Solicitud de remisión de elementos probatorios. II. Tratados internacionales en materia de asistencia judicial recíproca.*

I. Solicitud de remisión de elementos probatorios

El artículo 488 COIP prescribe la solicitud directa a las autoridades policiales y judiciales extranjeras la remisión de elementos probatorios necesarios para acreditar el hecho constitutivo de la infracción y la presunta responsabilidad penal de las personas investigadas en el país. A tal efecto deben tenerse en cuenta distintas prescripciones contempladas en el COIP y tratados internacionales. A saber:

El artículo 496 COIP, el cual prescribe que “La República del Ecuador en sujeción de las normas de asistencia penal internacional, podrá desarrollar investigaciones conjuntas con uno o más países u órganos mixtos de investigación para combatir la delincuencia organizada transnacional¹”.

El artículo 497 COIP (Asistencia Judicial Recíproca), en concordancia con los tratados internacionales, faculta a los fiscales a hacer uso de la Asistencia Penal Internacional como mecanismo de cooperación para todo tipo de delito:

Las o los fiscales podrán solicitar asistencia directa a sus similares u órganos policiales extranjeros para la práctica de diligencias procesales, pericias e investigación de los delitos previstos en este Código. Esta asistencia se refiere entre otros hechos, a la detención y remisión de procesados y acusados, recepción de testimonios, exhibición de documentos inclusive bancarios, inspecciones del lugar, envío de elementos probatorios, identificación y análisis de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización e incautación y comiso de bienes.

Asimismo, la o el Fiscal podrá efectuar actuaciones en el extranjero dirigidas a recoger antecedentes acerca de hechos constitutivos de alguna infracción, a través de la asistencia penal internacional².

¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 496.

² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 497.

II. Tratados internacionales en materia de asistencia judicial recíproca

De acuerdo con el artículo 20 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el COIP también se refiere a las técnicas especiales de investigación:

[...] cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con el objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada³ (sic).

Cabe reseñar, entre los tratados internacionales suscritos por la República del Ecuador, con clara incidencia en el tema que estamos abordando, los siguientes:

Entre los principales instrumentos multilaterales están:

- Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, Nassau, Bahamas, de 23 de mayo de 1992⁴.
- Convención Interamericana contra la corrupción, adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA) suscrita en Caracas (República bolivariana de Venezuela), 29 de marzo de 1996⁵.
- Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Viena (República de Italia), de 20 de diciembre de 1988
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo (República de Italia), de diciembre 2000⁶.
- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (*United Nations Convention against Corruption, UNCAC*), adoptada el 31 de octubre de 2003⁷ ⁸.

³ ONU Oficina contra la Droga y el Delito, *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, (Nueva York: Oficina contra la Droga y el Delito, 2004), art. 20, <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

⁴ Vid.: Registro Oficial n° 147, de 14 de agosto de 2003.

⁵ Vid.: Registro Oficial, n° 83, de 10 de junio de 1997.

⁶ Vid.: Registro Oficial, n° 197, de 24 de octubre de 2003.

⁷ Vid.: Registro Oficial, n° 166, de 15 de diciembre de 2005.

⁸ La Ejecución del Convenio está encomendada a la CNJ.

Corresponde a la Fiscalía General del Estado, a través de su unidad operativa en el campo de la cooperación penal internacional, la Dirección de Cooperación y Asuntos Internacionales, gestionar la asistencia judicial recíproca sobre la base de un formato único (solicitud de API) para la petición y práctica de diligencias en el extranjero⁹.

La solicitud de Asistencia Penal Internacional es la petición y/o rogatoria internacional generada por la autoridad operativa judicial del país requirente para ser diligenciada y cumplida por la autoridad judicial penal del país requerido¹⁰. Existen dos clases:

- Asistencia Penal Activa.– Es la comunicación escrita (formato único) que formula una autoridad fiscal penal ecuatoriana, con el fin de obtener información o solicitar la práctica de diligencias en materia penal en otros países, para ser aportada a las investigaciones penales o a los procesos judiciales que se siguen en Ecuador.

- Asistencia Penal Pasiva.– Es la comunicación escrita que formula una autoridad penal extranjera, con el fin de obtener información o solicitar la práctica de diligencias en materia penal en el Ecuador, para ser aportada a las investigaciones penales o a los procesos judiciales que se siguen en el país requirente¹¹.

La actuación de la Fiscalía General del Estado se fundamenta en los instrumentos internacionales de carácter multilateral, los cuales han sido la base para la suscripción de convenios bilaterales e interinstitucionales, con el propósito de viabilizar de manera más efectiva el intercambio de información y atención de las solicitudes de Asistencia Penal Internacional¹².

⁹ Cfr.: <https://www.fiscalia.gob.ec/sistema-de-cooperacion-juridica-internacional-en-materia-penal-en-ecuador/>.

¹⁰ Cfr.: <https://www.fiscalia.gob.ec/sistema-de-cooperacion-juridica-internacional-en-materia-penal-en-ecuador/>.

¹¹ Cfr.: <https://www.fiscalia.gob.ec/sistema-de-cooperacion-juridica-internacional-en-materia-penal-en-ecuador/>.

¹² Cfr.: <https://www.fiscalia.gob.ec/sistema-de-cooperacion-juridica-internacional-en-materia-penal-en-ecuador/>.

VII. AGENTE ENCUBIERTO PROCESADO

Artículo 489.- Agente encubierto procesado.- *Cuando la o el agente encubierto resulte involucrado en un proceso derivado de su actuación en la investigación, la o el jefe de la unidad especializada de la Fiscalía comunicará confidencialmente su carácter a la o al juzgador competente, remitiendo en forma reservada toda la información pertinente.*

SUMARIO: *I. Supuestos de responsabilidad penal del agente encubierto y procesamiento. II. Garantías en la actuación del agente encubierto.*

I. Supuestos de responsabilidad penal del agente encubierto y procesamiento

El COIP no especifica ni el ámbito de lo que le está permitido al agente encubierto, ni de las circunstancias por las cuáles se le eximen de responsabilidad penal¹, sin embargo, se podría afirmar que procedería que el agente encubierto fuese procesado cuando no se cumplieran las premisas siguientes:

- Autorización previa de su superior jerárquico,
- La existencia previa de una investigación,
- Autorización del fiscal,
- Que los actos se realicen en relación a una organización o agrupación delictual
- Que exista un propósito legítimo (identificar a los partícipes de la organización criminal, recoger pruebas)

En este caso se presenta una cuestión particular en razón de convertirse el agente encubierto en procesado debido a haberse excedido en los límites impuestos por el COIP². Tal situación, en coherencia con los argumentos expuestos en el Epígrafe IX del comentario al art. 484 COIP, conllevaría inexorablemente a la preterición de los elementos de convicción obtenidos por el agente encubierto procesado.

Para poder proceder penalmente contra el procesado por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación el juez competente para conocer la causa, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de aquel agente encubierto en la misma, por la información que le traslade el jefe de la unidad especializada de la Fiscalía tras el análisis de la información reservada, deberá resolver lo que a su criterio proceda.

¹ *Vid.*: Sergio Politoff y Jean Pierre Matus, *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes* (Chile: Edit. Jurídica Conosur, 1998), 53 y ss.

² *Vid.*: Laura Hinojosa, “Valoración del testimonio del agente encubierto. el estado como agente generador de la prueba. colisión de garantías procesales”, en *Letra*. Año 5, n.º 10 (2018): 64-65.

II. Garantías en la actuación del agente encubierto

En las convalidaciones *a posteriori*, nunca se sabría realmente la intención – delictiva o perseguidora del delito– del agente encubierto en los casos de funcionarios corrompidos, obligando la norma a entender que otro de los controles que exige el COIP, junto con la duración inicial y su posible prórroga o el deber inmediato de informar de lo conocido por esta vía a la mayor brevedad posible, es que la autorización del Fiscal o, en su caso, del juez, sean previas a la actuación del agente policial infiltrado, debiendo preexistir en todo caso una investigación en curso, o iniciar sobre extremos concretos la autorización misma, es decir, excluyendo las actuaciones prospectivas hechas por agente encubierto con el fin aleatorio de inmiscuirse para ver qué ocurre o para ver si se descubre un delito (de delincuencia organizada) por casualidad, así como las búsquedas o rastreos ciegos hechas con identidad simulada, por idénticas razones³.

Finalmente, se debe indicar que la infiltración por agente encubierto autorizada judicialmente con preexistencia de una investigación meramente aflorante del delito en curso, sin uso de provocación ni fraude alguno, no puede violar el derecho, recogido en el artículo 77.7 b) y c) CPR, a no declarar contra uno mismo o a no confesarse culpable, porque sencillamente no existe una declaración ni ningún tipo de confesión en las actuaciones meramente preprocesales del posteriormente procesado, sino meramente actuaciones del agente testigo encubierto que entrarán con la oportuna autorización judicial de esa forma con la corrección debida en el proceso.

En el mundo preprocesal en que no caben advertencias, lo que la ley quiere es que no exista la provocación delictiva, ni la mala fe que alcance a que el investigado realice delitos que sin estas nunca habría cometido, o que provoquen vulneraciones de derechos constitucionales en el procesado⁴.

³ Cfr.: Eloy Velasco, “Entregas vigiladas, infiltración y agente encubierto en internet”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 1-2 (2010): 256.

⁴ Eloy Velasco, “Entregas vigiladas, infiltración y agente encubierto en internet”, 256.

VIII. RESERVA JUDICIAL

Art. 490.- Principio de reserva judicial.- *La o el juzgador competente, por pedido de la o el fiscal y tomando en consideración los derechos de los participantes en el desarrollo de la investigación, podrá disponer que las técnicas de investigación se mantengan en reserva durante los plazos determinados en este Código.*

SUMARIO: *I. Plazos*

I. Plazos

Conforme prescribe el artículo 585 COIP, la investigación previa¹ no podrá superar, contados desde la fecha de su inicio, los plazos siguientes:

1. En los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años durará hasta un año.
2. En los delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años durará hasta dos años.
3. En los casos de desaparición de personas, no se podrá concluir la investigación hasta que la persona aparezca o se cuente con los elementos necesarios para formular una imputación por el delito correspondiente, fecha desde la cual empezarán los plazos de prescripción.

¹ *Vid.:* Artículo 580 COIP. - Finalidades. - En la fase de investigación previa se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa.

Las diligencias investigativas practicadas por la o el fiscal, con la cooperación del personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses o del personal competente en materia de tránsito, tendrá por finalidad determinar si la conducta investigada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, la existencia del daño causado, o a su vez, desestimar estos aspectos.”.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcolado, M^a Teresa. *La entrega vigilada y su impacto en la esfera de los derechos fundamentales y la sociedad globalizada*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense, 2015.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.
- Almaraz, Lucía. “Operaciones encubiertas, su obscuridad legal: Figura vulnerante de las garantías de certeza y de seguridad jurídica”. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia* 1, n. ° 2 (2016).
- Asencio, José-M^a. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium, 1989.
- Bélgica. *Código de Instrucción Criminal (Code d’instruction Criminelle)*, de 17 de noviembre de 1808, publicado el 27 de noviembre de 1808.
- Binder, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2^a ed. Ampliada, 5^a reimpresión, 1999.
- Bravo, Temístocles Lastenio; Vàsconez, Anny Marllely. “Repensando la entrega vigilada, las escuchas telefónicas y el agente encubierto con una mirada al contexto ecuatoriano”. *Revista Suplemento CICA Mutidisciplinario*, n.º. 7 (2019): 3-16. <https://suplementocica.ulead.edu.ec/documentos/d1.pdf>.
- Bueno, Federico. “El agente encubierto en internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia”. En *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)* -Ana Neira Pena (Coord.) y Agustín-J. Pérez-Cruz Martín y Xulio Ferreiro Baamonde (Dtores.). Coruña: Universidade da Coruña, 2011.
- Caffareta, José-I. *La prueba en el proceso penal (con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y la Provincia de Córdoba)* –con Maximiliano Hairabedián. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 7^a Ed., 2011.
- Calaza, Sonia. *Rebus sic stantibus, extensión de efectos y cosa juzgada*. Madrid: La Ley. Wolters Kluwer, 2021.
- Cardoso, Flavio. *Agente encubierto y proceso penal garantista: Límites y desafíos*. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2012.
- _____. *El Agente Infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Edición Revisada y Actualizada con la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, de 5 de octubre. Madrid: Editorial Juruá Internacional, 2015
- Carrizo, Adán. “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la corrupción: análisis comparado de las regulaciones española y colombiana”. En *El estado de derecho colombiano frente a la corrupción: retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011* -Francisco José Sintura y Nicolás Rodríguez, Editores. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- _____. “Intervenciones de las comunicaciones”. En *Dos décadas de reformas penales* –AA.VV. y Sanz Mulas, N., Coord. Granada: Comares, 2008.
- _____. “La infiltración policial en España como medio de investigación en

- la lucha contra la corrupción”. *Revista Brasileña de Direito Processual Penal* 3, n.º 2, (2017).
- _____. “La lucha contra la criminalidad organizada como reto de la justicia penal ante una sociedad globalizada: análisis comparado de la infiltración policial en las regulaciones española y portuguesa”. En *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)* -Ana Neira Pena, Coord. y Agustín-J. Pérez-Cruz Martín y Xulio Ferreiro Baamonde (Dtores.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.
- Chile Carolina Zavidich. “Agente encubierto y su responsabilidad”. *Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público*. Accedido 4 de marzo de 2021. http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/articulo_25_ley_20000_agente_encubierto_CZ.pdf.
- Conde-Pumpido, Paloma. *El agente encubierto en la legislación española*. España: Fiscalía Especial Antidroga, 2017. <http://docplayer.es/55044422-El-agente-encubierto-en-la-legislacion-espanola-paloma-conde-pumpido-fiscalia-especial-antidroga.html>.
- Cury, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Undécima edición revisada, actualizada y con notas de Claudio Feller y María Elena Santibáñez. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2020.
- Del Pozo, Marta. “El Agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española”. *Criterio jurídico*, n.º 6 (2006).
- Delgado, Joaquín. “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”. *Actualidad Penal*, n.º 2 (2000).
- _____. “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto.”. En *Problemas actuales de la justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas* -coord. por Joan Picó, Coord. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2001.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Tercer Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre 2008.
- Ecuador Fiscalía General del Estado. *Resolución n.o 073-FGE-2014*. Registro Oficial 318, Suplemento, 25 de agosto de 2014. Manual de Cadena de Custodia. https://www.eempn.gob.ec/documentos_2017/MANUAL-DE-CADENA-DE-CUSTODIA-2014-29-05-2014.pdf.
- España. Ministerio de Gracias y Justicia. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, aprobado por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (B.O.E., 260, de 17 de setiembre de 1882).

- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo penal “Auto” de 18 de junio de 1992 –Roj.: ATS 3773/1992-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” de 15 de septiembre de 1993 –Roj.: STS 5911/1993-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” de 2 de marzo de 1994 –Roj.: STS 1366/1994-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 319/1998, de 9 de marzo de 1998 –Roj.: STS 1575/1998-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 1240/1998, de 27 noviembre de 1998 –Roj.: STS 7096/1998-.
- España. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 1090/1999, de 23 de junio de 1999 –Roj.: STS 4465/1999-.
- España. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 1233/2000, de 29 de junio de 2000 –Roj.: STS 5332/2000-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 70/2002, de 3 de abril de 2002 –Roj.: STS 386/2002-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 1552/2002, de 30 de setiembre de 2002 –Roj.: STS 6355/2002-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 56/2003, de 24 de marzo de 2003 –Roj.: STS 427/2003-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal, “Sentencia” 1592/2003, de 25 de noviembre de 2003 –Roj.: STS 7457/2003-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 240/2004, de 3 de marzo de 2004 –Roj.: STS 1458/2004-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 1110/2004, 5 de octubre de 2004 –Roj.: STS 6197/2004-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 178/2006, de 16 de febrero de 2006 –Roj.: STS 1199/2006-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 253/2006, de 11 de septiembre –Roj.: STS 2156/2006-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 660/2006, 6 de junio de 2006 –Roj.: STS 4111/2006-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 656/2006, 13 de junio de 2006 –Roj.: STS 3837/2006-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 1154/2006, 13 de noviembre de 2006 –Roj.: STS 6971/2006-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 24/2007, de 25 de enero de 2007 –Roj.: STS 772/2007-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 467/2007, de 1 de junio de 2007 –Roj.: STS 3629/2007-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 926/2007, de 13 de noviembre –Roj.: STS 7440/2007-.

- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 231/2009, de 5 de marzo -Roj.: STS 1176/2009-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 1166/2009, de 19 de noviembre de 2009 –Roj.: STS 7467/2009-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 1349/2009, de 29 de diciembre de 2009 –Roj.: STS 8605/2009-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 41/2010, de 26 de enero de 2010–Roj.: STS 304/2010-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 157/2010, de 5 de febrero de 2010 –Roj. STS 973/2010-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 184/2010, de 8 de marzo e 2020 –Roj. STS 1417/2010-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 313/2010, de 8 de abril de 2010 –Roj.: STS 1966/2010-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 690/2010, de 1 de julio de 2010 -Roj: STS 3937/2010-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 1155/2010, de 1 de diciembre de 2010 –Roj.: STS 7317/2010-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 1140/2010, de 29 de diciembre de 2010 -Roj.: STS 7184/2010-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 104/2011, de 1 de marzo de 2011 –Roj.: STS 1316/2011-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 863/2011, de 21 de julio –Roj.: STS 5143/2011-
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 863/2011, de 21 de julio –Roj.: STS 5143/2011-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 39/2012, de 1 de febrero de 2012 –Roj.: STS 771/2012-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 658/2012, de 13 de julio de 2012–Roj.: STS 7440/2007-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 104/2019, de 27 de julio –Roj.: STS 771/2012-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 740/2012, de 10 de octubre de 2012– Roj.: STS 6147/2012-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 777/2013, de 7 de octubre de 2013 –Roj.: STS 5677/2013-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 835/2013, de 6 de noviembre de 2013 –Roj.: STS 5453/2013-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 395/2014, de 13 de mayo de 2014 –Roj.: STS 2114/2014-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 587/2014, de 18 de julio de 2014 –Roj.: STS 4961/2014-.

- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 795/2104, de 20 de noviembre de 2014 –Roj.: STS 4961/2014-.
- España. Tribunal Supremo. “Sentencia”, Sala 2ª, 24/2017, de 25 de enero de 2007 –Roj.: STS 772/2007.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 104/2019, de 27 de julio –Roj.: STS 771/2019-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 173/2019, de 1 de abril de 2019 –Roj.: 234/2018-.
- España. Tribunal Supremo. Sala Segunda, de lo Penal “Sentencia” 306/2020, de 12 de junio de 2020 –Roj.: 2836/2020-.
- España. Tribunal Constitucional “Sentencia” 167/2002, de 18 de septiembre de 2002 (RTC 2002/167).
- España. Tribunal Constitucional “Sentencia” 2/2003, de 16 de enero de 2003 (RTC 2003/2).
- España. Tribunal Constitucional “Sentencia” 184/2003, de 23 de octubre de 2003 (RTC 2003/184).
- España. Tribunal Constitucional. “Sentencia” 104/2006, de 3 de abril de 2006 (RTC 2006/104).
- España. Tribunal Constitucional “Sentencia” 253/2006, de 11 de septiembre de 2006 (RTC 2006/253).
- España. Tribunal Constitucional “Sentencia”, 197/2009, de 28 de septiembre de 2009 (RTC 2009/197)
- España. Tribunal Constitucional “Sentencia”, 5/2010, de 7 de abril de 2010 (RTC 2010/5).
- España. Tribunal Constitucional “Sentencia” 26/2010, de 27 de abril de 2010 (RTC 2010/26).
- España. Tribunal Constitucional “Sentencia” 104/2006, de 3 de abril (RTC 2006:104).
- España. Tribunal Constitucional “Sentencia” 70/2010, de 18 de octubre de 2010 (RTC 2010/70)
- España. Tribunal Constitucional “Sentencia” 25/2011, de 14 de marzo de 2011 (RTC 2011/25).
- España Wolters Kluwer. “El agente encubierto”. *Wolters Kluwer*. Accedido 29 de marzo de 2021. <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAKNDC2NDU7Wy1KLizPw8WyMDQ3MDIwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAPrjoUY1AAAAWKE>.
- Estados Unidos de México. *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*. Diario Oficial de la Federación de 7 de noviembre de 1996.
- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Sentencia”, de 30 de julio de 1999, *Valenzuela Contreras vs España*.
- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Sentencia”, de 19 de abril de 2001, *caso Peers vs Grecia*.

- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Sentencia”, 29 de mayo de 2001, *Franz Fischer c. Austria*.
- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Sentencia”, de 24 de julio de 2001, *caso Valainas vs Lituania*.
- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Sentencia”, de 30 de mayo de 2002, *caso CF vs. Austria*.
- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Sentencia”, 8 de febrero de 2003, *Prado Bugallo vs España*.
- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Sentencia”, 11 de diciembre de 2003, *caso Basani vs Italia*.
- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Sentencia”, 24 de febrero de 2005, *caso Jaskaukas vs Lituania*.
- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Sentencia”, de 5 de febrero de 2008, *caso Ramanauskas vs Lituania*.
- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Sentencia”, de 1 marzo 2011, *caso Lalas vs Lituania*.
- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Sentencia de 14 de febrero de 2017, *caso Pătrașcu vs. Rumanía*.
- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Sentencia”, de 6 de junio de 2020, *caso Sallen vs. Austria*.
- Farto, Alejandro. *El agente encubierto en el COIP*. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2017.
- Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Buenos Aires: Gedisa, 1983.
- García, Beatriz. “Técnicas de investigación de la delincuencia organizada”. *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, n.º 20 (2009).
- García, Jerónimo. “Los límites entre el agente encubierto y el agente provocador en la persecución de los delitos del tráfico ilícito de drogas”. *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 107 (2014).
- García, Juan Antonio. Criminalidad organizada, Estado y legitimidad. En *Crimen y criminalidad organizada, Una mirada multidisciplinar* –Moreira Nakousi y Daniel Soto, Eds. Santiago de Chile: cuatro Propio, 2012.
- Gascón, Fernando. *Infiltración policial y agente encubierto*. Granada: Comares, 2001.
- Gimeno, Vicente. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Castillo de Luna, 2ª Ed. 2018.
- González-Cuellar, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.
- Guariglia, Fabricio. “El Agente encubierto. ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”. *Revista de Ciencias Penales*, n.º 12 (1994).
- Guedes, Manuel M. “La investigación del crimen organizado, entrada y registro en domicilios por la noche, el agente infiltrado y las intervenciones de las comunicaciones”. En *Dos décadas de reformas penales 2008* (Sanz Mulas, N.,

- Coord.) -Carrizo González-Castell, A., trad.-. Granada: Comares, 2008.
- Guzmán, Vicente C. “El agente encubierto y las garantías del proceso penal”. En *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*. Madrid: Thomson, Centro de Estudios Jurídicos, 2006.
- _____. “Prólogo” a la obra, de M^a del Rocío Zafra *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Hernández, José Ricardo. “La anticorrupción en Colombia, el agente encubierto y la función de inteligencia”. *Revista Prolegómenos -Derechos y Valores*, n. ° 1, (2018).
- Hinojosa, Laura G. “Valoración del testimonio del agente encubierto. El estado como agente generador de la prueba. Colisión de garantías procesales”. En *Letra*. Año 5, n. ° 10 (2018).
- Iberoamérica. Corte Iberoamericana de Derechos Humanos. “Sentencia”, de 4 de julio de 2007, *caso Escué Zapata vs. Colombia*.
- Iberoamérica. Corte Iberoamérica de Derechos Humanos “Sentencia”, de 24 de junio de 2005, *caso Acosta Calderón vs. Ecuador*.
- Iberoamérica. Corte Iberoamérica de Derechos Humanos “Sentencia”, de 1 de febrero de 2006, *caso Álvarez vs. Honduras*.
- Lamarre, Flavia. “Agentes encubiertos y criminalidad organizada: derecho y demagogia”. *Lecciones y Ensayos*, n. ° 88 (2010).
- López, Eloy M., “Agente encubierto y agente provocador, ¿dos figuras incompatibles?”. *Diario La Ley*, n. ° 5822 (2003).
- López, Jacobo-Barja. “El agente encubierto”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. ° 2, (1999).
- Magaz, Ricardo. “Respuestas político-criminales a la delincuencia internacional (narcotráfico y terrorismo)”. En *La investigación criminal y sus consecuencias jurídicas* -José Collado Medina, Coord. Madrid: Dykinson, 2010.
- Martínez Bolaños, Belem. “El agente encubierto como medio de prueba extraordinaria contra el crimen organizado”. *Derecho Penal Mínimo. Revista de Análisis Jurídico Penal*, n. ° 10 (2010).
- Miranda, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso*. Barcelona: Ed. Bosch, 1997.
- Naciones Unidas. *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Aprobada por la Conferencia en su Sexta sesión plenaria. Celebrada el día 20 de diciembre de 1988.
- Naciones Unidas. *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en materia penal*, de 23 de mayo de 1992.
- Naciones Unidas. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 12/15 de diciembre 2000. Aprobada por Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

- Naciones Unidas. *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, adoptada el 31 de octubre de 2003 por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 58/4.
- Núñez, Miguel Ángel y Guillén, Germán. “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas (1)”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales LXI*, (2008).
- Oliver, Sara. “Prueba, proceso civil y verdad, derecho positivo, filosofía y lógica”. *La Ley*, n. ° 7128 (2009).
- Oneto, Isabel. *Agente infiltrado. Contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*. Coimbra: Coimbra editora, 2005.
- ONU. *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*. Nueva York: Publicaciones de Naciones Unidas, 1989.
- ONU. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*. Nueva York: Oficina contra la Droga y el Delito, 2004. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.
-
- _____. *Manual de Técnicas Especiales de Investigación Agente Encubierto y Entrega Vigilada*, 2009.
- Organización de Estados Americanos. *Convención Interamericana contra la corrupción*. Adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA) suscrita en Caracas (República bolivariana de Venezuela), 29 de marzo de 1996.
- Organización de Estados Americanos. *Convención Americana contra la Fabricación y el Tráfico ilícito de Armas de fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados*.
- Ortega-Cevallos, Marco Vinicio. “Una mirada al código orgánico integral penal: desde los deberes y obligaciones de los servidores públicos”. *Dominio de las Ciencias* 5, n. ° 2 (2019).
- Politoff, Sergio y Matus, Jean Pierre. *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes*. Chile: Edit. Jurídica Conosur, 1998.
- Prado, Víctor Roberto. *Entrega vigilada: orígenes y desarrollo. Los procedimientos y técnicas especiales de investigación*. University of Fribourg. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_66.pdf.
- Ramírez, Andrés David. *El agente encubierto frente a los derechos constitucionales a la intimidad y a la no incriminación*. Colombia: Universidad de Antioquía, 2010.

- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., (versión 23.4 en línea). <https://dle.rae.es/infiltrar>. Consultado el día 4 de marzo de 2021.
- _____. *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* (en línea). <https://dpej.rae.es/lema/agente-encubierto>. Consultado el día 2 de marzo de 2021.
- Redondo, Álvaro. “El agente encubierto en la jurisprudencia y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos”. *La Ley Penal*, n° 45 (enero 2008).
- Reggiani, Carlos. *El agente fiscal encubierto*. (2005). <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30111-agente-fiscal-encubierto>.
- República de Argentina. *Ley 27319*. Boletín Nacional de 22 de noviembre de 2016.
- República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 39912, de 30 de abril de 2012.
- República de Colombia. *Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial, 45.657 del 31 de agosto de 2004.
- República de Chile. *Ley 20000*. Diario Oficial, de 16 de febrero de 2005.
- República de Colombia. *Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial, 45.658, de 1 de septiembre de 2004.
- República de Guatemala. *Ley n° 1340/1988*, de 22 de noviembre.
- República de Guatemala. *Ley 1881*, de 24 de junio de 2002, que modifica la Ley n° 1340/1988, de 22 de noviembre.
- República de El Salvador. *Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial de 30 de enero de 2009.
- República de El Salvador. *Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja*. Diario Oficial, 13, de 22 de enero de 2007.
- República de Francia. *Código Procesal Penal -Code de procédure pénale-*, aprobado por Ley de 31 de diciembre de 1957.
- _____. *Ley 2015/1993*, de 17 de agosto.
- República de Panamá. *Código de Procedimiento Penal*. Gaceta Oficial Digital, 26,114, de 29 de agosto de 2008.
- República de Panamá. *Código de Procedimiento Penal*. Gaceta Oficial Digital 26.114, de 29 de agosto de 2008.
- República de Panamá. *Ley de 31 de marzo de 2004*. Gaceta Oficial, 25023, de 4 de abril de 2004.
- República de Perú. *Nuevo Código Procesal Penal*. Decreto Legislativo 957, de 22 de julio de 2004, publicado el 29 de julio de 2004.
- República Plurinacional de Bolivia. *Código de procedimiento penal*. Ley 1970, de 25 de marzo de 1999.
- República de Portugal. *Ley 101/2001*, de 25 de agosto, de Régimen Jurídico de las acciones encubiertas para fines de prevención e investigación criminal.
- República de Portugal. “Sentencia”, de 21 de marzo de 2011.

- República Federal de Alemania. *Código de Procedimiento Penal alemán (Strafprozeßordnung, StPO)*. Gaceta Federal I de 7 de abril de 1987.
- República Federal de Alemania. *Ley de 11 de julio de 2019*. Gaceta Federal I.
- Rivero, Jorge. “Los agentes clandestinos y el debido proceso”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 28 (2009).
- Schwabe, Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* -Anzola Gil, M. y Maus Ratz, E., tradas. México: Fundación Konrad Adenauer, A.C., 2009.
- Sentís, Santiago. *La Prueba. Los grandes Temas del Derecho Probatorio*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1979.
- Shaw, James. “Derecho Internacional sobre el uso de operaciones encubiertas y vigilancia electrónica en la lucha contra la delincuencia transnacional organizada”. En *Uso de Agentes Encubiertos y Vigilancia Electrónica en la Lucha Contra el Crimen Organizado y la Corrupción*. Lima: Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito, 2005.
- Sotomayor, Juan Oberto. “Criminalidad organizada y criminalidad económica. Los riesgos de un modelo diferenciado de Derecho Penal”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 12 (2010).
- Taruffo, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Traducido por Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2010.
- _____. *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*. Padova: CEDAM, 1979.
- U.S.A. Tribunal Supremo “Sentencia” *Sorrells vs. United States* -287 U.S. 435 (1932)
- U.S.A. Tribunal Supremo “Sentencia” *United States vs. Rusell* -411 U.S. 423 (1973)
- U.S.A. Tribunal Supremo “Sentencia” *Hampton vs. United States* -425 U.S. 484 (1976)
- U.S.A. Tribunal Supremo “Sentencia” *Jacobson vs. United States* -(90-1124), 503 U.S. 540 (1992)
- Velasco, Eloy. “Entregas vigiladas, infiltración y agente encubierto en internet”. *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 1-2 (2010).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Criminalidad y corrupción”. *Revue Internationale de Droit Penal*, n.º. 1-2 (1997).
- _____. “Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana”. *Revista de Derecho Penal*, n.º 6 (1998).
- Zafra, M^a del Rocío. *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- _____. *Los presupuestos de la infiltración policial*. Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2007.
- Zúñiga, Laura. “Criminalidad organizada. Derecho Penal y sociedad. Apuntes para el análisis”. En *El Desafío de la criminalidad organizada*. -Sanz, Nieves, Coord. Granada: Comares, 2006.

CAPÍTULO V

TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN: SEGUNDA PARTE

Xulio Ferreiro Baamonde, Ph.D.¹

Prof. Titular de Derecho Procesal

Universidade da Coruña. España

¹ Licenciado en Derecho, Universidade da Coruña (1997); Doctor en Derecho, Universidade da Coruña (2002); Catedrático de Universidad de Derecho Público. Universidade da Coruña (2012-actualidad); Magistrado de la Audiencia Provincial de Lugo (2012-2015); Alcalde de A Coruña (2015-2019); Profesor invitado en las Universidades de Saint Louis University, Max-Planck Institut de Freiburg y University of Michigan.

I. COOPERACIÓN EFICAZ

Art. 491.- Cooperación eficaz.- *Se entenderá por cooperación eficaz el acuerdo de suministro de datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de sus responsables o sirvan para prevenir, neutralizar o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad así como la información que permita identificar el destino de bienes, dinero, fondos, activos y beneficios que sean el producto de actividades ilícitas.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. El acuerdo de cooperación. III. El suministro de información por parte del cooperador. IV. Los objetivos de la cooperación eficaz.*

I. Introducción

El art. 491 introduce en el Código Orgánico Integral Penal la definición de lo que ha de entenderse por cooperación eficaz, a los efectos de, en los supuestos que proceda, aplicar los beneficios penológicos que tal cooperación pueda suponer para el procesado². De este modo, a cambio de una rebaja en la pena a imponer, se consigue que el procesado colabore en la investigación penal, de modo que la información que este proporcione permita el esclarecimiento de los hechos y, por lo tanto, facilite la labor acusatoria del fiscal, al proporcionarle el arsenal probatorio necesario para vencer la presunción de inocencia y lograr una condena ante el tribunal juzgador.

² La relativa novedad de la institución en Ecuador y la falta de criterios uniformes desde la Fiscalía General del Estado o de jurisprudencia relevante al respecto hace que en esta materia nos movamos en una gran indeterminación. Las aportaciones doctrinales son igualmente escasas, más allá de alguna excepción y de diversos trabajos de tesis académicas que han intentado poner cierta claridad en una normativa que da lugar a muchas dudas e interpretaciones. Algunos ejemplos serían los siguientes: Diego Fabricio Tixi Torres, Mercedes Navarro Cejas, Daisy Narcisca Rojas Sánchez, y Juan Bladimir Navas Pazmiño, “La cooperación eficaz y la no desarticulación de la delincuencia organizada en el Ecuador”, *Episteme*, 6 (Especial): 772-786; Paola Belén Álvarez Bedón, *La debida aplicación de la Cooperación Eficaz dentro del Proceso Penal Ecuatoriano*, (Universidad Central del Ecuador, Quito: 2017); Patricia Del Rocío Jara Oña, *La cooperación eficaz y el principio de proporcionalidad*, (Universidad Regional Autónoma de Los Andes “Uniandes” - Universidad Católica de Cuenca, Ambato: 2018); Edison Ruben Escobar Aguirre, *El testimonio del cooperador eficaz como medio de prueba en el proceso penal ecuatoriano*, (Universidad Internacional SEK, Quito: 2019); Víctor Daniel Rodríguez Rodríguez, *La debida aplicación de la cooperación eficaz de acuerdo al código orgánico integral penal, en los delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización*, (Universidad Católica de Santiago De Guayaquil, Guayaquil: 2019); Rosa Liliana Gutiérrez Bonilla, *La cooperación eficaz como técnica de investigación frente al delito de delincuencia organizada y su aplicación en el Ecuador. Período 2014-2018*, (Universidad técnica de Ambato, Ambato: 2020); Jesús Emmanuel Fierro Loor, *La cooperación eficaz en el Ecuador, un breve análisis de su aplicabilidad procesal*, (Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil: 2020).

La cooperación eficaz del procesado cobra su verdadera virtualidad cuando se utiliza en el ámbito de la criminalidad organizada³. De este modo, la colaboración del procesado puede utilizarse por el investigador para avanzar en el desmantelamiento de tramas delictivas que van más allá de los hechos cometidos directamente por el procesado cooperador, contribuyendo a esclarecer nuevos delitos, a identificar otros responsables o a alcanzar los efectos económicos de las actividades delictivas bajo investigación. De este modo, la perspectiva de una rebaja sustancial en la pena servirá de acicate para que el procesado ofrezca al fiscal información que le permita obtener un mayor conocimiento de las organizaciones delictivas, persiguiendo a sus integrantes a través de la escala jerárquica de las mismas y, en su caso, previniendo nuevos delitos y desmotando estas estructuras criminales, además de alcanzar los activos económicos que las actividades delictivas hayan podido generar.

II. El acuerdo de cooperación

Para que la cooperación eficaz despliegue sus efectos reductores de la pena es necesario un acuerdo previo entre el fiscal y el procesado. En consecuencia, no toda actuación colaboradora del sujeto pasivo del proceso será eficaz para lograr la aplicación de esta institución, sino que es necesario que la misma se enmarque en una negociación entre fiscalía y procesado, de modo que la primera le ofrezca al segundo la rebaja en la petición de pena a cambio de su colaboración. En consecuencia, la declaración espontánea del investigado, o su no resistencia a las diligencias de investigación que se realicen no suponen, por sí solas, el cumplimiento de los presupuestos de hecho de la cooperación eficaz, por mucho que se logren sus objetivos materiales. Naturalmente, la actitud colaborativa informal del investigado puede llevar a que el o la fiscal ofrezcan el acuerdo de cooperación eficaz, pero no provocan por sí sola la obligación de que la fiscalía introduzca en su petición de pena la rebaja prevista en el art. 493 COIP.

Para que el acuerdo sea válido, debe constar de alguna forma el ofrecimiento por parte de la fiscalía y su aceptación por el procesado, de forma libre y voluntaria. Aunque nada dice el Código sobre la forma, parece conveniente, de cara a asegurar los derechos del procesado, que el acuerdo se realice por escrito y con intervención del defensor. Esta última exigencia viene impuesta por lo reseñado en el art. 452 COIP, que prescribe la necesidad de defensor desde “la primera actuación”, siendo objeto de

³ De hecho, con este propósito la institución se ha ido introduciendo en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos. A este respecto pueden consultarse, entre otros: Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, *El Colaborador con la Justicia. Aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido*, (Madrid, Dickinson: 2004); William Quiroz Salazar, “La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú”, *Revista Oficial del Poder Judicial* 3, n.º 3, (2008): 159-171; Hernán Silva Silva, “La cooperación eficaz de la ley de drogas”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n.º 17 (2011): 211-223; Edwin Duarte, *El Imputado Colaborador en los delitos de Narcotráfico*, (Edit. Poder Judicial de la República de Costa Ric: 2012); Edison Ruben Escobar Aguirre, *El testimonio del cooperador eficaz como medio de prueba en el proceso penal ecuatoriano*, 41-47.

sanción la práctica de diligencias procesales o pre-procesales, sin la intervención de este. No será necesaria, sin embargo, la aprobación judicial del acuerdo, trámite que no se contempla en el articulado del Código.

III. El suministro de información por parte del cooperador

A través del acuerdo señalado, el procesado se compromete a suministrar a la fiscalía datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas, verídicas y comprobables que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de sus responsables o sirvan para prevenir, neutralizar o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad, así como la información que permita identificar el destino de bienes, dinero, fondos, activos y beneficios que sean el producto de actividades delictivas.

Se trata, por tanto, de un contenido complejo que implica, no solo una actividad por parte del procesado, la de proporcionar información a través de diversos modos posibles, sino que, además, se requiere que tal actividad produzca un determinado resultado en las investigaciones, ayudando al avance de estas y a la consecución de determinados objetivos relacionados con la persecución de delitos. En primer lugar, por lo tanto, se trata de que el procesado se comprometa a aportar determinada información a la fiscalía y de que, efectivamente así se haga. Esta información puede consistir en declaraciones, de modo que se faciliten datos de forma oral al investigador, pero también en la contribución al acervo probatorio a través de documentos, o incluso soporte audiovisual o informático, efectos delictivos, bienes que se hayan utilizado en la perpetración de los hechos perseguidos, etc. Es decir, no tiene mayor relevancia la forma en la que se produzca el aporte de información, sino el hecho de que esta se traslade a la fiscalía.

En todo caso, la información objeto del acuerdo de cooperación eficaz debe ser útil para la investigación. No se trata, pues, de que el procesado preste su colaboración, sino de que lo haga de modo que la información facilitada permita realizar avances en los fines de la instrucción penal. Así lo establece el precepto cuando señala no solo que la información facilitada debe ser precisa, verídica y comprobable, sino que debe contribuir necesariamente al esclarecimiento de los hechos y demás objetivos que a continuación se señalarán. Esto implica, por lo tanto, dos presupuestos diferentes. Por un lado, la veracidad, concreción y “comprobabilidad” de la información, es decir, si la aportación del procesado se demuestra falsa, no es susceptible de verificación externa o resulta, en sí misma, demasiado inconcreta para producir algún avance significativo en la investigación, el acuerdo no podrá desplegar sus efectos atenuadores de la pena. Este primer requisito es, pues de carácter interno con respecto a la información ofrecida por el cooperador. Se trata de que la información, en sí misma considerada, sea adecuada para los fines del proceso penal y pueda, en su caso, generar medios de prueba con la fuerza suficiente para vencer la presunción de inocencia y fundar una sentencia condenatoria.

Pero a los requisitos internos de la información debe sumarse, en segundo lugar, la utilidad y eficacia para avanzar en la investigación en el caso concreto. Por ello, si la información facilitada por el procesado es verídica y concreta, pero no aporta nuevos datos, en la medida en que se corresponde con aspectos fácticos de los que la fiscalía ya era sabedora o a los que tuvo acceso a través de otros medios de investigación diferente, y la nueva información o los nuevos efectos o instrumentos delictivos aportados no contribuyen de forma significativa a aumentar el conocimiento de los hechos o el arsenal probatorio en poder del investigador, el acuerdo carecerá igualmente de relevancia penológica.

Este último requisito plantea la cuestión de qué pasaría si, siendo los datos e información facilitada en sí misma susceptible de plantear un avance significativo en las investigaciones penales, tal avance no se produce por la falta de pericia o interés de la fiscalía o del Sistema especializado integral de investigación. En este caso, debe entenderse, en una interpretación *pro reo*, que el acuerdo debe surtir igualmente sus efectos, ya que si el procesado facilitó una información en sí misma relevante, pero esta no se tradujo en un avance significativo en las investigaciones por causas ajenas a él mismo, no deben de hacerse recaer las consecuencias de que la cooperación eficaz haya visto frustrados sus objetivos⁴.

IV. Los objetivos de la cooperación eficaz

Se ha señalado genéricamente que el objetivo de la cooperación eficaz es el avance en la investigación de los hechos delictivos. Esta formulación amplia es pormenorizada en el art. 491 COIP, enumerando una serie de objetivos parciales, pero con una amplitud tal que puede afirmarse que cualquier resultado positivo en el esclarecimiento de las circunstancias que rodean al delito investigado puede ser un objetivo legítimo que perseguir acudiendo a un acuerdo de cooperación eficaz:

- El esclarecimiento de los hechos investigados. Ello incluye tanto el avance en la clarificación de los hechos ya conocidos, como en el descubrimiento de nuevos hechos de los que la fiscalía todavía no había tenido noticia e, incluso, la obtención de elementos probatorios que acrediten elementos fácticos de los que se tenía conocimiento. El esclarecimiento puede versar tanto sobre los aspectos relacionados con su propia participación en los hechos, o con la de terceros⁵.

⁴ Existen, sin embargo, resoluciones judiciales que se pronuncian en sentido contrario, como la Sentencia No. 05283-2017-03216, dictada por el Tribunal de Garantías Penales, con sede en el cantón Cotopaxi en el Proceso No.05283-2017-03216, donde la imposibilidad de localizar a los autores del delito identificados por el procesado llevó a la ausencia alguna de reducción en la pena.

⁵ Pueden encontrarse, de todas formas, opiniones que consideran que la información que proporcione el cooperador eficaz debe siempre ir dirigida a esclarecer las circunstancias de la participación de otros responsables penales, y nunca la propia. Cfr. Tixi Torres et al., "La cooperación eficaz y la no

- La identificación de responsables. En este supuesto el cooperador no informará tanto de su participación en los hechos punibles, de los que seguramente ya existen elementos de convicción, sino de la concurrencia de otros autores o cómplices, de acuerdo con los arts. 41-43 COIP. Este suele ser uno de los supuestos político-criminales que justifican el recurso a la cooperación eficaz, al poder identificar, en el ámbito de la delincuencia organizada a los diversos sujetos que forman parte de la organización criminal.

- La prevención o neutralización de la comisión de nuevos delitos o de su consumación, siempre que estos sean de igual o mayor gravedad que los imputados al procesado cooperante. En este caso, el fin inmediato no es tanto el esclarecimiento de los delitos ya cometidos, como que la información proporcionada por el cooperante permita evitar la perpetración de otros diferentes, pero relacionados con este, sean porque se han ejecutado ya actos preparatorios de los mismos, o bien porque formen parte de la actividad delictiva habitual de organizaciones criminales. En este caso, ha de tenerse en cuenta necesariamente el principio de proporcionalidad, en la medida que la rebaja en el castigo ofrecida al procesado debe corresponderse valorativamente con la relevancia de los hechos penales que la información facilitada ha conseguido evitar o con la entidad de la organización criminal que se ha desactivado, total o parcialmente.

- El destino de los activos económicos dimanantes del delito. La Ley 17-S de 24-XII-2019 introdujo una nueva finalidad legítima para justificar los acuerdos de cooperación eficaz, la obtención de información relativa al destino de los bienes, dinero y en general todos aquellos activos económicos que sean el producto de actividades ilícitas. En cuanto la estrategia *crime doesn't pay* se ha vuelto central en la lucha contra la criminalidad organizada, es fundamental que en este tipo de delitos la investigación se dirija a la localización y aprehensión de los efectos económicos derivados de la actuación delictiva, por lo que, si la colaboración prestada por el procesado permite la consecución de este objetivo, el tratamiento que recibe se equipara al relativo a los demás objetivos de la investigación criminal⁶.

desarticulación de la delincuencia organizada en el Ecuador”, aunque los propios autores citan resoluciones judiciales que acogen el criterio contrario como la recaída en el proceso 01283201701819G, dictada por el Juez de Garantías Penales de Cuenca.

II. TRÁMITE DE LA COOPERACIÓN EFICAZ

Art. 492.- Trámite de la cooperación eficaz.- *La o el fiscal deberá expresar en su acusación si la cooperación prestada por el procesado ha sido eficaz a los fines señalados en el artículo anterior.*

La reducción de la pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes generales que concurran de acuerdo con las reglas generales. La pena no podrá exceder los términos del acuerdo.

SUMARIO: *I. Introducción. II. El acuerdo de cooperación eficaz y el ejercicio de la acusación. III. La concurrencia con otras atenuantes. IV. El efecto vinculante del acuerdo de cooperación.*

I. Introducción

El artículo 492 COIP regula el modo en que el fiscal deberá introducir en el proceso el acuerdo de cooperación eficaz. En primer lugar, se establece que será en la acusación en donde se deberá expresar si ha existido cooperación por parte del procesado, así como si ésta ha sido eficaz en los términos señalados por el art. 491 COIP. Por otra parte, se establece también el modo en que se debe compatibilizar la atenuante específica de cooperación necesaria con las restantes atenuantes (y agravantes) que concurran en el supuesto concreto. Por último, se establece la vinculación del juzgador con la reducción de pena que el fiscal introduzca en su acusación, y la de la propia fiscalía con lo reflejado en el acuerdo de cooperación eficaz.

II. El acuerdo de cooperación eficaz y el ejercicio de la acusación

La fiscalía debe expresar en la acusación “si la cooperación prestada por el procesado ha sido eficaz a los fines señalados en el artículo anterior”. De acuerdo con esta indicación, ha de determinarse en qué momento procesal debe el fiscal comunicar al tribunal la existencia del acuerdo de cooperación y cuál debe ser el contenido de esta comunicación.

La referencia que el precepto realiza a la “acusación” remite necesariamente al art. 603 COIP. En consecuencia, será en la audiencia preparatoria al juicio donde la fiscalía introduzca los extremos relativos a la existencia del acuerdo de cooperación eficaz, así como a los resultados de este. Ello significa que durante la instrucción no existe obligación explícita para la fiscalía de hacer referencia a la existencia de un

acuerdo de cooperación eficaz –que puede estarse gestando todavía– en el momento de formular los cargos en virtud del art. 595 COIP. La ausencia de cualquier referencia al acuerdo de cooperación eficaz en este primer momento procesal es coherente con la finalidad del acto de formulación de cargos, ya que lo que con él se pretende es fijar el alcance de la instrucción y, por lo tanto, determinar tanto los hechos como las personas que son imputados, así como su tipicidad penal, pero sin necesidad alguna de hacer referencia a la concreta individualización de la pena que les pudiese corresponder a los responsables penales. En todo caso, debe recordarse que únicamente se podrá acusar a las personas contra las que previamente se hayan presentado cargos en esta etapa procesal (art. 603 i.f COIP).

Así pues, cuando la fiscalía tome la decisión de acusar a la finalización de la fase de instrucción, así lo comunicará al juez, para la convocatoria de la audiencia preparatoria, que será el momento procesal en el que deberá formalizar la acusación. Tal y como señala el propio art. 603 COIP, la acusación incluirá la individualización de la persona o personas acusadas y su grado de participación en el delito, la relación de los hechos imputados y la fundamentación fáctica y jurídica de la que resulta la responsabilidad penal del procesado, además de indicar los medios de prueba y de poder pronunciarse sobre la adopción de medidas cautelares y de protección. Aunque el precepto no lo señale expresamente, debe entenderse que la acusación debe incluir también la concreta petición de pena con respecto a los diferentes procesados.

A la hora de individualizar esta petición de pena es donde tendrá relevancia lo señalado en el presente precepto, ya que el fiscal debe indicar en el escrito de acusación, así como en la exposición razonada que efectuarán de la misma en virtud del art. 604.3 COIP, tanto si ha existido un acuerdo de cooperación eficaz, como si tal acuerdo ha sido fructífero en el cumplimiento de los fines legales. De acuerdo con este segundo extremo, la fiscalía debe exponer en qué ha consistido la colaboración prestada por el procesado –aportación de datos, efectos, bienes, etc. –, cuál ha sido la información que el procesado ha facilitado y los resultados que esta colaboración ha implicado para la investigación, de acuerdo con los fines previstos en el precepto anterior, es decir, en qué medida esta información ha posibilitado un avance en la investigación, la identificación de nuevos responsables o la prevención de nuevos delitos, así como la localización de activos económicos procedentes de la actividad delictiva. Deberá también hacerse mención a las restantes cuestiones que van a incidir en la individualización de la pena por parte del juzgador, ex art. 493 COIP, es decir, la posible existencia de una alta relevancia social que permita una rebaja extraordinaria en la pena, la apreciación sobre el grado de cumplimiento del acuerdo por parte del procesado y demás circunstancias relativas a la comisión del delito y a la persona del procesado que puedan tener influencia a la hora de valorar el alcance y la magnitud de la colaboración prestada.

Aunque no lo mencione el precepto, también el defensor del procesado debe poder referirse a estas circunstancias en su intervención durante la audiencia. Esta posibilidad será especialmente relevante cuando, a pesar de existir un acuerdo, la

fiscalía estime que no se ha prestado la colaboración en los términos pactados o que los resultados de la misma no han sido los esperados y, en general, en todos aquellos en los que la petición de pena no contenga el máximo en la rebaja legalmente posible, dado que, en estos casos, como se verá a continuación, existe margen de apreciación y de individualización de la pena por parte del juzgador, pudiendo solicitar el defensor una rebaja de la pena mayor a la introducida por el o la fiscal⁷.

III. La concurrencia con otras atenuantes

Una cuestión relevante a la hora de aplicar la rebaja de pena que debe llevar consigo la cooperación eficaz, es la de cómo se compatibiliza esta con la vigencia de las atenuantes de los arts. 45 y 46 COIP. En principio, la regla legal es de fácil comprensión: primero deben aplicarse las atenuantes (o agravantes generales) y sobre la pena resultante de esta aplicación, realizar la rebaja establecida en el art. 493 COIP. De este modo, tal y como señala el art. 44 COIP, “si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción”. Sobre esta pena mínima, rebajada en un tercio, se procederá a aplicar la reducción prevista en el siguiente precepto.

Esta mecánica no debe plantear problemas en el caso de que la cooperación eficaz pueda ser apreciada en concurrencia con las cuatro primeras atenuantes recogidas en el art. 45 COIP, es decir, la influencia de circunstancias económicas apremiantes (en el caso de delitos contra la propiedad cometidos sin violencia), actuación bajo temor intenso y auxilio o reparación a la víctima. Más difícil, sin embargo, es determinar cómo debe operar la concurrencia de causales en el caso de los arts. 45.5, 45.6 y 46 COIP, que recogen como atenuantes genéricas presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación y como “atenuante trascendental”, el suministro de datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación.

Se presenta en estos últimos supuestos conductas que, materialmente, pueden quedar subsumidas dentro del concepto que se ha indicado de cooperación eficaz. Es decir, si existe un acuerdo de cooperación eficaz y este es cumplido en términos satisfactorios por el procesado, necesariamente se van a dar los supuestos de hecho de, al menos, los arts. 45.6 y 46 COIP. Desde luego, al contrario, no siempre funcionará igual, dado que es posible que se dé una colaboración espontánea sin necesidad de un acuerdo de cooperación entre fiscalía y el procesado, lo que determinará la aplicación de las atenuantes genéricas –incluso de la denominada trascendental– sin que entre en juego lo señalado en este precepto.

⁷ En sentido semejante se pronuncia Jesús Emmanuel Fierro Loor, *La cooperación eficaz en el Ecuador, un breve análisis de su aplicabilidad procesal*, (Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil: 2020), 17.

Por lo que respecta a la presentación voluntaria ante las autoridades, parece que en este caso existen supuestos fácticos diferentes, dado que, aunque la *ratio* legislativa pueda ser semejante –buscar la cooperación del procesado– en realidad el comportamiento es diferente, ya que aquí se está ante una acción diferente de la de ofrecer información relevante para la investigación. Pero en los otros dos supuestos que se ha comentado, parece que se evidencia una reiteración en el comportamiento de colaboración con las autoridades –en el caso de las atenuantes genéricas sin acuerdo previo y en el caso de la cooperación eficaz, con acuerdo de por medio– y, en consecuencia, la aplicación de dos consecuencias jurídicas basadas en un mismo supuesto fáctico. A pesar de ello, y de que la rebaja en la pena acumulando lo dispuesto en los arts. 44 y 493 COIP pueda ser extraordinariamente relevante, existen argumentos para entender que esto es precisamente lo que ha querido el legislador.

En primer lugar, la literalidad del art. 492 COIP que se refiere a las atenuantes “generales”, ya que el legislador no pudo ignorar que dentro de estas atenuantes “generales” se encontraban los comportamientos descritos. Es cierto que los arts. 44, 45 y 46 COIP no se refieren a estas agravantes como “generales” e incluso se refieren a la última de ellas como “trascendental”, lo que podría conducir a dudar de si esta forma parte de las atenuantes “generales”. Es aquí donde el segundo argumento entra en juego, puesto que la rebaja penológica contenida en el art. 46 COIP para la atenuante “trascendental” –que tal y como está definida, supone una cooperación eficaz sin que sea preciso el acuerdo previo– se debe calcular de forma diferente a la contemplada en el art. 493 COIP: rebaja de la pena a un tercio de la que le correspondería inicialmente, frente al 20 o 10 % que, dependiendo de las circunstancias, le correspondería en función del art. 493 COIP. Desde luego, si se entiende que se está ante la misma atenuante en ambos casos, sería difícil resolver la evidente contradicción entre ambos preceptos, lo que lleva a concluir que es posible una acumulación en la rebaja de la pena por la aplicación consecutiva de ambos supuestos de hecho: la cooperación espontánea ex art. 45.6 o, en su caso, 46 COIP (no ambos a la vez) y la cooperación previo acuerdo.

Naturalmente, también es defendible una interpretación que entienda que en caso de acuerdo, es aplicable lo señalado en los preceptos 491 y *ss* COIP y en ausencia de este, lo señalado en los arts. 44-46 COIP, seguramente una interpretación más razonable desde el punto de vista político-criminal, aunque lo cierto es que se tropieza con el obstáculo de la literalidad del artículo objeto del presente comentario, en una interpretación, además *contra reo*, que debe ser evitada en el derecho penal. Por lo que, en caso de haber sido esto último lo deseado por el legislador, debería modificarse el texto del COIP para recogerse expresamente la diferencia en la aplicación de ambas instituciones.

IV. El efecto vinculante del acuerdo de cooperación

El juzgador está vinculado por los términos del acuerdo de cooperación eficaz, dado que no podrá imponer una pena mayor que la establecida en los términos del acuerdo. Esta conclusión debe mantenerse, incluso cuando la víctima solicite una pena mayor que la acordada entre el fiscal y la persona procesada, ya que no solo deriva de la vigencia general del principio acusatorio, sino de la especial relevancia que el legislador ha querido otorgar al acuerdo de cooperación eficaz en la determinación de la pena⁸.

La vinculación no debe entenderse existente, sin embargo, en cuanto a la posibilidad de imponer una pena inferior si esta entra dentro de los márgenes legalmente previstos, es decir, cuando la propuesta de la fiscalía no agote los márgenes de rebaja previstos. De este modo, el juzgador podrá valorar la concurrencia de las circunstancias a las que se refiere el art. 493 COIP que, por consiguiente, podrán ser objeto de prueba y debate en el juicio.

III. CONCESIÓN DE BENEFICIOS DE LA COOPERACIÓN EFICAZ

Art. 493.- Concesión de beneficios de la cooperación eficaz.- *La o el fiscal propondrá a la o al juzgador una pena no menor del veinte por ciento del mínimo de la fijada para la infracción en que se halle involucrado el cooperador.*

En casos de alta relevancia social y cuando el testimonio permita procesar a los integrantes de la cúpula de la organización delictiva, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador, una pena no menor al diez por ciento del mínimo de la pena fijada para la infracción contra la persona procesada que colaboró eficazmente.

La concesión de este beneficio estará condicionada al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el acuerdo de cooperación según la naturaleza y modalidades del hecho punible perpetrado, las circunstancias en que se lo comete y la magnitud de la cooperación proporcionada así como de acuerdo con las condiciones personales del beneficiado.

Estos beneficios podrán solicitarse también cuando, como resultado de la cooperación eficaz, se permita la ubicación o recuperación de activos, dinero, bienes, efectos o beneficios de origen ilícito, en tenencia o propiedad de otros participantes en el delito o de terceros.

SUMARIO: *I. Introducción. II. Los beneficios de la cooperación eficaz. III. Supuestos de rebaja extraordinaria. IV. Criterios para la determinación de la pena. V. Localización o recuperación de activos.*

I. Introducción

El art. 493 COIP regula las repercusiones que tendrá el acuerdo de cooperación eficaz en la solicitud de pena que la fiscalía realizará en su acusación. Con carácter general, el fiscal podrá proponer al juzgador una rebaja de la pena que alcance hasta el 20 por ciento de la pena mínima contemplada en la infracción en que se halle involucrado el cooperador. Sin embargo, es posible una rebaja aún mayor en los casos en que exista una “alta relevancia social” o cuando la información ofrecida por el cooperante haya permitido procesar a los integrantes de la cúpula de una organización delictiva. En este caso, la propuesta de pena podrá ser de hasta un 10 % de la pena que le correspondería de no haber mediado el acuerdo de cooperación.

La determinación concreta de la pena a imponer debe ser valorada por la fiscalía y, en su caso, por el juzgador, de acuerdo con una serie de parámetros preestablecidos: el grado de cumplimiento de los compromisos adquiridos por el cooperante en el acuerdo, la naturaleza del hecho punible y las circunstancias de comisión de este, la magnitud de la cooperación proporcionado y las condiciones personales del beneficiado.

Por último, la Ley s/n R.O 1078-S de 24-XII-2019 introdujo un último inciso en el art. 493 COIP para, de acuerdo con los fines previstos como legitimadores de un acuerdo de cooperación eficaz (art. 491 COIP) incluir expresamente la posibilidad de rebaja en la pena a imponer en la sentencia cuando la información proporcionada por el colaborador haya permitido la localización o recuperación de activos económicos procedentes del delito.

II. Los beneficios de la cooperación eficaz

La finalidad del acuerdo de cooperación eficaz para el procesado estriba en la posibilidad de recibir una rebaja sustancial en la pena que le correspondería por los hechos que han llevado a su procesamiento, a cambio de ofrecer su colaboración a las autoridades encargadas de la investigación penal. El alcance de esta rebaja no se deja al arbitrio absoluto de fiscalía u órgano juzgador, ni en cuanto a su cuantía, ni en cuanto a los criterios a seguir en orden a establecerla. Cierto es que los márgenes de apreciación son, en este caso, amplios, y que los criterios a seguir suponen conceptos jurídicos indeterminados que deben ser interpretados por los operadores jurídicos y cuyo funcionamiento en el caso concreto dista de estar claro.

En todo caso, es posible determinar una serie de aspectos de modo indudable. En primer lugar, la cooperación eficaz no puede conducir en ningún caso a la impunidad. Es decir, por muy valiosa que sea la información facilitada por la persona procesada, por muy significativos que sean los resultados de esa información para la investigación o por muy relevante que sean los delitos que hayan podido ser evitados o castigados como consecuencia de esta, en ningún caso el procesado puede resultar exento de responsabilidad penal. La cooperación eficaz funciona, pues, como una atenuante, muy cualificada, si se quiere, pero en ningún caso como una eximente.

En segundo lugar, la rebaja penológica que puede solicitar la fiscalía –y aplicar el juzgador– está limitada, ya que no se podrá imponer al procesado una pena inferior al 20 por ciento del mínimo fijado para la infracción en la que se halle involucrado el cooperador. Por pena fijada para la infracción no debe entenderse, sin embargo, la pena en abstracto contemplada en los artículos correspondientes al título IV COIP, sino que, de acuerdo con lo señalado en el comentario al precepto anterior, el art. 492 COIP es claro al señalar que primero debe procederse a individualizar la pena, en virtud de las reglas señaladas en el art. 54 COIP para después, sobre la pena resultante, proceder a aplicar la rebaja específica para la cooperación eficaz.

III. Supuestos de rebaja extraordinaria

La pena a solicitar por la fiscalía puede, en casos excepcionales, llegar a un 10 por ciento de la pena mínima para la infracción cometida por el procesado colaborador.

Los supuestos que justificarían esta rebaja extraordinaria serían dos:

- a) La existencia de una “alta relevancia social”.
- b) El procesamiento de integrantes de la cúpula de una organización delictiva.

El legislador ha establecido el mecanismo de la cooperación eficaz como posible atenuante en la imposición de la pena con carácter general para todos los supuestos delictivos. En consecuencia, la consecución de un acuerdo de este tipo no debe justificarse por la fiscalía por el tipo de delito que se investiga o por la especial gravedad de este. Pero lo cierto es que esta clase de acuerdos y la consecución de importantes beneficios en la imposición de la pena cobran todo su sentido en los supuestos de criminalidad organizada o de delitos de especial gravedad. A estos supuestos el legislador ha concedido un tratamiento privilegiado, pudiendo llevar a la imposición de una pena de una décima parte de la que, de no mediar acuerdo de cooperación eficaz, hubiese sido aplicada.

Lo que debe entenderse por “alta relevancia social” no es definido por el Código, pero no debe trasladarse sin más a la repercusión que el delito haya tenido en los medios de comunicación o en la opinión pública, sino que debe realizarse una ponderación del impacto de los delitos perseguidos –o evitados– en el cuerpo social y en los valores comúnmente aceptados por este. Es decir, debe equipararse la “relevancia” a la “dañosidad” social, al impacto sobre los bienes jurídicos protegidos por los tipos delictivos.

Más fácil será determinar, en teoría, aunque no en la práctica, el segundo de los supuestos. Ya se ha señalado que son varios los fines a los que puede dirigirse la colaboración del procesado con la investigación y que uno de estos es la determinación de responsables de la comisión de hechos delictivos. En este sentido, cuando la información ofrecida por el cooperador –no sólo mediante el testimonio, como señala el presente precepto, sino a través de cualquier medio, tal y como se establece en el art. 491 COIP– lleve al procesamiento de personas que lideren una organización delictiva se procederá a aplicar la rebaja extraordinaria. Esto implicará que la debe haber una relación directa entre los datos ofrecidos por el procesado y la identificación de los miembros de la cúpula delictiva, de modo que fuese improbable que la fiscalía consiguiese tal procesamiento de no mediar la colaboración.

Lo que debe entenderse por organización delictiva está regulado en el art. 369 COIP que la define como el “grupo estructurado de dos o más personas que, de forma permanente o reiterada” financian, ejercen el mando o dirección o planifican actividades “con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material”. Los miembros de la cúpula de esta organización son aquellos que “ejercen el mando”, es decir, que tienen capacidad de dirección u organización sobre otros eslabones de la organización delictiva. Si los procesados a raíz de la información proporcionada en el acuerdo de cooperación

eficaz tienen o no esta condición, será algo que debe ser probado en el proceso, al menos con carácter indiciario, puesto que no se impone la condena de éstos como requisito para la aplicación de la atenuante reforzada.

IV. Criterios para la determinación de la pena

Como ya se señaló anteriormente, el legislador no ha querido dejar totalmente al albur de fiscalía y órgano juzgador los criterios a tener en cuenta para determinar el alcance de la aplicación de la atenuante en cada caso, sino que ha establecido una serie de parámetros que deberán considerarse, aunque, del modo que están formulados, otorgan igualmente un amplio margen de apreciación. En todo caso, solo cuando estos criterios se cumplan de modo especialmente intenso estará justificado alcanzar los máximos de atenuación penológica previstos.

Los criterios previstos legalmente son los siguientes:

- a) Cumplimiento de las obligaciones establecidas en el acuerdo de cooperación. Según este criterio, el grado de cumplimiento de los compromisos adquiridos por el procesado a la hora de aceptar el acuerdo propuesto por la fiscalía será determinante para justificar la rebaja de la pena. Ello no implica que un cumplimiento parcial o defectuoso de lo comprometido vaya a excluir totalmente la aplicación de la atenuante, particularmente si se han logrado alguno de los objetivos a los que se dirigía el acuerdo, pero necesariamente debe ponderarse.
- b) Naturaleza, modalidades y circunstancias de comisión del delito. Este criterio debe funcionar en dos sentidos diferentes. Por una parte, con respecto a los delitos cometidos por otras personas o que se hayan evitado como consecuencia de la cooperación eficaz; evidentemente, cuanto más graves hayan sido estos delitos, mayor debe ser la rebaja de la pena. Pero también debe tenerse en cuenta el delito por el que el procesado cooperador va a ser condenado, dado que una especial gravedad de este, o la concurrencia de circunstancias que lo hagan particularmente reprobable deben conducir a una moderación en la rebaja, teniendo en cuenta, además la posible concurrencia de circunstancias agravantes.
- c) La magnitud de la cooperación proporcionada. Según este criterio, debe tenerse en cuenta el alcance de los datos proporcionados por el cooperador y su relevancia para la consecución de los fines de la investigación. Ciertamente, cuanto más determinante haya sido la colaboración en términos de resultados de la investigación y acopio de arsenal probatorio, mayor debe ser la rebaja en la pena.

- d) Las condiciones personales del beneficiario. No aclara el precepto a qué tipo de circunstancias se hace referencia, pero parece que deben ser aquellas que se relacionan con las repercusiones o implicaciones que la cooperación necesaria ha supuesto para él, como pueden ser la proximidad con las personas sobre las que haya ofrecido información, los riesgos que haya asumido al aceptar el acuerdo de cooperación, etc.

V. Localización o recuperación de activos

Termina el precepto señalando expresamente que, como no podría ser de otra manera, de acuerdo con lo señalado en el art. 491 COIP, la aplicación de los beneficios de la cooperación eficaz debe llevarse a cabo igualmente cuando la colaboración del procesado ha permitido cumplir uno de los fines específicos contemplados para la misma: la ubicación o recuperación de activos, dinero, bienes, efectos o beneficios de origen ilícito, en tenencia o propiedad de otros participantes en el delito o de terceros. Tal y como se ha indicado anteriormente, la lucha contra la criminalidad organizada tiene como una de sus estrategias más eficaces y extendidas en los diversos ordenamientos jurídicos, la que va dirigida hacia los efectos económicos del delito a través del decomiso de los bienes y beneficios económicos generados por la delincuencia organizada. En este sentido, las informaciones que a este respecto puedan proporcionar los colaboradores pueden ser tan importantes en el cumplimiento de objetivos de política criminal como las dirigidas a evitar la perpetración de delitos o a la identificación de delincuentes, lo que justifica el similar tratamiento penológico.

IV. MEDIDAS CAUTELARES Y DE PROTECCIÓN EN LA COOPERACIÓN EFICAZ

Art. 494.- Medidas cautelares y de protección en la cooperación eficaz.- Si es necesario, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador el establecimiento de medidas cautelares y de protección, adecuadas para garantizar el éxito de las investigaciones y precautelar la integridad de la persona procesada que colabora de manera eficaz, la víctima, su familia, testigos y demás participantes, en cualquier etapa del proceso.

Todas las actuaciones relacionadas con la cooperación eficaz deberán ser guardadas bajo secreto y mantenidas fuera de actuaciones judiciales.

Las autoridades competentes, de acuerdo con el caso, una vez finalizado el proceso, podrán adoptar según el grado de riesgo o peligro, las medidas de protección necesarias para el cumplimiento de la pena del cooperador y podrán extenderse siempre que se mantengan circunstancias de peligro personal y familiar.

SUMARIO: *I. Introducción. II. Posibilidad de adopción de medidas cautelares y de protección. III. Secreto de las actuaciones. IV. Extensión de las medidas más allá del proceso.*

I. Introducción

Parece evidente que la colaboración eficaz es susceptible de generar amenazas para la seguridad del procesado cooperante, particularmente cuando la ayuda prestada a la fiscalía conduzca al procesamiento de nuevas personas y al desmantelamiento o interrupción de las actividades delictivas de organizaciones criminales. El legislador es consciente de que, en ocasiones, el cooperante debe asumir un riesgo o pagar un precio por el acuerdo de cooperación eficaz que, evidentemente, le supone un beneficio en términos de rebaja de pena, pero que, en ocasiones, posiblemente no compense el riesgo a sufrir represalias por parte de los restantes procesados y de su entorno. Por esa razón, se han previsto medidas que pretenden garantizar la seguridad del procesado cooperante y de sus allegados.

En primer lugar, se prevé la posibilidad de que el fiscal solicite al juzgador medidas cautelares y de protección durante la tramitación del proceso. En segundo lugar, se establece la necesidad de que las actuaciones relacionadas con la cooperación eficaz gocen de secreto. Por último, las medidas de protección se podrán mantener más allá del proceso, si la situación de peligro no hubiese desaparecido.

II. Posibilidad de adoptar medidas cautelares y de protección

El fiscal solicitará al juzgador el establecimiento de medidas cautelares y de protección, si es necesario, para asegurar el éxito de las investigaciones y para garantizar la integridad de la persona procesada que colabora eficazmente y demás sujetos participantes del proceso, así como su familia. La solicitud, por lo tanto, deberá partir de la fiscalía. Respecto a si es posible que el defensor pueda pedir directamente la adopción de estas medidas al juzgador, o que este las adopte de oficio, se debe recurrir a lo dispuesto en el art. 520 COIP. Según lo señalado en este, las medidas cautelares solo podrán adoptarse en el caso de delitos –no de contravenciones– y únicamente cuando la fiscalía lo solicite.

Las medidas de protección pueden ser acordadas tanto en el caso de contravenciones como en el de delitos. En el caso de contravenciones, el art. 520.2 COIP dice expresamente que podrán ser dispuestas “de oficio o a petición de parte”. Surge la duda de si en el caso de delitos las medidas de protección pueden ser también acordadas de oficio o a petición de parte diferente de la fiscalía. El precepto no resuelve esta cuestión directamente en lo que parece más una redacción defectuosa que una ausencia deliberada. Una interpretación sistemática de la norma debe llevar a entender que las medidas de protección no tienen que ser solicitadas expresamente por la fiscalía para que puedan ser adoptadas también en el caso de delitos. En primer lugar, porque la reserva de iniciativa para la fiscalía se predica de forma expresa exclusivamente para las medidas cautelares, pero no para las denominadas “de protección”.

En segundo lugar, porque si se permite la adopción de oficio o a instancia de las restantes partes de las medidas de protección en el caso de las infracciones penales más leves, debe entenderse que, a falta de prohibición expresa, tal posibilidad debe existir también en el caso de las más graves. Por último, el art. 521 COIP, cuando se refiere a la sustitución, o revisión de las medidas de protección, establece que estas podrán realizarse sin que medie solicitud de la fiscalía. En consecuencia, debe entenderse que, mientras que las medidas cautelares solo pueden ser acordadas a instancia de la fiscalía, las medidas de protección pueden ser solicitadas por cualquiera de las partes, o acordarse de oficio por el órgano jurisdiccional.

En todo caso, tanto unas medidas como otras solo podrán adoptarse en caso de necesidad. De aquí se deriva que tanto fiscalía a la hora de solicitar las medidas, como el juzgador o juzgadora a la hora de adoptarlas deberán ponderar en primer lugar si existe una situación de peligro para el procesado cooperante, para su familia o para alguno de los otros sujetos que se relacionan en el precepto. En segundo lugar, deberá valorarse la idoneidad de la medida propuesta para lograr el fin de protección perseguido, así como la posibilidad de acordar medidas menos gravosas o que impliquen una limitación menor de los derechos de las personas afectadas por las mismas, siempre que se consigan satisfacer de modo semejante los fines de protección aludidos. Esto es lo que, en esencia, viene a señalar el art. 520.4 COIP al referirse a los criterios de necesidad y proporcionalidad en la adopción de las medidas.

La finalidad de las medidas acordadas será la de proteger a la persona procesada que está colaborando con la fiscalía en la investigación, de modo que se garantice tanto su integridad personal como el buen fin de la cooperación. Los sujetos que protege podrán extenderse más allá de la persona procesada, alcanzando a la víctima, la familia del procesado, los testigos y demás participantes. Esta amplitud en el ámbito subjetivo de las medidas tanto cautelares como de protección se establece también en el art. 519 COIP cuando se señala que la finalidad tanto de medidas cautelares como medidas de protección es la de asegurar “los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal”.

En cuanto al contenido de estas medidas, junto con el secreto de las actuaciones que se señalará a continuación, debe hacerse ahora remisión a lo dispuesto en los arts. 522 y *ss* COIP. En estos se señalan algunos elementos que pueden ser especialmente idóneos para asegurar la integridad del procesado cooperador, como pueden ser, entre las de carácter cautelar, el arresto domiciliario, la obligatoriedad de llevar un dispositivo de vigilancia electrónica, la detención o la prisión preventiva, todas ellas referidas al procesado o procesados que puedan suponer una amenaza para la integridad física de las personas a proteger. Cierto es que la regulación concreta de estas medidas no alude al fin de protección a los participantes en el proceso, sino únicamente a la posible destrucción de pruebas o el aseguramiento de la presencia del procesado en el juicio, pero el contenido de los arts. 494 y 519 COIP debe considerarse como suficiente para habilitar esta finalidad como legitimadora de la adopción de una medida cautelar.

En cuanto a las medidas de protección, han de señalarse las siguientes como posibles para cumplir el fin previsto:

- Prohibición a la persona procesada de concurrir a determinados lugares o reuniones.
- Prohibición a la persona procesada de acercarse a la víctima, testigos y a determinadas personas, en cualquier lugar donde se encuentren.
- Prohibición a la persona procesada de realizar actos de persecución o de intimidación a la víctima o a miembros del núcleo familiar por sí mismo o a través de terceros.
- Orden de salida de la persona procesada de la vivienda o morada, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física, psíquica o sexual de la víctima o testigo.
- Reintegro al domicilio a la víctima o testigo y salida simultánea de la persona procesada, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger

la integridad personal de estos. Estas dos últimas medidas no pueden ser descartadas en el ámbito de la cooperación eficaz, cuando el cooperante haya delatado a otros miembros de su familia o grupo de convivencia.

- Suspensión del permiso de tenencia o porte de armas de la persona procesada si lo tiene o retención de estas.

Finalmente, señala el art. 559 COIP que

[...] para garantizar el cumplimiento efectivo de las medidas señaladas, la o el juzgador contará con la ayuda de la Policía Nacional y en los casos de los numerales 2 y 3 del artículo anterior – prohibiciones de acudir a determinados lugares o acercarse a determinadas personas -, podrá ordenar a la persona procesada el uso de dispositivos electrónicos.

Así, estos dispositivos electrónicos podrán ser utilizados también por el procesado cooperante y demás sujetos que intervienen en el proceso, cuando así lo soliciten, de considerarse necesario.

Además, tanto el fiscal como el cooperador procesado podrán solicitar su ingreso en el Sistema Nacional de Protección y asistencia a las víctimas, testigos y otros participantes en el proceso. Este sistema será dirigido por la Fiscalía y se encuentra regulado en el Reglamento del Sistema de Protección a Testigos y Víctimas⁹. En todo caso, el fiscal puede decidir por sí mismo el ingreso del procesado, sin necesidad de autorización judicial (art. 33 Reglamento). La inclusión en el Sistema implicará la adopción de un plan de intervención integral, con la colaboración de la persona o personas a proteger. Entre las medidas que pueden diseñarse para quien sea incorporado al Sistema pueden señalarse, la seguridad domiciliaria a cargo de agentes de protección, así como otras modalidades de aseguramiento, ya sea de modo permanente, semipermanente, para traslados, o en los propios centros de rehabilitación social, en caso de estar el cooperante privado de libertad. También se prevé la posibilidad de cambio temporal del fenotipo o imagen, el empleo de tecnologías de la información y la comunicación, como el uso de GPS, botones de seguridad, videoconferencias y otras medidas de seguridad para las audiencias procesales¹⁰, etc. El sistema ofrecerá de igual modo, cuando sea preciso, asistencia psicológica, social, ayuda para la incorporación al mercado laboral o para la continuación de estudios. En los casos de riesgo extremo se prevé incluso la salida temporal del país.

⁹ Ecuador, Resolución No. 024- FGE-2014, Registro Oficial 219, Segundo Suplemento, 4 de abril de 2014.

¹⁰ Estas también se prevén en el art. 502.9 COIP, cuando exista necesidad de prestar testimonio.

III. Secreto de las actuaciones

De cara a proteger la seguridad de la persona procesada cooperante, puede ser necesario ocultar cierta información a las restantes partes del proceso, fundamentalmente a los restantes co-procesados. De este modo, se les impide acceder a los datos identificativos de éste o a otros que puedan permitir su localización. El art. 494 COIP no hace ninguna distinción, sin embargo, entre los datos que deben mantenerse ocultos a la vista de los intervinientes en el proceso y los que no, dado que, de acuerdo con lo señalado en el mismo, “todas las actuaciones relacionadas con la cooperación eficaz deberán ser guardadas bajo secreto y mantenidas fuera de las actuaciones judiciales”. En principio, por lo tanto, deben constar en pieza separada y secreta fuera del alcance de las partes.

Esta cuestión, sin embargo, es susceptible de plantear problemas para el propio colaborador en el caso en que existan discrepancias sobre el alcance penológico que quepa darle a la cooperación eficaz. Así, cuando la fiscalía entienda cumplido el acuerdo en su integridad y solicite la rebaja de pena recogida en el mismo, el carácter reservado de ese acuerdo y demás extremos relativos a la cooperación no tendrá repercusión alguna. Será diferente en el caso de que fiscalía y defensor determinen un diferente alcance de la cooperación eficaz para la individualización de la pena. En este caso, el juzgador deberá poder conocer los extremos señalados en el art. 493 COIP, relativos al grado de cumplimiento del acuerdo, relevancia de la cooperación o circunstancias personales del procesado, que habrán de poder ser discutidos en el juicio oral. En este caso, deberá procurarse que el material que se incorpore pueda preservar la seguridad del o de la cooperante, pero al mismo tiempo, ofrecer elementos de valoración al juzgador para individualizar la pena de modo pertinente.

IV. Extensión de las medidas más allá del proceso

El fin del proceso no debe suponer necesariamente el fin de la protección otorgada al procesado cooperador, dado que el riesgo a su integridad física y a la de su familia puede continuar. Ciertamente, las medidas cautelares y de protección, propiamente dichas, habrán de levantarse al dictarse sentencia condenatoria, pero, en caso de necesidad, deben ser sustituidas por otras de carácter equivalente que aseguren la integridad personal del cooperante y de su familia una vez terminado el proceso penal.

Así, cuando el cooperador tenga que cumplir una pena privativa de libertad, las autoridades competentes deberán tomar las medidas pertinentes para que el cumplimiento de esta puede realizarse sin comprometer la integridad del penado, de acuerdo con el grado de riesgo o peligro existente. La principal medida de protección será la prevista en el art. 682 COIP que establece la necesaria separación en los centros de privación de libertad de las personas acogidas al sistema nacional de protección y

asistencia a las víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal con respecto de los restantes reclusos. De hecho, el art. 47 del Reglamento prevé la permanencia en el Sistema, aunque haya terminado la causa penal, siempre y “cuando subsista el riesgo, debidamente justificado con los informes técnicos correspondientes”. En consecuencia, cualquiera de las medidas señaladas anteriormente y que forman parte del contenido de la asistencia ofrecida por el Sistema pueden ser acordadas mientras resulte procedente, cuestión que deberá analizarse de acuerdo con las normas contenidas en el propio Reglamento de funcionamiento del Sistema nacional de protección y asistencia a las víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal.

V. INFORMATE

Art. 495.- Informante.- *Se considera informante a toda persona que provee a la o al fiscal o al personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, antecedentes acerca de la preparación o comisión de una infracción o de quienes han participado en ella.*

Sobre la base de la información aportada, se podrán disponer medidas investigativas y procesales encaminadas a confirmarla, pero no tendrán valor probatorio alguno, ni podrán ser consideradas por sí misma fundamento suficiente para la detención de personas.

SUMARIO: *I. Introducción. II. El concepto de informante y su diferenciación de figuras afines. III. El valor probatorio de las informaciones facilitadas.*

I. Introducción

El presente precepto del COIP viene a regular la figura del informante o confidente policial, lo cual no siempre es habitual en los ordenamientos jurídicos comparados¹. El informante es la persona ajena al sistema penal que provee a los investigadores, bien sea directamente a la fiscalía o a la policía, de información relativa a la comisión de un delito, normalmente a cambio de algún trato favorable a su persona, cuestión que la norma analizada omite y, habitualmente, desde una posición de anonimato o confidencialidad con respecto a su identidad.

La utilidad del informante se encuentra en la posibilidad de que las autoridades obtengan datos que le permitan iniciar o encauzar la investigación pero, como se señalará a continuación, la información proporcionada carecerá de valor probatorio alguno de modo que no puede ser utilizada ya no como prueba en el proceso, introduciendo de algún modo su colaboración en el acto del juicio, sino ni siquiera como un elemento indiciario de convicción que permita la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos fundamentales. Para que los datos suministrados por el informante puedan ser utilizados válidamente en la investigación penal, deben ser reforzados por posteriores actuaciones de carácter formal de la policía o de la fiscalía que puedan ser válidamente introducidos en el proceso. En consecuencia, la información recogida del confidente puede tener utilidad para iniciar una línea de investigación, pero por sí misma carece de relevancia procesal.

¹ Ejemplo de anomia al respecto de esta figura es el caso español, donde sólo la jurisprudencia del Tribunal Supremo – SSTS de 19 de febrero 6 4 de abril de 2003, 1 de diciembre y 7 de julio de 2006, 17 de diciembre de 2007, 1 de junio, 29 de julio y 1 de diciembre de 2009, 25 de mayo de 2010, 8 de abril de 2014- ha logrado cubrir la laguna legal. Ejemplos de alguna u otra regulación son el Reino Unido – *Regulation of Investigatory Powers Act, 2000* -, Perú – arts. 382 a 401 del Código Penal - y República Dominicana – Ley 155-17 de 31 de mayo de 2017, contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la distribución de armas de destrucción masiva.

II. El concepto de informante y su diferenciación con figuras afines

El informante es la persona que no pertenece a la policía y cuyos datos son reservados, que suministra confidencialmente información a las autoridades acerca de delitos, prestando una valiosa ayuda a los funcionarios encargados de la investigación penal². Se trata, pues, de un sujeto que brinda información sobre la comisión o planificación de delitos, la identidad de las personas responsables penalmente, o la estructura y funcionamiento de organizaciones criminales, entre otras cuestiones. Con frecuencia proviene de los mismos ambientes delictivos que son objeto de investigación, siendo delincuentes habituales que colaboran con la policía a cambio de algún tipo de contraprestación que acostumbra a ser igualmente informal.

Por definición, el informante o confidente no suele estar identificado en las actuaciones procesales³, aunque el precepto analizado no hace referencia expresa a esta circunstancia. De todas formas, la confidencialidad se entiende como requisito necesario tanto para el propio informante, de modo que pueda ver garantizada su persona de las posibles represalias que el conocimiento de la colaboración prestada pudiese generar en los ambientes delictivos, como para la propia policía, que estará interesada en preservar sus fuentes, de cara a futuras utilizaciones en nuevas investigaciones.

La diferencia con el cooperador eficaz, estudiado anteriormente, es clara. El cooperador eficaz normalmente ha participado de modo directo de la actividad delictiva sobre la que proporciona información, o al menos en hechos que de algún modo se conectan con ella. Ello no tiene por qué ser así en el caso del confidente o informante, cuya fuente de conocimiento puede provenir de diversos lugares, sin que en realidad importe demasiado a los efectos de cumplir su función de proporcionar las primeras pistas para el inicio de la investigación policial. En segundo lugar, el confidente no aparece en las actuaciones procesales, ni como encausado, tal y como sería el caso del cooperador eficaz, ni de ninguna otra forma, como ya se ha señalado, al ser el anonimato fundamental para la consideración de esta figura. Por último, mientras el cooperador eficaz recibe un beneficio en forma de rebaja penológica en la condena que corresponde a los delitos por los que ha sido procesado, el informante no recibe, de modo oficial, ninguna ventaja de carácter procesal, más allá de las ventajas que, informalmente, la policía puede proporcionarle, y de los cuales la ley se desentiende.

Tampoco cabe confusión con el llamado agente encubierto (art. 483 COIP), ya que, aunque este oculta su identidad real cuando actúa como tal, no es un particular, sino un miembro del Servicio Especializado de Investigación que se infiltra en una organización delictiva a efectos de identificar a los participantes, reunir y recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación.

² Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal* (Madrid: Colex, 2005), 474.

³ Flávio Cardoso Pereira, "Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos", (tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2012), 257.

Por último, en cuanto a su distinción con el denunciante anónimo, a pesar de ser ambos particulares, el confidente es un delator cuya identidad es conocida por las autoridades policiales que, sin embargo, no es llamado para declarar judicialmente y comparecer como testigo sobre las informaciones ofrecidas en el correspondiente proceso, mientras que la identidad del denunciante anónimo es desconocida incluso para los investigadores⁴.

III. El valor probatorio de las informaciones facilitadas

La información que se facilite a los sujetos encargados de la investigación penal carecerá, como se ha señalado, de efectos procesales. Será relevante en cuanto pueda facilitar indicios al fiscal o a los miembros del Sistema especializado integral de investigación de indicios que permitan iniciar la investigación en sí misma, siendo en muchas ocasiones la única pista de la cual la policía se puede servir a estos efectos⁵. La utilización de informantes o confidentes es una cuestión polémica desde el punto de vista del derecho procesal garantista, ya que normalmente su actuación se produce en los márgenes de la legalidad, cuando no directamente en la ilegalidad misma⁶. Es por ello por lo que debe considerarse de modo positivo que el COIP haya introducido este precepto, cuando menos, para limitar sus efectos en el proceso penal y proteger al encausado de la tentación que las autoridades pueden tener de utilizar la información que el confidente haya proporcionado para fundar una condena o para acordar medidas que, de un modo u otro, limiten sus derechos constitucionales.

En consecuencia, la tarea del informante será la de posibilitar el inicio de la investigación, debiendo los datos proporcionados en este momento ser corroborados por las diligencias de investigación que se practiquen por fiscalía y policía⁷. A pesar

⁴ Juan Carlos Ortiz Pradillo, *Los delatores en el proceso penal* (Madrid: Wolters Kluwer, 2018), 170-171.

⁵ Flávio Cardoso Pereira, "Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos", 26.

⁶ En este sentido, afirma Eloy Velasco Núñez, "El confidente", *La Ley*, n° 3 (1993): 823-830, "*el funcionario oficial pactante se convierte en algo éticamente contradictorio, ya que su misión de averiguar y asegurar todo delito y todo delincuente se cumple respecto del delito delatado, pero no del que se pasa por alto al confidente; se hurta al Poder Judicial de la facultad de imponer o no pena con arreglo a lo previsto en leyes votadas democráticamente, y con ello se evita realizar la justicia querida de todos y ésta se sustituye por la muy peligrosa, paralela, marginal e infiscalizable del concreto agente que pacta con el confidente; sirve para crear contrapoderes marginales y corrupciones funcionariales, por desarrollarse fuera del cauce de la ley, lleva a fines netamente intrapoliciales (v.gr., asegurarse futuras fuentes de información) que no siempre acaban siendo ventajosas y que muchas veces generan en el funcionario deudas y chantajes difíciles de acallar; impide la más pura fuente de comprobar la veracidad de la delación, cual es que el delatado conozca la identidad de quien sostiene testimonio en su contra para poder carearla o contradecirla y por ello aboca clara indefensión; y lo que es peor de todo, puede llevar a quien crea en el confidente a creer y originar una investigación que no es sino una infamia, para quien no tiene delito, pues es de presumir que quine oculta su rostro para acusar también será capaz de ocultar la verdad en lo que acusa*".

⁷ Ricardo Rodríguez Fernández, "Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero: la entrega vigilada y el agente encubierto", *Actualidad jurídica Aranzadi*, n° 380 (1999): 4.

de que se declare expresamente la ausencia de efectos probatorios de la información proporcionada por el confidente, subsisten igualmente dudas en cuanto a la legitimidad de que las autoridades penales recurran a su ayuda, dado que la confidencialidad implica problemas desde el punto de vista de las garantías procesales del encausado, al afectar al derecho constitucional a un proceso con todas las garantías y, de modo concreto, el derecho a interrogar a los testigos de cargo⁸. En consecuencia, cualquier intento de introducir la información obtenida a través de esta vía en el proceso debe quedar meridianamente excluida, ya sea directamente, o ya sea a través del testimonio de referencia de los agentes policiales que hayan recibido la información, cuya admisibilidad debe ser directamente prohibida, tanto como prueba de cargo en el juicio oral como durante la instrucción para justificar la existencia de elementos de convicción que sirvan como presupuesto para la adopción de medidas cautelares – detención, prisión preventiva, o cualquier otra– como para justificar la autorización de diligencias de investigación que limiten derechos fundamentales⁹.

⁸ SSTEDH de 20 de noviembre de 1989 (Kostovski c. Países Bajos) y 27 de septiembre de 1990 (Windisch c. Austria).

⁹ Juan Carlos Ortiz Pradillo, “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”, *Diario La Ley*, nº 4064 (2015): 7.

VI. INVESTIGACIONES CONJUNTAS

Art. 496.- Investigaciones conjuntas.- *La República del Ecuador en sujeción de las normas de asistencia penal internacional, podrá desarrollar investigaciones conjuntas con uno o más países u órganos mixtos de investigación para combatir la delincuencia organizada transnacional.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Los compromisos internacionales de la República del Ecuador en materia de equipos conjuntos de investigación. III. Ámbito de actuación de los equipos conjuntos de investigación. IV. La configuración y el funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación.*

I. Introducción

El art. 496 COIP convierte en previsión legislativa los compromisos internacionales asumidos por la República del Ecuador en cuanto a la creación de equipos conjuntos de investigación en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. La inspiración fundamental de este mecanismo de cooperación internacional proviene de la Unión Europea que en el año 2002 aprobó la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación, cuya regulación ha inspirado la trasposición de este instrumento al entorno latinoamericano.

Los equipos conjuntos de investigación permiten, por medio de un instrumento específico que se celebra entre autoridades competentes de dos o más Estados, conformar un marco de cooperación y coordinación estable en el tiempo para realizar investigaciones en el territorio de alguno o de todos los países participantes. Son de especial utilidad en el ámbito de la persecución de la delincuencia organizada transnacional, particularmente en referencia a la represión de los delitos de tráfico de drogas, la trata de personas, los delitos económicos y la corrupción.

II. Los compromisos internacionales de la República del Ecuador en materia de equipos conjuntos de investigación

La creación de equipos conjuntos de investigación se prevé en diversos instrumentos internacionales en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, la Unión Europea y el MERCOSUR. Seguramente sea la Unión Europea el ámbito interestatal donde esta figura ha tenido mayor desarrollo y ha servido de ejemplo a las acciones llevadas a cabo en otras organizaciones internacionales. La creación de equipos conjuntos de investigación pretende optimizar la coordinación de las autoridades judiciales, fiscales y policiales

competentes, y en el ámbito europeo se prevén desde el año 1999, como parte de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, punto de partida para la creación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Posteriormente, fue recogida en el Convenio para la Asistencia Judicial en Materia Penal de 29 de mayo de 2000, base sobre la cual se aprobó la Decisión Marco de 13 de junio de 2002.

En el ámbito internacional, los equipos conjuntos de investigación están previstos en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1998 (art. 9), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (art. 10), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003 (art. 49). Por lo que respecta al ámbito regional, deben mencionarse el Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación, de 2010, la Declaración de Río sobre la elaboración de un Convenio Iberoamericano que regule los equipos conjuntos de investigación de 2012 y el Modelo de acuerdo sobre creación de Equipos Conjuntos de Investigación aprobado en la Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos, celebrada en la ciudad de México el 5 y el 6 de septiembre de 2018.

Por lo que respecta a las experiencias concretas desarrolladas hasta el momento, cabe destacar el acuerdo de 23 de junio de 2015 entre el Ministerio Público Fiscal de la República Argentina y la Fiscalía General del Ecuador para la conformación de un equipo conjunto de investigación con el objetivo de recopilar y analizar información vinculada con los crímenes de lesa humanidad perpetrados en ambos países, en particular, los ocurridos en el contexto de la Operación Cóndor; y el acuerdo de 10 de junio de 2019 entre las Fiscalías de Chile, Colombia y Ecuador para el intercambio de información y la persecución eficaz en delitos de tráfico ilícito de drogas que afecta al norte de la República de Chile. En este segundo caso, el objeto del equipo conjunto se refirió a la investigación y desarticulación de asociaciones que trafican marihuana desde Colombia a Chile, utilizando a Ecuador como territorio de paso.

III. Ámbito de actuación de los equipos conjuntos de investigación

Los equipos conjuntos de investigación constituyen un instrumento enmarcado en las normas de asistencia penal internacional para luchar contra la delincuencia transnacional organizada. Lo que debe entenderse por delincuencia organizada está previsto en el art. 369 COIP, que la define como el

[...] grupo estructurado de dos o más personas que, de forma permanente o reiterada financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de

más de cinco años, que tengan como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material.

Esta definición se ha inspirado en el art. 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Son, pues, varios los factores que determinan cuándo se presenta un delito de delincuencia organizada: 1º) la existencia de un grupo criminal, de una colectividad que actúa de acuerdo, a través de una estructura de carácter más o menos permanente; 2º) la habitualidad en la comisión de un cierto tipo de delitos; 3º) la gravedad de los delitos que se realizan bajo el paraguas de la organización criminal; 4º) la intención de obtener beneficios económicos u otra forma de enriquecimiento ilícito a través de las actividades delictivas. En todo caso, este último factor parece más restrictivo de lo que indican los instrumentos internacionales en la materia, dado que dejaría fuera, por ejemplo, la delincuencia con móviles políticos, ya sea el terrorismo u otro tipo, como los delitos de lesa humanidad, en cuya investigación pueden resultar útiles también los equipos conjuntos¹.

En cuanto a lo que debe entenderse por carácter transnacional, este no se establece por el COIP, pero se puede encontrar una definición al respecto en la ya señalada Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 3). De acuerdo con esta, un delito será considerado transnacional si: a) se comete en más de un Estado; b) se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

IV. La configuración y el funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación

Los distintos instrumentos internacionales suelen desarrollar una estructura y un marco de funcionamiento semejante para los equipos conjuntos de investigación. De este modo, tanto el Convenio de Viña del Mar de 2013, como el Convenio anteriormente referido en el ámbito de Mercosur (San Juan, agosto de 2010), así como el Modelo de acuerdo sobre creación de Equipos Conjuntos de Investigación aprobado en la Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos, celebrada en la ciudad de México el 5 y el 6 de septiembre de

¹ El terrorismo, por ejemplo, está expresamente recogido en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación. Por su parte, el Convenio Iberoamericano de Equipos Conjuntos de Investigación, suscripto durante la XVIII Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) en Viña del Mar, Chile, del 5 de abril de 2013 se refiere únicamente a “conductas delictivas que por sus características requieran de la actuación coordinada de más de una parte”.

2018 contemplan un modelo homogéneo².

En general, la iniciativa para la creación de un ECI partirá de una de las partes contratantes, que deberá comunicarse con los otros Estados partes, a través de las denominadas autoridades centrales. En la propuesta de creación del ECI se definirá el ámbito territorial de actuación del equipo, la autoridad encargada de la investigación por la parte solicitante; una exposición de los hechos y motivos que aconsejan la creación de un ECI, así como de la relevancia penal de los mismos; la descripción de los actos de investigación que se propongan; las personas que se proponen para integrar el ECI y el tiempo estimado de funcionamiento del ECI.

En el caso de que la solicitud se responda favorablemente, la creación del ECI debe plasmarse en un Instrumento de Cooperación Técnica, cuyo contenido replicará normalmente el de la solicitud, en la medida en que se haya consensuado entre las partes: finalidad específica del ECI y plazo de funcionamiento; identificación de los jefes de equipo del ECI, a quienes corresponderá la dirección de la investigación y de sus integrantes; medidas y procedimientos a utilizar y, en su caso, las medidas de confidencialidad que sean necesarias.

La información obtenida por los ECI podrá utilizarse en los procedimientos penales que corresponda, por lo que las partes pueden establecer que en las investigaciones realizadas se respeten los requisitos y procedimientos vigentes establecidos en las legislaciones de cada uno de los Estados parte (art. 14 Convenio Viña). El Convenio Mercosur establece que sólo podrán utilizarse en los procesos que motivaron su creación, excepto acuerdo en contrario (art. 11). Estas prescripciones son no sólo acordes con la razón de ser de los ECI, sino, además, plenamente coherentes con lo dispuesto con carácter general respecto de las actuaciones de cooperación jurídica internacional – entre las que se encuentran, como ya se ha señalado los ECIs – por el art. 497 COIP, como se verá a continuación.

² República Argentina Ministerio Público Fiscal de la Nación, *Equipos Conjuntos de Investigación: Estrategias de trabajo articulado para investigar y perseguir al crimen organizado* (Buenos Aires: Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2019).

VII. ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA

Art. 497.- Asistencia judicial recíproca.- *Las o los fiscales podrán solicitar asistencia directa a sus similares u órganos policiales extranjeros para la práctica de diligencias procesales, pericias e investigación de los delitos previstos en este Código. Esta asistencia se refiere entre otros hechos, a la detención y remisión de procesados y acusados, recepción de testimonios, exhibición de documentos inclusive bancarios, inspecciones del lugar, envío de elementos probatorios, identificación y análisis de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización e incautación y comiso de bienes.*

Asimismo, la o el fiscal podrá efectuar actuaciones en el extranjero dirigidas a recoger antecedentes acerca de hechos constitutivos de alguna infracción, a través de la asistencia penal internacional.

Las diligencias señaladas serán incorporadas al proceso, presentadas y valoradas en la etapa del juicio.

SUMARIO: – I. Introducción. II. Ámbito de acción de la asistencia judicial recíproca. III. Instrumentos de cooperación judicial internacional. IV. El procedimiento de solicitud de asistencia internacional.

I. Introducción

Como se ha podido observar en el comentario previo, en la investigación y enjuiciamiento de la delincuencia contemporánea, el factor transnacional debe tenerse en cuenta, lo cual es lógico teniendo en cuenta la actual interdependencia e interconexión entre países que las reglas de la globalización han generado. No es extraño que la acción habitual de la delincuencia organizada o de otras modalidades delictivas se desarrolle de modo simultáneo o sucesivo en el territorio de diferentes Estados. A ello hay que añadir la facilidad para cruzar fronteras para los sujetos que participan en actividades criminales, especialmente en espacios internacionales integrados, tanto antes como con posterioridad a la comisión de hechos delictivos, o incluso la posibilidad de cometer las acciones delictivas en el territorio de un Estado, pero causando efectos en el de otro, ya sea a través del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación o de otro modo.

Frente a ello, la Jurisdicción y las autoridades de persecución penal, ya sean policiales, fiscales o judiciales, atadas al principio de la soberanía estatal no pueden reaccionar siempre de un modo adecuado a las circunstancias señaladas, cuando los medios de prueba necesarios para los fines del proceso se encuentran físicamente en otro país, por ejemplo. Para remediar en lo posible estos déficits, los Estados han ido incrementando los instrumentos de cooperación y asistencia judicial recíproca,

tanto de modo bilateral como multilateral. De este modo, las autoridades de un país pueden dirigir solicitudes de investigación a sus homónimas en otros países donde deban recabar información, elementos de prueba, o aprehender a personas presuntamente responsables de cometer hechos delictivos; o incluso previo acuerdo, desplazarse directamente y recabar estas actuaciones en territorio extranjero, en aplicación del principio de reciprocidad. Al mismo tiempo, estos mecanismos se han ido simplificando, en la búsqueda de una comunicación directa y automática entre autoridades judiciales y fiscales, sin la intervención de los gobiernos respectivos.

El recurso a estos mecanismos por parte de la Fiscalía del Ecuador en el ejercicio de sus responsabilidades de investigación penal es lo que prevé el art. 497 COIP, al establecer que esta podrá “solicitar asistencia directa a sus similares u órganos policiales extranjeros para la práctica de diligencias procesales, pericias e investigación de los delitos previstos en este Código” y que, asimismo podrá “efectuar actuaciones en el extranjero dirigidas a recoger antecedentes acerca de hechos constitutivos de alguna infracción”.

II. Ámbito de acción de la asistencia judicial recíproca

Como se acaba de señalar, las actuaciones que la Fiscalía solicite a autoridades de investigación extranjeras, o que realice por ella misma en territorio foráneo deben ser diligencias procesales, en el marco de un procedimiento de investigación penal. En este marco, no existe un límite específico para las diligencias que puedan ser llevadas a cabo por esta vía, aunque el precepto alude expresamente a “la detención y remisión de procesados y acusados, recepción de testimonios, exhibición de documentos inclusive bancarios, inspecciones del lugar, envío de elementos probatorios, identificación y análisis de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización e incautación y comiso de bienes”, si bien es cierto que “entre otros”.

Se debe tratar, como se ha señalado anteriormente, de actividades de investigación enmarcadas en el seno de un proceso penal, sea, de acuerdo con las denominaciones legales, ya una investigación previa o una instrucción en virtud de las competencias establecidas en los arts. 422 y *ss* COIP, que atribuyen a la Fiscalía la investigación pre-procesal y procesal y, por lo tanto, la averiguación de los hechos delictivos y el ejercicio, en su caso, de la acción penal.

Como no puede ser de otra forma, el resultado de estas medidas de investigación, diligencias de prueba u otras que se practiquen a través de la asistencia judicial recíproca podrán ser debidamente incorporadas al proceso, sirviendo como elementos de convicción tanto para la formulación de la acusación por la Fiscalía como, en el caso de ser correctamente introducidos en el juicio oral, servir como prueba de cargo que pueda ser valorada por el tribunal correspondiente.

III. Instrumentos de cooperación judicial internacional.

Sin ánimo de exhaustividad, se pueden señalar como algunos de los principales instrumentos internacionales de carácter multilateral de los que es parte la República del Ecuador los siguientes: la Convención Interamericana Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (Nassau, 1992); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo 2000); la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena 1988); la Convención Interamericana Contra la Corrupción; la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Mérida, 2003).

Por lo que se refiere a acuerdos bilaterales de los que es parte la República del Ecuador pueden citarse los suscritos con Suiza (1999); Paraguay (2001); Colombia (2012); Taiwán (2011); España (2011); Perú (2010); México (2012), etc.

IV. El procedimiento de solicitud de asistencia internacional¹

La solicitud de asistencia penal internacional puede ser realizada en cualquier momento del proceso, incluyendo la fase preprocesal. Se presentará cuando el fiscal entienda que es necesaria la práctica de alguna diligencia relacionada con la investigación o el ejercicio de la acción penal en territorio de un país extranjero. Para ello, deberá dirigirse a la autoridad central encargada de la asistencia internacional, que no es otra que la Dirección de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General del Estado, que se encargará de transmitirla a la autoridad central del país cuya asistencia se solicita.

La solicitud deberá expresar los datos identificativos del órgano requirente, así como los de la autoridad central cuya asistencia se requiere. Deberá también incluir una sucinta descripción de los hechos que están siendo investigados y la justificación de su relevancia penal, de acuerdo con lo establecido por la legislación ecuatoriana. Cuando se fundamente la asistencia en una norma bilateral o multilateral, debe indicarse también en el texto de la solicitud.

El contenido central de la solicitud versará sobre la asistencia que se requiere, debiéndose a este respecto enumerar y detallar las diligencias que se solicita gestionar a la autoridad requerida. Cuando se requiere declaraciones y /o toma de versiones se debe adjuntar del pliego de preguntas correspondiente. Junto con esta descripción, debe justificarse la necesidad de la asistencia internacional y la relevancia de la práctica de las diligencias solicitadas para las actuaciones procesales concretas que se estén desarrollando (investigación o ejercicio de la acción penal).

¹ El procedimiento aquí reproducido es el que se extrae de lo señalado en: Ecuador Fiscalía General del Estado, *Instructivo de cooperación penal internacional* (Quito: Fiscalía General del Estado, 2013), 21-25.

Una vez que se hayan cumplido las diligencias solicitadas por el operador de justicia penal en el país requerido, la documentación recibida en la Fiscalía General será remitida a la autoridad solicitante de la solicitud original a través de la Dirección de Asuntos Internacionales.

Para terminar, y en cuanto a los principios que deben regir la asistencia judicial internacional, deben señalarse los siguientes:

- La cooperación es obligatoria entre los Estados, cuando exista un tratado internacional entre ellos. Por ello, las solicitudes recíprocas solo podrán denegarse en los casos expresamente previstos por los instrumentos firmados entre las partes.
- La asistencia penal internacional debe ser ejecutada, en principio, sin necesidad de la exigencia de doble incriminación, siempre y cuando así se recoja en los acuerdos.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Bedón, Paola Belén. *La debida aplicación de la Cooperación Eficaz dentro del Proceso Penal Ecuatoriano*. Quito: Universidad Central del Ecuador, 2017.
- Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco. *El Colaborador con la Justicia. Aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido*. Madrid: Dykinson, 2004.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Rodríguez García, Nicolás (edts.) *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn't pay*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Duarte, Edwin. *El Imputado Colaborador en los delitos de Narcotráfico*. República de Costa Rica: Edit. Poder Judicial de la República de Costa Rica, 2012.
- Ecuador, Fiscalía General del Estado. *Instructivo de cooperación penal internacional*. Quito: Fiscalía General del Estado, 2013.
- Escobar Aguirre, Edison Rubén. *El testimonio del cooperador eficaz como medio de prueba en el proceso penal ecuatoriano*. Quito: Universidad Internacional SEK, 2019.
- Fierro Loor, Jesús Emmanuel. *La cooperación eficaz en el ecuador, un breve análisis de su aplicabilidad procesal*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2020.
- Flávio Cardoso Pereira. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2012.
- Gimeno Sendra, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 2005.
- Gutiérrez Bonilla, Rosa Liliana. *La cooperación eficaz como técnica de investigación frente al delito de delincuencia organizada y su aplicación en el ecuador. Período 2014-2018*. Ambato: Universidad técnica de Ambato, 2020.
- Jara Oña, Patricia Del Rocío. *La cooperación eficaz y el principio de proporcionalidad*. Ambato: Universidad Regional Autónoma de Los Andes “Uniandes” - Universidad Católica de Cuenca, 2018.
- Ortiz Pradillo, Juan Carlos. “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”. *Diario La Ley*, n° 4064 (2015).
- Ortiz Pradillo, Juan Carlos. *Los delatores en el proceso penal*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.
- Quiroz Salazar, William. “La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú”. *Revista Oficial del Poder Judicial* 3, n. ° 3 (2008): 159-171. <https://doi.org/10.35292/ropj.v3i3.121>
- República Argentina Ministerio Público Fiscal de la Nación. *Equipos Conjuntos de Investigación: Estrategias de trabajo articulado para investigar y perseguir al crimen organizado*. Buenos Aires: Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2019.

- Rodríguez Fernández, Ricardo. “Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero: la entrega vigilada y el agente encubierto”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, n. ° 380 (1999).
- Rodríguez Rodríguez, Víctor Daniel. *La debida aplicación de la cooperación eficaz de acuerdo al código orgánico integral penal, en los delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago De Guayaquil, 2019.
- Silva Silva, Hernán. “La cooperación eficaz de la ley de drogas”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n. ° 17 (2011): 211-223.
- Tixi Torres, Diego Fabricio, Navarro Cejas, Mercedes, Rojas Sánchez, Daisy Narcisa, Navas Pazmiño, Juan Bladimir. “La cooperación eficaz y la no desarticulación de la delincuencia organizada en el Ecuador”. *Uniandes Episteme*, n. ° 6 (Especial) (2019): 772-786.
- Velasco Núñez, Eloy. “El confidente”. *La Ley*, n. ° 3 (1993): 823-830.

CAPÍTULO VI

MEDIOS DE PRUEBA: PRIMERA PARTE

Abg. Mario Ricardo Reyes Vasco¹

Experto 2

Fiscalía General Del Estado

¹ Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Universidad Central del Ecuador (2014); Master en Derecho Penal, Universidad de Salamanca (2017); Investigador Permanente, Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas (IEDPIC) (2011 – 2015); Abogado asociado, Estudio Jurídico García Falconí y Asociados (2011 - 2018); Experto 2, Dirección de Asesoría Jurídica Fiscalía General del Estado (Actualidad).

I. MEDIOS DE PRUEBA

Art. 498.- Medios de prueba.- *Los medios de prueba son: 1. El documento. 2. El testimonio. 3. La pericia.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho de prueba.* III. *Concepto de Prueba.*

I. Introducción

El artículo 498 da inicio al Capítulo Tercero del Título IV, del segundo libro del Código Orgánico Integral Penal (COIP), destinado a regular los medios de prueba a utilizarse en la esfera del proceso penal ecuatoriano, estableciendo a los documentos, testimonios y pericias como las tres formas de la misma.

El presente artículo, tratará de desarrollar cuestiones teóricas tanto del documento, como prueba válida del juicio, así como los testimonios de terceras personas, de los peritos y de la persona procesada, dejando para futuros trabajos, los temas de valoración probatoria a las que estarán sujetadas estas pruebas.

II. El derecho de prueba

Así, como punto de partida, es necesario puntualizar que la dinámica de obtención y práctica de prueba responde al efectivo ejercicio del derecho de prueba. Este ejercicio forma parte, de manera tácita, del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que los justiciables tienen la posibilidad de presentar todos los medios probatorios pertinentes con la finalidad de generar en el juzgador la convicción necesaria de que sus planteamientos y afirmaciones son correctos².

El derecho fundamental a la prueba cuenta con protección constitucional, partiendo de concebir a este como un requisito para garantizar el derecho al debido proceso constante en el artículo 76 de la Constitución de la República. En consecuencia, la garantía que otorga el Estado a las partes es la de presentar los medios probatorios necesarios para sus pretensiones. No obstante, como todo derecho, se encuentra condicionado por restricciones o limitaciones, fundadas por la necesaria armonización con otros derechos, lo cual exige regirse a reglas generales de prueba como las contenidas en los artículos 499, 502, 503, 507 y 509 del COIP.

III. Concepto de Prueba

La prueba en el proceso penal se la puede definir según el profesor Martín Castro, como “la actividad procesal del juzgador y de las partes dirigida a la formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos (fundamentalmente) de hecho

² Elky Alexandrer Villegas Paiva, *El Proceso Penal Acusatorio Problemas y Soluciones* (Lima, Gaceta Judicial, 2019), 309.

aportados”³. Es decir, la función que ostenta el juez es de verificación a través de la comparación de las afirmaciones de cada parte procesal, mientras que a estas últimas les corresponde ayudar en este ejercicio mediante la aportación de las fuentes de prueba al proceso.

Dicho en otras palabras, la prueba es la acreditación de la verdad ligada a cada circunstancia que rodea al hecho que se sostiene como delictivo y al individuo a quien se le atribuye el mismo. Ella funciona en el proceso como un método legalmente regulado de obtención de conocimientos⁴.

En un sentido genérico, la prueba puede ser cualquier medio que tenga la capacidad de generar un conocimiento cierto o probable de cualquier cosa, proporcionando convicción y certeza de la forma en cómo se dio un hecho. De tal forma que prueba penal, a la luz del concepto genérico referido, viene a ser todo medio útil para el descubrimiento de la verdad de los hechos acusados en un proceso penal, para la aplicación de la ley sustantiva, proporcionando convicción de la realidad y certeza de lo fáctico⁵.

³ César Martín Castro, *Derecho Procesal Penal*, (Lima: Grijley, 2001), 2:581.

⁴ Jorge Moras Mom, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 6.ª ed. (Buenos Aires: LexisNexis, 2004), 219.

⁵ Abel Ángel Flores Sagástegui, *Derecho Procesal Penal I, desarrollo teórico y modelos según el proceso penal* (Chimbote: Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, 2016), 424.

II. REGLAS ESPECIALES

Art. 499.- Reglas generales.- *La prueba documental se regirá por las siguientes reglas: 1. No se obligará a la persona procesada a que reconozca documentos ni la firma constante en ellos, pero se aceptará su reconocimiento voluntario. 2. La o el fiscal o la o el defensor público o privado, podrá requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos, que se valorarán en juicio. 3. No se hará otro uso de la correspondencia y de los otros documentos agregados al proceso que el necesario para esclarecer los hechos y circunstancias materia del juicio y de sus posibles responsables. 4. Si los documentos forman parte de otro proceso o registro o si reposan en algún archivo público, se obtendrá copia certificada de ellos y no se agregará originales sino cuando sea indispensable para constancia del hecho. En este último caso, la copia quedará en dicho archivo, proceso o registro y satisfecha la necesidad se devolverán los originales, dejando la copia certificada en el proceso. 5. No se podrá hacer uso procesal o extraprocesal de ninguno de los datos que suministren los documentos si versan sobre asuntos que no tienen relación con el proceso. 6. Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Importancia. III. Documento público y privado. IV. Derecho del procesado a la no autoincriminación. V. La o el fiscal o la o el defensor público o privado, podrá requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos, que se valorarán en juicio. VI. Pertinencia del Documento.*

I. Introducción

En el ámbito procesal, se denomina documento a la manifestación de un pensamiento que ha tomado cuerpo en caracteres de escritura. En este contexto, la prueba asistida por documentos podría definirse en términos generales como prueba ocular, ya que el documento, para que logre ser útil en el esclarecimiento de los hechos, necesariamente tiene que ser contemplado y leído¹.

Si bien es cierto que el COIP contempla como prueba documental tanto los soportes materiales como los contenidos en instrumentos digitales, documento es todo medio que sirva para probar algo acerca de algún hecho². Es decir, la evidencia documental comprende toda clase de escritos, grabaciones de audio o video, grabaciones de diversos sistemas informáticos, fotografías, reportes de exámenes médicos o cualquier objeto similar a estos.

¹ Erich Döhring, *La Prueba, práctica y apreciación* (Bogotá: Leyer, 2008), 251.

² Flores, *Derecho Procesal Penal I, desarrollo teórico y modelos según el proceso penal*, 457.

II. Importancia

Esta evidencia documental será valorada y admitida por lo que en ella dice, pues esta tiene un significado jurídico específico al haber tomado forma o surgido para tener la capacidad de probar hechos pasados de una manera más precisa que un testimonio³. Ejemplo de la importancia de lo dicho se da en un supuesto en el cual la teoría del caso de la defensa basa como punto fundamental la ausencia de su defendido en el lugar de los hechos. La prueba documental del reporte migratorio de salida del país en los días de la comisión de los hechos, adquiere un mayor valor probatorio que el de un testimonio.

Es decir, en la prueba documental, el investigador no tiene al frente a un individuo capaz de ser interrogado para proporcionar los datos necesitados en su teoría, y que pueda asimismo, ser impedido por medio de objeciones a aportarlos, completar información o aclarar sus afirmaciones mediante preguntas aclaratorias. El documento reproduce un pensamiento que fue formalizado mediante su incorporación es ese soporte material. Lo dicho, proporciona la ventaja de conservación de las manifestaciones que le han sido confiadas.

Asimismo, al documento solo puede extirpársele algunos datos más de los plasmados objetivamente en el soporte, a través de la elaboración mental de su contenido. Es decir, por medio de las causas y motivos que, mediante un ejercicio mental, hicieron surgir la necesidad de plasmar determinada información en el documento. Sin embargo, ya no es el documento en sí el que añade material a la declaración en él consignada. Ese material lo aporta el trabajo mental del operante⁴.

III. Documento público y privado

Por su parte, en la doctrina, generalmente se clasifican a los documentos como públicos y privados, los primeros se generan por medio de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo a sus registros. Asimismo, se consideran documentos públicos los otorgados ante o por un Notario Público. En contraste, los documentos privados son aquellos que se celebran entre particulares, sin intervención alguna del Estado y no cumplen ninguna formalidad.

Sin embargo, no solo basta con la existencia del documento para dar por sentado que pueda ser utilizado como un medio probatorio y, de esta forma, pueda ayudar a esclarecer determinados hechos, sino que deberá incorporarse al sistema procesal conforme a la reglamentación que la Ley lo dispone.

³ Colombia Defensoría del Pueblo, *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano. Módulo IV para Defensores Públicos* (Colombia: Defensoría del Pueblo / Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, 2012), 57.

⁴ Döhring, *La Prueba, práctica y apreciación*, 251.

Consecuentemente, se deberán tener presentes las reglas generales del documento, contempladas en el artículo 499 del COIP, pues dichos preceptos generales regulan comportamientos procesales destinados a respetar los derechos de las personas que se determinan en los procesos penales. El derecho al debido proceso y las garantías que lo efectivizan, el derecho a la intimidad, el derecho a la presunción de inocencia, etc., son algunos de los derechos que se buscan proteger mediante estas normas adjetivas, cuya inobservancia acarreará la contaminación de este medio de prueba.

IV. Derecho del procesado a la no autoincriminación

Así, el numeral 1 del artículo 499 del COIP, se encuentra destinado a velar por el derecho del procesado a la no autoincriminación, contemplando la prohibición de obligar a la persona procesada a que reconozca documentos ni la firma constante en ellos. Presupuesto que constituye una manifestación privilegiada del derecho a defenderse de una acusación penal⁵.

Lo dicho, por cuanto la declaración obligada del procesado afirmando una autoría de un documento, o reconociendo su firma en el mismo, no puede entenderse como una fuente legítima de prueba, pues el derecho a la no incriminación se configura como una manifestación del derecho a la defensa. Además, particularmente es el deber que establece la norma constitucional y penal, de no utilizar cualquier manifestación de coerción para relevar al imputado de su libertad de decisión como informante o transmisor de conocimientos en su propio caso. Por ende, el derecho a la no autoincriminación al ser pilar del derecho a la defensa, exige el respeto a la dignidad de la persona, que es parte esencial del proceso en un Estado de derecho⁶.

Así, el numeral 1 del artículo 499 del COIP funciona como una garantía del procesado para que ejerza su derecho de introducir legítimamente la información que presuma adecuada para su defensa, ostentando el poder de decisión sobre su propia declaración. De tal forma que el cumplimiento de este precepto ocasiona el efecto de impedir inferencias de culpabilidad hacia el procesado protegiendo las comunicaciones o testimonios del mismo⁷.

⁵ Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed. (Loyola: Gráfica Laf S.R.L., 1999), 179.

⁶ Jorge Pérez López, "El Derecho a la no Autoincriminación y sus expresiones en el derecho procesal", *Derecho y Cambio Social*, Año 6, n.º 17 (2009), <https://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincriminacion.htm>.

⁷ César Martín Castro, *Derecho Procesal Penal*, (Lima: Grijley, 2000), 1: 57.

V. La o el fiscal o la o el defensor público o privado, podrá requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos, que se valorarán en juicio

Por su parte, la segunda regla general del documento, tiene como fin garantizar la actividad probatoria en torno a este medio de prueba, permitiendo que el fiscal o el defensor público o privado puedan requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos, que se valorarán en juicio. Es decir, la norma asegura el normal desarrollo del esfuerzo de todos los sujetos procesales destinados a la generación, reproducción y valoración de elementos de prueba.

Correspondiendo así, al agente fiscal, un papel fundamental de mayor fuerza en la actividad probatoria, por tener la calidad de ente acusador oficial del Estado y encontrarse sujeto a los principios de legalidad y objetividad. Sin perjuicio de la importante intervención del procesado en atención a la defensa de sus derechos e interés legítimo, quienes pretenderán introducir todos aquellos elementos probatorios favorables a sus pretensiones y que consten en soportes materiales capaces de ser valorados como prueba válida en el proceso⁸.

VI. Pertinencia del Documento

Las reglas generales del documento también se preocupan de establecer la validez de los documentos, mediante dos prohibiciones relacionadas a la pertinencia de la información que contienen, de tal forma que el numeral 3 del artículo 499 del COIP dispone que no se hará otro uso de la correspondencia y de los otros documentos agregados al proceso que el necesario para esclarecer los hechos y circunstancias materia del juicio y de sus posibles responsables. Mientras que el numeral 5 guarda un contexto similar al prohibir el uso procesal o extraprocesal de ninguno de los datos que suministren los documentos si versan sobre asuntos que no tienen relación con el proceso. Postulados que evidentemente contienen un trasfondo de pertinencia sobre el uso de información que no se corresponda con los hechos ventilados dentro de la esfera procesal.

El proceso penal tiene como fin esencial determinar la efectiva comisión de un hecho ilícito, la responsabilidad de la persona que lo causó, las consecuencias penales y las medidas de reparación a la víctima, como la más importante expresión de justicia. Así, dicho fundamento establece que la finalidad que perseguirá la prueba sea la verdad, ya que solo sobre esta el juzgador podrá dictar sentencia constituida en una decisión judicial, legal y justa.

De tal forma que la verdad como finalidad de la prueba constituye el fundamento del principio de pertinencia o relevancia para la admisión del documento. Dicho

⁸ Martín, *Derecho Procesal Penal*, 2: 603.

principio permite la admisión de todo medio de prueba que contenga información a proporcionar para el juez, que tenga una conexión lógica con los hechos imputados,⁹ y no las que carezcan de este vínculo, pues pueden distorsionar la verdad o distraer al juzgador del hecho pertinente, llevándolo a realizar otros análisis que nada tienen que ver con el motivo de la litis.

Es por esto la importancia de cumplir con lo estipulado en los incisos 3 y 5 del artículo 499 del COIP, pues al prohibir el uso de documentos que no tengan pertinencia con el proceso que se juzga, se garantiza la reducción de errores judiciales al proporcionar al juez la mayor cantidad de pruebas pertinentes para resolver la cuestión a su cargo, de manera que el proceso penal se estructurará con pruebas relevantes.

⁹ César Nakazaki Servigón, *El Derecho Penal y Procesal Penal, desde la perspectiva del abogado penalista litigante* (Lima: Gaceta Jurídica, 2017), 641-642.

III. TESTIMONIO

Art. 501.- Testimonio.- *El testimonio es el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Cuestiones Generales. III. Distinción entre documento y testimonio.*

I. Introducción

El testimonio es una de las prácticas más antiguas que la humanidad ha utilizado como herramienta de apoyo a sus decisiones en su deseo de hacer justicia, de forma que acertadamente se ha sostenido que “los testigos son los ojos y los oídos de la justicia”¹. De ahí que la prueba testimonial sea la fuente de evidencia más importante para un gran número de decisiones judiciales².

Para Clariá Olmedo, el testimonio es toda declaración producida dentro de un proceso, por medio del cual, el testigo transmite un conocimiento adquirido por los sentidos y destinado a dar fe sobre datos o circunstancias que interesan a la investigación y búsqueda de la verdad. De modo que, dotándole de un punto de vista jurídico, el testimonio es un acto procesal por el cual una persona informa a un juez sobre lo que sabe de determinados hechos³.

Rosalío Bailón coincide con la definición antes mencionada. Así, sostiene:

Tomando como punto de partida que la palabra “testigo” viene de testando (declarar, referir o explicar), o bien, de detestibus (dar fe a favor de otro), testigo es toda persona física que manifiesta ante los órganos de la justicia lo que le consta (por haberlo percibido a través de los sentidos), en relación con la conducta o hechos que se investiga⁴.

¹ Francisco Gorphe, *La Crítica del Testimonio*, 3.ª ed. (Madrid: Reus, 1934), 19.

² Andrés Páez, “La prueba Testimonial y la Epistemología del Testimonio”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 40 (2014): 96.

³ Hugo Rocha Degreeef, *El Testigo y el Testimonio* (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998), 21.

⁴ Rosalío Bailón Valdovinos, *Derecho Procesal Penal*, (México: Lumisa, 2002), 81.

II. Cuestiones Generales

En suma, lo que distingue a este medio de prueba es la aparición de un sujeto entre el investigador y el estado de los hechos, quien porta el conocimiento que el primero necesita. Es decir, una persona se introduce como medio poseedor de su propio informe estructurado según él mismo, sobre el acontecimiento a probar. Dicho “mediador” participará en averiguar la verdad con las peculiaridades propias de su forma de ser, tomando en cuenta que su temperamento y carácter posiblemente influenciarán en el panorama que el testigo traza. Lo cual difiere completamente con la prueba documental, en la cual no intermedia sujeto alguno portador de noticias, en donde el juzgador capta los elementos probatorios sin esa mediación, lo que puede tener grandes ventajas, pero también más de un problema para una averiguación. Se debe tomar en cuenta que, generalmente, los documentos no son capaces de portar y transmitir el conocimiento que sí lo puede hacer una persona que conoce sobre los hechos a través de los sentidos⁵.

III. Distinción entre documento y testimonio

La práctica de las pruebas testimonial y documental se desarrolla con base en concepciones completamente distintas. La declaración del testigo puede ser impedida, o coartada por medio de preguntas aclaratorias, que, en llegados casos, puedan desembocar en una rectificación, lo cual no sería posible en los documentos. Lo dicho provoca que la prueba testimonial se dote de características especiales que llamen a tener en cuenta declaraciones falsas (testigos falsos), en donde el receptor de la declaración tiene que develarlas (por medio de su ejercicio de contradicción), o posibles autoincriminaciones que la ley prevé su prohibición, así como una serie de características adicionales que fundamentan una reglamentación general para el desarrollo de este medio probatorio.

⁵ Döhring, *La Prueba, práctica y apreciación*, 27.

IV. REGLAS GENERALES DEL TESTIMONIO

Art. 502.- Reglas generales del Testimonio.- *La prueba y los elementos de convicción, obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas: 1. El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas. 2. La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio. En el caso de audiencia fallida, y en los que se demuestre la imposibilidad de los testigos de comparecer a un nuevo señalamiento, el tribunal, podrá receptor el testimonio anticipado bajo los principios de inmediación y contradicción. 3. Si la persona reside en el extranjero, se procederá conforme con las normas internacionales o nacionales para el auxilio y la cooperación judicial. Si es posible se establecerá comunicación telemática. 4. Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de una infracción o de sus parientes con independencia del grado de parentesco. 5. Las niñas, niños y adolescentes declararán sin juramento, pero con la presencia de sus representantes o un curador que será nombrado y posesionado en la misma audiencia de juicio. 6. La o el juzgador nombrará y posesionará en el mismo acto a un traductor, cuando el declarante no sepa el idioma castellano. 7. Si la persona que declara es sordomuda, la o el juzgador recibirá el testimonio por escrito; si no sabe escribir, con el auxilio de un intérprete o, a falta de éste, de una persona acostumbrada a entender al declarante, a quien se le posesionará en el mismo acto. 8. Los testimonios no podrán ser interrumpidos, salvo que exista una objeción por parte de los sujetos procesales. 9. Las personas que sean llamadas a declarar y que se encuentren en situación de riesgo tendrán derecho al resguardo proporcionado por la o el fiscal a través del Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso, o disposición a la Policía Nacional, a fin de que se garantice su integridad personal, su testimonio y comparecencia a la audiencia de juicio, en la que puedan rendir su testimonio a través de medios tecnológicos o de caracterización que aseguren su integridad. 10. El testimonio se practicará en la audiencia de juicio, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia, con excepción de los testimonios anticipados. 11. Las o los servidores públicos que gozan de fuero de Corte Nacional, podrán rendir su testimonio mediante informe juramentado. 12. Quienes rindan testimonio deberán informar sobre sus nombres, apellidos, edad, nacionalidad, domicilio o residencia, estado civil, oficio o profesión, salvo el caso del testigo protegido, informante, agente encubierto o persona cuya integridad se encuentre en riesgo. Permanecerán en un lugar aislado, declaran individualmente y de forma separada de modo que no puedan*

oír mutuamente sus declaraciones. 13. Al momento de rendir testimonio, se prestará juramento en todo cuanto conoce y se es preguntada. Se le advertirá sobre las penas con las cuales será sancionado el perjurio. 14. Los sujetos procesales podrán realizar preguntas u objetarlas, y la o el juzgador deberán resolver la objeción para que la persona las conteste o se abstenga de hacerlo. 15. No se podrán formular preguntas autoincriminatorias, engañosas, capciosas o impertinentes. 16. No se podrán formular preguntas sugestivas en el interrogatorio, excepto cuando se trate de una pregunta introductoria o que recapitule información ya entregada por el mismo declarante. 17. Podrán hacerse preguntas sugestivas durante el contra examen.

SUMARIO: I. Introducción. II. Regla de testimonio anticipado en el contexto de delincuencia organizada. III. Marco Normativo Nacional e internacional. IV. Medidas internacionales a ser tomadas en cuenta para la protección de testigos.

I. Introducción

Las reglas generales del testimonio no se desarrollarán de manera individual en razón de la amplitud del tema y el límite de la extensión del presente trabajo. No obstante, se tratarán determinadas reglas, dejando las demás para próximos trabajos.

II. Regla de testimonio anticipado en el contexto de delincuencia organizada

Dado que se ha considerado como regla general la posibilidad de receptor de manera anticipada los testimonios de sujetos que se encuentran en calidad de testigos protegidos, conforme a lo contenido el numeral 2 del artículo en análisis. Dicha actividad procesal tiene mayor implicancia y concurrencia en los procesos de delitos de delincuencia organizada, precisamente por el riesgo que representa rendir un testimonio dentro de estos actos. Por ende, dada su importancia, es relevante referirse a esta herramienta procesal dentro de este contexto.

III. Marco normativo nacional e internacional

Así, para analizar la procedencia de estos testimonios anticipados, resulta pertinente traer a colación el marco normativo nacional e internacional que ampara, sostiene y fundamenta la necesaria protección de testigos dentro de los procesos de delincuencia organizada.

Para empezar es importante citar las primeras líneas del prefacio de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que dice:

Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse

de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas¹.

Con estas palabras inicia el mayor convenio internacional que busca combatir la delincuencia organizada, en el cual los Estados partes (como lo es el Ecuador) se obligan, según el artículo 24 numeral 1, a:

Adoptar medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas².

Obligación que en nuestro país se ve cumplida en la Constitución de la República que brinda la posibilidad a la Fiscalía General del Estado, de dirigir y organizar el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal, con el fin de cumplir sus funciones atendiendo a los derechos de las víctimas e interés público.

Es decir, que todo el aparato estatal destinado a la protección de estas personas tiene su fundamento en la necesaria capacidad que debe tener un testigo de prestar testimonio en un proceso judicial o de cooperar con las investigaciones destinadas a hacer cumplir la ley sin miedo a sufrir intimidaciones ni represalias. Siendo decisiva esta protección que se le debe brindar, para mantener el Estado de derecho.

IV. Medidas internacionales a ser tomadas en cuenta para la protección de testigos.

Precisamente, para efectivizar la protección de los testigos, la misma Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, prevé medidas a ser tomadas en cuenta, entre las cuales constan las siguientes:

- a) Procedimientos para la seguridad física, como la reubicación y la prohibición de revelar información sobre detalles de la identidad y el paradero del testigo (lo cual vendría a ser el principio de reserva de la información de los testigos protegidos). Y;
- b) Normas probatorias para garantizar la seguridad del testigo cuando preste testimonio ante el tribunal.

¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*, 2004, iii.

² UNODC, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*, 29. Las negritas me pertenecen.

En atención a la primera medida, referente a la confidencialidad, la Convención en contra de la Delincuencia Organizada Transnacional no es el único documento internacional que la contempla. Así, el artículo 7 de las Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos, en lo relativo a los principios rectores, determina que:

1. Las medidas para la atención, trato procesal y protección de víctimas, testigos y demás sujetos procesales se fundamentan en los siguientes principios generales, [...] c. Principio de reserva y confidencialidad: el derecho a la intimidad de las víctimas y demás intervinientes en el proceso debe ser respetado. Las y los Fiscales que intervengan en la aplicación de las medidas previstas en el presente documento, así como las personas que de ellos dependan, guardarán reserva de todos los datos o informaciones a que tengan acceso por razón de su cargo o función³ [...].

Medida de confidencialidad que la normativa ecuatoriana interna acoge con un marco extenso de protección tomando como base el artículo 426 de la Constitución que señala: “Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación”⁴.

Así, el artículo 295, del Código Orgánico de la Función Judicial, en lo referente al sistema de protección de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, menciona: “[...] En cualquier caso, toda actuación en materia de protección se regirá por los siguientes principios: [...] 2. Reserva.- Todos los aspectos relativos al procedimiento de protección se mantendrán bajo estricta reserva y confidencialidad”⁵.

Es decir, una ley orgánica otorga la naturaleza de reservada a la información del Sistema de Protección de Víctimas y Testigos, la cual, también se encuentra protegida bajo el mandato de los preceptos legales de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que, en su artículo 17 contempla: “No procede el derecho a acceder a la información pública, exclusivamente en los siguientes casos: [...] Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes”⁶.

Con base en lo expuesto, se puede verificar que todos los artículos indicados, guardan concordancia con la normativa interna de la Fiscalía General del Estado, que regula el accionar del Sistema de Protección a Víctimas, Testigos y Otros partícipes del Proceso Penal (SPAVT) mediante el Reglamento Sustitutivo para el Sistema de

³ EUROSOCIAL, *Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos* (Madrid: Cyan, Proyectos Editoriales, S.A, 2020), 16, https://www.mpf.gob.ar/dovic/files/2020/12/Guias_de_Santiago-2020.pdf.

⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 426. Las negritas me pertenecen.

⁵ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009, art. 295. Las negritas me pertenecen.

⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, Registro Oficial 337, Suplemento, 18 de mayo de 2004, art. 17. Las negritas me pertenecen.

Protección a Víctimas y Testigos, expedido mediante Resolución Nro.056-FGE-2018, publicado en el Registro Oficial Edición Especial Nro. 581, de fecha 12 de octubre de 2018.

Dicho reglamento contempla en su artículo 5 los principios que rigen al Sistema de Protección, siendo uno de estos, el principio de reserva y confidencialidad, que dice:

Toda documentación activa y pasiva, aspectos relativos al procedimiento de protección y asistencia, así como información de personas candidatas y protegidas, se mantendrán bajo estricta reserva, obedeciendo al principio de confidencialidad, obligación que deberá ser cumplida por todas las instituciones involucradas en el otorgamiento de protección y asistencia.⁷

Incluso, dicha confidencialidad, se encuentra protegida a través del Sistema Penal Ecuatoriano, pues el artículo 273 del COIP contempla como un delito de acción pública la revelación de identidad de agente encubierto, informante, testigo o persona protegida, de la siguiente forma:

La persona que indebidamente revele la real o nueva identidad, el domicilio o paradero actual u otro dato que permita o dé ocasión a que otro conozca información que permita identificar y ubicar a un agente encubierto, informante, testigo o persona protegida, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.⁸

Es decir, la primera medida de confidencialidad que dispone la Convención de las Naciones Unidas en contra de la Delincuencia Organizada Transnacional, para brindar protección a los testigos, ha sido cumplida en extenso por el Estado ecuatoriano con la adopción de las normas referidas, correspondiendo a los ciudadanos y miembros del poder judicial, dar estricto cumplimiento a estos mandatos.

Por su parte, en lo que respecta a la segunda medida sobre la exigencia de que los Estados partes adopten normas probatorias para garantizar la seguridad del testigo cuando preste testimonio, esta se ve reflejada en las disposiciones procesales contempladas en el artículo 502 numeral 2 del COIP. Este artículo establece con claridad la posibilidad de recibir como prueba anticipada los testimonios testigos protegidos, brindando así, las garantías de seguridad de los mismos.

En conclusión, la calidad de los testigos protegidos verificada con la certificación de ingreso en el sistema de protección a víctimas, testigos y otros partícipes del proceso penal, torna improcedente proporcionar toda la documentación de ingreso a dicho sistema por contar con normas que claramente otorgan la naturaleza de reserva

⁷ Ecuador Fiscalía General del Estado, *Resolución Nro.056-FGE-2018*, Registro Oficial 581, Edición Especial, 12 de octubre de 2018, art. 5. Las negritas me pertenecen.

⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 273.

de esta información en estricto apego a los convenios internacionales y al principio de cooperación mutua entre Estados.

Es así que se deja claro los escenarios de procedencia e improcedencia de esta clase de testimonios anticipados. Pues los mismos se encuentran amparados por un extenso marco de cooperación internacional y legal que, precisamente, permiten luchar en igualdad de armas contra los grupos delincuenciales transnacionales.

Por lo tanto, atendiendo al artículo 502 del COIP, lo que se debe verificar es la calidad de testigo protegido de una persona, más no el trámite administrativo de ingreso al Sistema de Protección. Por esta razón, deberá desecharse cualquier pretensión de las partes procesales destinadas a revelar información del mismo.

Adicionalmente, los testimonios a ser receptados deberán cumplir con las demás reglas de los artículos 501, 502 y 503 del COIP, es decir, deberán ser personas que conocen directamente los hechos imputados y que, precisamente por la relevancia de la información que van a proporcionar en dicha diligencia, su riesgo se incrementaría considerablemente. Es así que surge la necesidad de realizar un único abordaje por parte del sistema de justicia a fin de garantizar su integridad física y mental.

V. TESTIMONIO DE PERITOS

Art. 505.- Testimonio de peritos.- *Los peritos sustentarán oralmente los resultados de sus peritajes y responderán al interrogatorio y al contrainterrogatorio de los sujetos procesales*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Definición de prueba pericial.*

I. Introducción

Al igual que los testigos, el perito tiene la tarea de aplicar sus conocimientos en el proceso y ayudar así al esclarecimiento de los hechos. No obstante, a diferencia del testigo, no tiene que reproducir observaciones concretas del suceso que se pretende reconstruir, sino que, el perito es convocado por su informe con la finalidad de compartir y poner a disposición sus conocimientos especiales¹.

En concreto, el rol del perito se basa en brindar al juez reglas de experiencia que una persona no especialista ignora, cuando a la sola percepción inteligente ciertos pormenores de los hechos necesitan de conocimientos especializados, lo cual el perito deberá señalarlo. Asimismo, también posee la responsabilidad de proporcionar otros indicios para la resolución de la causa, como por ejemplo, la práctica de valoraciones psicológicas.

II. Definición de prueba pericial

En consecuencia, tomando en cuenta el papel del perito en el proceso, se puede afirmar que la prueba pericial se define como la declaración que realiza una persona ajena a los hechos principales que se juzgan, con el objetivo de auxiliar el conocimiento del juez sobre los mismos o circunstancias relativas al proceso. Para lo cual, el declarante deberá poseer conocimientos suficientes sobre la materia pertinente².

La prueba pericial es un medio de prueba de carácter técnico científico justificado en el proceso penal por la necesidad que posee el juez de lograr conocer a cabalidad y hasta donde sea posible, la naturaleza y condiciones en los cuales se dieron los hechos y otras circunstancias que acabarán incidiendo en la definición de la causa.

¹ Döhring, *La Prueba, práctica y apreciación*, 223.

² Gustavo Peláez Vargas, "La prueba pericial", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, n.º 47 (1973): 65, <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5725/5368>.

En suma, el perito al declarar deberá coadyuvar a la verificación de hechos que interesan al proceso, y para ello, se necesitan conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito deberá pronunciarse sobre todos y cada uno de los puntos que contengan sus respectivas conclusiones. Teniendo, seguidamente, que someterse a las correspondientes preguntas de interrogatorio y contrainterrogatorio.

Es decir, al ser una prueba que proporciona apreciaciones técnicas o científicas sobre cuestiones específicas que desconocen todos los intervinientes en audiencia, el perito iniciará proporcionando aquellas conclusiones a las que arribó aplicando sus conocimientos especiales. Para que, una vez entregada esta información y ya con conocimiento de sus implicancias, los sujetos procesales puedan iniciar sus interrogatorios y contrainterrogatorios. Dinámica que difiere de la declaración de testigos.

VI. TESTIMONIO DE LA PERSONA PROCESADA

Art. 507.- Reglas.- *La persona procesada podrá rendir testimonio en la audiencia de juicio, de conformidad con las siguientes reglas: 1. El testimonio de la persona procesada es un medio de defensa. 2. La persona procesada no podrá ser obligada a rendir testimonio, ni se ejercerá en su contra coacción o amenaza, ni medio alguno para obligarlo o inducirlo a rendir su testimonio contra su voluntad. 3. Si decide dar el testimonio, en ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir la verdad, pudiendo los sujetos procesales interrogarlo. 4. La persona procesada tendrá derecho a contar con una o un defensor público o privado y a ser asesorada antes de rendir su testimonio. 5. La persona procesada deberá ser instruida por la o el juzgador sobre sus derechos. 6. La inobservancia de las reglas establecidas en los numerales 2 y 3 hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que corresponda.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Declaración como medio de defensa. III Discrepancia en su valoración frente a otros procesados.*

I. Introducción

En cuanto a la declaración del procesado, siendo un aspecto que engloba una serie de cuestiones a analizar, por ejemplo, su derecho a guardar silencio, la colaboración voluntaria, el estímulo de la disposición a confesar, su valoración a las contradicciones, etc., lo cual llevaría varias líneas en su desarrollo. Por lo tanto, el presente análisis se limitará a puntualizar que la intervención del procesado en el proceso penal tiene la finalidad de servir a la determinación de la verdad. En algunos marcos jurídicos de otros países, su misión principal es relucir los detalles que produzcan descargo del procesado y por otro lado, también cristalizar las circunstancias que puedan aportar a sentenciarlo¹.

II. Declaración como medio de defensa

No obstante, en otros países, como el Ecuador, la normativa procesal fija especialmente la finalidad del testimonio del acusado como un medio de su defensa. Lo dicho, tiene su justificación, porque, a decir del profesor Döhring:

Este aspecto del asunto es con frecuencia descuidado. Como los órganos de pesquisa tienen que tratar preponderantemente con sujetos que, de alguna manera, son culpables, suele ocurrir que el imputado, por el solo hecho de serlo, les parezca extremadamente sospechoso. Por un hábito inmanente a su profesión tienen a veces

¹ Döhring, *La Prueba, práctica y apreciación*, 164.

una excesiva propensión a suponerlo culpable².

III. Discrepancia en su valoración frente a otros procesados

En consecuencia, el numeral 1 del artículo 507 del COIP establece taxativamente la declaración de la persona procesada como un medio de defensa. Sin embargo, de este precepto procesal se han escindido diversas posiciones respecto a la valoración que se haga de dicha declaración, pues, para un sector, la declaración de un procesado dentro de una audiencia en la cual se juzga a más personas sirve como medio de defensa para todos, o, por el contrario, únicamente puede ser valorado como medio de defensa del que declara y, según lo expresado por el declarante, puede servir para verificar las circunstancias que puedan aportar a la determinación de responsabilidad de los otros. Siendo esta última posición la más adecuada, por cuanto las explicaciones circunstanciadas del procesado pueden completar el material probatorio y aumentar considerablemente las perspectivas de llegar a una decisión acertada. Incluso, puede ocurrir que la verdad solo llegue a captarse con su auxilio. Es decir, son especialmente importantes para el esclarecimiento de la verdad, aun cuando existen más sospechosos, quizá inocentes, a quienes el silencio del declarante hace parecer su culpabilidad³.

² *Ibíd.*

³ Döhring, *La Prueba, práctica y apreciación*, 163.

BIBLIOGRAFÍA

- Bailón Valdovinos, Rosalío. *Derecho Procesal Penal*. México: Lumisa, 2002.
- Binder, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2.ª ed. Loyola: Gráfica Laf S.R.L., 1999.
- Colombia Defensoría del Pueblo. *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano. Módulo IV para Defensores Públicos*. Colombia: Defensoría del Pueblo / Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, 2012.
- Döhring, Erich. *La Prueba, práctica y apreciación*. Bogotá: Leyer, 2008.
- Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador Fiscalía General del Estado. *Resolución Nro.056-FGE-2018*. Registro Oficial 581, Edición Especial, 12 de octubre de 2018.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, Registro Oficial 337, Suplemento, 18 de mayo de 2004.
- EUROSOCIAL. *Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos*. Madrid: Cyan, Proyectos Editoriales, S.A, 2020. https://www.mpf.gob.ar/dovic/files/2020/12/Guias_de_Santiago-2020.pdf.
- Flores Sagástegui, Abel Ángel. *Derecho Procesal Penal I, desarrollo teórico y modelos según el proceso penal*. Chimbote: Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, 2016.
- Gorphe, Francisco. *La Crítica del Testimonio*. 3.ª ed. Madrid: Reus, 1934.
- Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*. 1 vol. Lima: Grijley, 2000.
- _____. *Derecho Procesal Penal*. 2 vols. Lima: Grijley, 2001.
- Moras Mom, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 6.ª ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004.
- Nakazaki Servigón, César. *El Derecho Penal y Procesal Penal, desde la perspectiva del abogado penalista litigante*. Lima: Gaceta Jurídica, 2017.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*. 2004.
- Páez, Andrés. “La prueba Testimonial y la Epistemología del Testimonio”. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 40 (2014).
- Peláez Vargas, Gustavo. “La prueba pericial”. *Revista de la Facultad de Derecho*

y *Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, n.º 47 (1973).
<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5725/5368>.

Pérez López, Jorge. “El Derecho a la no Autoincriminación y sus expresiones en el derecho procesal”. *Derecho y Cambio Social*, Año 6, n.º 17 (2009). <https://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincriminacion.htm>.

Rocha Degreef, Hugo. *El Testigo y el Testimonio*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.

Villegas Paiva, Elky Alexandrer. *El Proceso Penal Acusatorio Problemas y Soluciones*. Lima, Gaceta Judicial, 2019.

CAPÍTULO VII

MEDIOS DE PRUEBA: SEGUNDA PARTE

David Soto Díaz, Ph.D.¹

*Prof. Ayudante Doctor de Derecho Procesal
Universidade da Coruña. España*

¹ Licenciado en Derecho, Universidade da Coruña (2007-2012); Máster en Derecho de la Unión Europea, Universidade da Coruña (2012-2013); Doctor en Derecho, Universidade da Coruña (2013-2019); Catedrático de Universidad de Derecho Procesal, Universidade da Coruña (2014-actualidad); Auxiliar Administrativo en Procuraduría de Isabel Tedín, A Coruña (2011); Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito (Ecuador), (2017).

I. TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA

Artículo 510. Reglas para el testimonio de la víctima.- *La recepción del testimonio de la víctima deberá seguir las siguientes reglas:*

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

2. *La o el juzgador deberá cerciorarse de la identidad de la persona que rinde el testimonio a través de este medio.*

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

4. *La o el juzgador, adoptará las medidas necesarias para evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación a la víctima, especialmente en casos de delitos contra la integridad sexual o reproductiva, trata de personas, violencia sexual, contra la mujer o miembros del núcleo familiar.*

5. *Siempre que la víctima lo solicite o cuando la o el juzgador lo estime conveniente y la víctima lo acepte, el testimonio será receptado con el acompañamiento de personal capacitado en atención a víctimas en crisis, tales como psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras o terapeutas, entre otros. Esta norma se aplicará especialmente en los casos en que la víctima sea niña, niño, adolescente, adulto mayor o persona con discapacidad.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Testimonio sin contacto visual. III. Medidas especiales para el testimonio de ciertas categorías de víctimas. IV. Medidas para evitar el hostigamiento a la víctima. V. Criterios para valorar el testimonio de la víctima.*

I. Introducción

Se debe entender que este artículo establece una regulación especial relativa a la prueba testifical, puesto que las víctimas son, a efectos probatorios, testigos del delito que se enjuicia. Aquello sin que se le atribuya a su testimonio un valor probatorio privilegiado². Por ello, se debe entender que, en lo referente a la regulación del testimonio de la víctima, los artículos 502 a 504 y 506 tienen una aplicación

² Silvia Barona Vilar, “La Prueba II”, En Juan Montero Aroca, et al.; *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*; 25ª Edición (Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017), 409.

subsidiaria. Ello implica, desde luego, la obligación de declarar cuando sea llamada a hacerlo por el órgano judicial (art. 503.1 del Código Orgánico Integral Penal, COIP), a responder las preguntas planteadas por las partes (art. 76.7.j, Constitución de la República de Ecuador, CRE) y a decir la verdad (arts. 270 COIP, interpretado a *contrario sensu*).

Conviene resaltar que la regulación contenida en este artículo 510 del Código bastante común en el derecho comparado, donde se pueden encontrar normas similares de reciente promulgación³. Se debe tener en cuenta, por otro lado, que se trata de una regulación que desarrolla varios derechos de rango constitucional, de los cuales el más relevante es contenido en el art. 78 de la Constitución, que consagra el derecho de las víctimas a gozar de una protección especial, evitando su revictimización o victimización secundaria⁴, protegiéndola ante cualquier forma de intimidación y garantizando una reparación integral y sin dilaciones del daño causado, así como su no repetición. Finalmente, este artículo debe ser leído a la luz del artículo 11 de este Código, que establece los derechos básicos de la víctima en el proceso penal.

Resulta problemático establecer si las especialidades que se recogen en este artículo son aplicables a todas las categorías de víctimas recogidas en el artículo 414 COIP. En particular, surgen dudas razonables sobre su aplicación con respecto a aquellas víctimas que no sean directas, a las víctimas colectivas, a las víctimas que sean personas jurídicas o a las que ejerzan la acción pública sin ser titulares del bien jurídico protegido por el delito. Ello porque el daño psicológico que entraña la victimización secundaria cuando menos sería mucho menor en tales sujetos que en las víctimas directas. Desde luego, la cuestión habrá de resolverse atendiendo caso por caso.

II. Testimonio sin contacto visual

El apartado 1 del art. 510 establece la posibilidad de que el testimonio de la víctima se realice sin contacto visual entre dicha víctima y la persona procesada. Regulaciones similares se pueden encontrar en el art. 157 del Código Procesal Penal de Argentina y en el art.433.IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. El objetivo que se persigue con este precepto es doble. Por un lado, evitar la victimización

³ Tal es el caso, por ejemplo, de los artículos 157 y 158 del Código procesal penal argentino de 2014, del art. 191 bis (aprobado en 2008) del Código procesal penal chileno de 2000, el art. 433 (aprobado en 2015) de la Ley de enjuiciamiento criminal española de 1882 o el art. II.L.1 de las Directrices del Fiscal General de los EEUU para la asistencia de víctimas y testigos de 2011.

⁴ Una definición de este concepto la aporta Ferreiro Baamonde, precisando que “cuando se habla de victimización secundaria se hace referencia a los efectos que el paso del proceso tiene en la víctima, en concreto, a los daños e inconvenientes que la relación con los sistemas de control formal produce en la víctima y que se añaden a las consecuencias perjudiciales derivadas de la victimización primaria, que pueden verse potenciadas tras el contacto con el sistema penal”. Vid. Xulio Ferreiro Baamonde, *La víctima en el proceso penal* (Madrid: Editorial La Ley, 2005), 166-167.

secundaria de la persona ofendida por el delito (*ex art. 78 CRE*); por otro lado, al entender de la Fiscalía General del Estado (FGE)⁵, con estas medidas se trata de evitar que los datos personales de las víctimas sean conocidos por las partes del proceso. Con todo, este último objetivo debe ser objeto de crítica. Es cierto que reservar la identidad de la víctima tiene pleno sentido en ciertos delitos –en particular, delitos contra víctimas menores de edad o delitos sexuales– o cuanto existe riesgo para la vida o la integridad física de la víctima –por ejemplo, porque se teme que un tercero pueda tomar represalias contra la víctima.

En este sentido, importante es establecer cuál ha de ser el alcance de esa reserva: si debe incluir a la persona acusada, como regula la FGE o solo al público, como regulan las Reglas de Brasilia⁶. Ciertamente, para garantizar el derecho a la defensa de la persona acusada puede ser fundamental conocer la identidad de la víctima y su aspecto físico. Por ello, se puede afirmar que el ocultamiento de la identidad de la víctima a la persona acusada debe ser una medida de carácter absolutamente extraordinario, que se tome sólo cuando exista un riesgo real para la vida o la integridad física de la víctima y siempre que ello no suponga una merma en el derecho de defensa del acusado. Fuera de esos casos, habría que tener en cuenta la posibilidad de celebrar todo o parte del juicio a puerta cerrada y de prohibir a los medios la divulgación de la imagen o identificación de la víctima (*vid. art. 566 COIP*).

Ahora bien, como mecanismo necesario para evitar la victimización secundaria, lo cierto es que hace surgir una tensión con un principio básico de la práctica de la prueba, que es el de contradicción (*arts. 168.6 CRE y 563.3 COIP*), que deriva a su vez de la prohibición constitucional de causar indefensión a los litigantes (*art. 75 CRE*)⁷. Para soslayar este obstáculo, la norma establece que la prestación del testimonio sin contacto visual no puede impedir el derecho a la defensa y, en especial, a contrainterrogar.

Por otro lado, resta la duda de si este modo de prestar el testimonio erosiona el principio de inmediación, cuyo fundamento es que el juzgador se acerque por sí mismo lo más cerca posible a los acontecimientos⁸. Según Neira Pena, este principio

⁵ Así lo interpreta la FGE, que en el art. 38 del Reglamento sustitutivo para el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal de 2018 establece que «cuando la participación [en el proceso] de [la víctima] represente un riesgo para su vida, su integridad física [...] la víctima tendrá derecho a que se reserven los datos de su identificación, tales como nombre, cédula y domicilio, números de teléfono o lugar de trabajo, y a que no consten esos datos en la documentación del proceso; tendrá derecho a mantener en secreto sus características físicas individuales».

⁶ Vid. Capítulo III, Sección 4^a de Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

⁷ El derecho de las personas acusadas a interrogar a los testigos está incluso recogido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*art. 8.2.f CADH*), entendiendo la Corte que se debe garantizar que los abogados estén presentes durante la declaración y puedan controvertir la prueba recabada sin restricciones. Vid. Sentencia CIDH de 30/V/1999, caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú; párrafos 153-156. En el mismo sentido, v. Sentencia TEDH de 6/XII/1988, caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España; párrafos 83-86.

⁸ Klaus Volk, Armin Engländer, *Grundkurs StPO* (Munich: Verlag C.H. Beck, 2013), 183-184.

implica, primero, el contacto directo del juez con los medios de prueba y, segundo, la necesidad de que sean tales jueces que han presenciado la prueba quienes la valoren en la sentencia⁹. Lo cierto es que la presencia del juzgador en la práctica de la prueba personal, sobre todo, cuando esta es realizada de forma oral –como ocurre en el proceso penal–, le permite recibir información de la que carecería de otro modo. En efecto, cuando un testigo presta una declaración oral, no solo transmite información verbal, sino también información no verbal, a través de sus gestos, expresiones, exclamaciones, vacilaciones, etc. Por esta razón, es necesario realizar un juicio de ponderación tanto en la norma como en el caso concreto, teniendo en cuenta el perjuicio ocasionado por la limitación de la intermediación y el fin perseguido, que es el de impedir la victimización secundaria. En este sentido, cabe decir que la erosión al principio de intermediación es tan leve y el beneficio tan valioso, que la norma estudiada adquiere pleno sentido.

III. Medidas especiales para el testimonio de ciertas categorías de víctimas

El legislador ha previsto que, en ciertos casos, se puedan adoptar medidas especiales para facilitar el testimonio de determinadas víctimas, bien en atención a su edad, bien en atención al delito que se esté enjuiciando. El espíritu de la norma es la intención, ya referida, de evitar su victimización secundaria.

En cuanto a aquellos sujetos que precisan de una protección reforzada por razón de su edad, lo cierto es que el art. 510.3 COIP parece reiterar el art. 504 del mismo Código, que determina que niños y niñas, adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores “tendrán derecho a que su comparecencia sea de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo”, debiendo utilizarse “elementos técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares, por una sola vez”. Con todo, quedan abiertas dos cuestiones. La primera es que en la redacción del artículo 510.3 COIP no se incluyen a las personas con discapacidad. Esta exclusión parece no tener sentido, a la luz del espíritu de la norma, que es proteger a víctimas en situación de vulnerabilidad. El lapsus debe ser solucionado con una aplicación analógica que permita extender los efectos del art. 510.3 a las personas con discapacidad.

La segunda cuestión es que el artículo 504 COIP tiene una aplicación más amplia que el 510.3, pues su situación sistemática parece indicar que se trata de un precepto aplicable no solo a las víctimas y otros testigos, sino también a las personas procesadas. Siendo esto así, en línea de principio no cabe más que cuestionar su pertinencia. Ello porque otorga más protección a todo tipo de declarantes que el precepto especial del art. 510.3, que solo atiende a las víctimas. Se llegaría así al absurdo de que, según el precepto especial, a una víctima solo habría que “facilitarle el testimonio”, mientras

⁹ Ana María Neira Pena, “El juicio oral. Preparación. Comienzo del juicio oral: desarrollo y conclusión; la tesis del artículo 733 LECrim. La suspensión del juicio oral: causas y consecuencias”, en *Derecho procesal penal*, coord. por Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 536-535.

que otros testigos no víctimas con las mismas características podrían incluso declarar por una sola vez y antes de la audiencia de juicio. Más allá de esto, tampoco tiene razón de ser aplicar este tipo de medidas profilácticas de la victimización secundaria a la persona acusada, por cuanto su testimonio en juicio es también una expresión de su derecho a la defensa que debe ser objeto de especiales garantías y de protección.

Aparte de matizaciones técnicas, resulta útil atender a la ponderación entre derechos de la víctima y garantías procesales que hace el legislador en el art. 510.3 COIP. En estos casos, cuando se produce un supuesto de prueba anticipada en sentido propio¹⁰ y la declaración de la víctima se presta no ante los abogados de las partes, sino ante otros profesionales, se produce una limitación del derecho a la contradicción de la prueba por parte de la persona acusada en pos del bienestar psicológico de la víctima. Por lo que hace a menores de edad, ha establecido la Corte Nacional de Justicia, que hay que tener en cuenta que la situación de infantes víctimas es especialmente delicada, lo que legitima plenamente que se adopten ciertas medidas en la práctica de la prueba testimonial con el objetivo de proteger su integridad mental¹¹.

Por su parte, la jurisprudencia extranjera ha entendido que las limitaciones a la contradicción están justificadas, bien cuando el testimonio de la víctima menor de edad se presta sin la intención inmediata de abrir un proceso penal contra el autor del delito —ya por su corta edad, ya porque se produce en una petición de auxilio ante una situación de riesgo—¹², bien cuando la anticipación del testimonio tiene como objetivo garantizar un nivel adecuado de protección¹³. En estos casos, adquiere pleno sentido incorporar prueba pericial de expertos en psicología del testimonio infantil, que permitan valorar la credibilidad del testimonio de la víctima —que no del contenido—¹⁴, permitiendo a las partes contradecir el resultado de esa prueba pericial. Pero, además, se hace necesario garantizar que la grabación del testimonio sea visualizada durante el juicio oral y que las partes puedan contradecirla.

La aplicación de los principios y mecanismos que se acaban de exponer no parece que planteen grandes problemas a la hora de aplicarse a personas con discapacidad psíquica, a pesar de que no se trate de una de las categorías de víctimas enumeradas en el texto legal. Con todo, sí parece más problemática su aplicación a adolescentes,

¹⁰ Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín, “La prueba. Concepto; objeto; medios de prueba. Proposición, admisión o denegación; prueba anticipada; proposición en el acto de juicio; prueba acordada *ex officio*. Las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. La prueba producida irregularmente”, en *Derecho procesal penal*, coord. por Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 499-500.

¹¹ Vid. Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en Juicio n.o: 0304-2015, 27 de enero de 2016.

¹² Vid. Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 18/VI/2015, en el caso *Ohio v Clark* [576 US (2015)], II.A-II.B. En tal caso, un niño de tres años de edad respondió a una pregunta de sus maestros, señalando que su padrastro era el causante de las marcas de malos tratos que presentaba.

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16/VI/2005, en el asunto C-105/03, párr. 61.

¹⁴ Rosa Arrom Loscos, “La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n° 3 (2015): 29.

adultos mayores, víctimas de delitos contra la integridad sexual, trata de personas o violencia de género o intrafamiliar. La solución más razonable parece consistir en evaluar caso por caso, ponderando elementos como la gravedad de los hechos, la situación psicológica de la víctima y su madurez, pero evitando la aplicación automática de tales medidas a todas las categorías de personas enumeradas. Así se desprende de la interpretación literal del precepto, que hace depender la adopción de las medidas referidas a petición de parte.

IV. Medidas para evitar el hostigamiento a la víctima

El art. 510.4 COIP prevé que el juzgador adopte medidas para evitar el hostigamiento o intimidación a la víctima. Lo cierto es que tal es, en parte, el objetivo del Sistema de Protección a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal (SVPAT)¹⁵, previsto en el art. 198 CRE y dependiente de la Fiscalía General del Estado. Pero, sin duda, los poderes del juzgador para la protección de las víctimas son complementarios a los de la FGE y el SVPAT. Se trataría de la posibilidad de adoptar alguna medida de protección de los arts. 558 y 559 COIP y de la posibilidad de poner en conocimiento de la FGE cualquier contravención de dichas medidas de protección. Con todo, tales medidas solo están pensadas para las personas acusadas y no para terceros. En este último supuesto, la potestad de los jueces alcanza a la adopción de medidas de restricción del art. 566 COIP, limitadas a la fase de audiencia pública.

V. Criterios para valorar el testimonio de la víctima

Con carácter general, la valoración del testimonio de la víctima no excepciona el principio de libre valoración de la prueba que se consagra implícitamente en el Código, al no regular unos criterios legales para dicha valoración, más allá de las indicaciones generales contenidas en el art. 457 COIP. A pesar de ello, la situación se antoja compleja cuando se ha de condenar a una persona con la sola base del testimonio incriminador de la víctima.

La complejidad nace del reconocimiento de la presunción de inocencia que recae sobre cualquier persona procesada (art. 76.2 CRE). Tal principio implica que, para poder condenar a una persona procesada por un determinado delito, es necesario que exista una prueba de cargo suficiente como para desvirtuar la presunción *iuris tantum* acerca de la inocencia del procesado. Ahora bien, el concepto de prueba suficiente es un concepto no absoluto, sino relativo y, aunque es difícil e incluso desaconsejable establecer criterios generales para determinarlo, pueden resultar útiles ciertos criterios que auxilien al órgano judicial a la hora de valorar si el testimonio de la víctima es prueba suficiente, particularmente cuando esta es la única prueba de cargo con que se

¹⁵ Vid. arts. 36-38 del Reglamento sustitutivo para el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal de 2018.

cuenta.

Con respecto a esto último, la Corte Nacional de Justicia ha adoptado unos estándares especiales de valoración para casos de delitos sexuales¹⁶. Se trata de un triple estándar que atiende cumulativamente a 1) la credibilidad subjetiva de la víctima, 2) la credibilidad objetiva del testimonio y 3) la persistencia del testimonio a lo largo del tiempo. En tal sentido, afirma la Corte que una víctima será creíble cuando el testimonio sea imparcial, es decir, cuando no concurren animadversión, resentimiento, etc. Lo cierto es que, más allá de que esta situación pueda ser recomendable, quizás sea más acertado valorar la credibilidad de la víctima atendiendo a sus antecedentes penales –en particular, la inexistencia de condenas por falso testimonio– y a la falta de interés en la condena, más allá del lógico interés resarcitorio; por cuanto, es totalmente comprensible que la víctima de un delito grave pueda sentir animadversión e incluso odio por quien identifica como su agresor. De lo que se trata, en suma, es de excluir razonablemente la posibilidad de que quien presta el testimonio mienta. En cuanto al criterio de la credibilidad objetiva, la Corte entiende con acierto que se ha de valorar el testimonio siga una estructura lógica, sin que sea exigible a la víctima que sea capaz de dar detalles minuciosos de lo ocurrido.

Con todo, surge la duda de si este triple estándar se puede aplicar a casos diferentes de los delitos contra la integridad sexual. Lo cierto es que, en España, que comparte el mismo estándar, sí se hace¹⁷. Si se entiende que lo relevante no es la naturaleza del delito, sino la situación en la que la declaración de la víctima es la única prueba de cargo obrante, esta extensión de la aplicación cobra pleno sentido.

¹⁶ Vid. Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en Juicio n.o: 17721-2016-08744CC, 3 de agosto de 2008, antecedente 2.5.2.

¹⁷ Vid. España Tribunal Constitucional, *Sentencia 119/2019*, Boletín Oficial del Estado 293, 6 de diciembre de 2019, 56 275, ECLI:ES:TC:2019:119, fundamento de Derecho Tercero.

II. REGLAS GENERALES DE LA PERICIA

Art. 511. Reglas generales de la pericia.- *Las y los peritos deberán:*

1. *Ser profesionales expertos en el área, especialistas titulados o con conocimientos, experiencia o experticia en la materia y especialidad, acreditados por el Consejo de la Judicatura.*
2. *Desempeñar su función de manera obligatoria, para lo cual la o el perito será designado y notificado con el cargo.*
3. *La persona designada deberá excusarse si se halla en alguna de las causales establecidas en este Código para las o los juzgadores.*
4. *Las o los peritos no podrán ser recusados, sin embargo el informe no tendrá valor alguno si el perito que lo presenta, tiene motivo de inhabilidad o excusa, debidamente comprobada.*
5. *Presentar dentro del plazo señalado sus informes, aclarar o ampliar los mismos a pedido de los sujetos procesales.*
6. *El informe pericial deberá contener como mínimo el lugar y fecha de realización del peritaje, identificación del perito, descripción y estado de la persona u objeto peritado, la técnica utilizada, la fundamentación científica, ilustraciones gráficas cuando corresponda, las conclusiones y la firma.*
7. *Comparecer a la audiencia de juicio y sustentar de manera oral sus informes y contestar los interrogatorios de las partes, para lo cual podrán emplear cualquier medio.*
8. *El Consejo de la Judicatura organizará el sistema pericial a nivel nacional, el monto que se cobre por estas diligencias judiciales o procesales, podrán ser canceladas por el Consejo de la Judicatura.*

De no existir persona acreditada como perito en determinadas áreas, se deberá contar con quien tenga conocimiento, especialidad, experticia o título que acredite su capacidad para desarrollar el peritaje. Para los casos de mala práctica profesional la o el fiscal solicitará una terna de profesionales con la especialidad correspondiente al organismo rector de la materia.

Cuando en la investigación intervengan peritos internacionales, sus informes podrán ser incorporados como prueba, a través de testimonios anticipados o podrán ser receptados mediante video conferencias de acuerdo a las reglas del presente Código

SUMARIO: I. Introducción. II. Naturaleza de la prueba pericial. III. Las y los peritos. IV. El informe pericial. V. La declaración pericial.

I. Introducción

La prueba pericial es aquella que permite incorporar al proceso conocimientos especializados que permitan esclarecer los hechos y sus consecuencias, así como la identidad de los autores o la responsabilidad de los mismos. En principio, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) recoge una serie de supuestos en que se prevé la aportación de prueba pericial, normalmente de forma obligatoria¹, aunque en algunas veces de forma facultativa².

Según la regulación dada en el COIP, la pericia se compondría en principio de dos modalidades diferentes: el informe pericial y la declaración pericial. Ambas serían formalmente análogas a los otros dos medios de prueba recogidos en el art. 498 COIP. Así, el informe pericial sería un documento, mientras que la declaración pericial sería un testimonio³. A pesar de ello, la Corte Nacional de Justicia ha negado el carácter de medio de prueba al informe pericial en el proceso penal. Con todo, en esta exposición se ha decidido abordar siquiera someramente la figura del informe pericial, porque se considera de importancia en el proceso penal.

II. Los peritos

En sentido general, un perito es una persona que tiene un conocimiento especializado o experto en alguna ciencia, técnica, arte u oficio. A nivel procesal, perito es quien informa al tribunal acerca de sus conocimientos expertos en el ámbito de un proceso judicial. En el desarrollo de esta función, la información transmitida por los peritos es un medio de prueba.

¹ Tal es el caso en que se haya de comprobar la identidad de un adolescente (art. 305-a COIP), el reconocimiento del lugar de los hechos en casos de infracciones de tráfico (art. 460 COIP), la autopsia en casos de aparición de un cadáver o de restos humanos (art. 461.3 COIP), el análisis químico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización (art. 474 COIP), la traducción de escritos en clave o en otros idiomas (art. 475 COIP), el reconocimiento de grabaciones, videos y fotografías almacenados en archivos informáticos (art. 477 COIP), el peritaje psiquiátrico de personas investigadas con síntomas de trastorno mental (art. 588 COIP), sí como informes periciales relevantes para decidir en la ejecución de la pena tras la sentencia (art. 670 COIP).

² Es el caso de los peritajes psicológicos a víctimas en caso de violencia sexual, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar o delitos contra niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y mujeres embarazadas (art. 465.5 COIP) y exámenes médicos y biológicos en casos de delitos contra la integridad sexual, delitos de trata de personas, violencia contra la mujer o miembros del grupo familiar (art. 465.1), en este último caso, el carácter facultativo del peritaje nace del requisito de recabar previamente consentimiento por escrito de la víctima.

³ Esta interpretación coincidiría con la práctica española, donde la prueba pericial *strictu sensu*, es decir, la declaración del perito en la audiencia pública del juicio, se produce sólo cuando lo solicitan las partes. En caso de que esa solicitud no tenga lugar, el informe pericial entraría al acervo probatorio como una simple prueba documental.

Según la legislación ecuatoriana, los peritos que actúen en el ámbito del proceso judicial deben estar calificados previamente por el Consejo de la Judicatura⁴ (art. 3 Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, RSPIJF). Para poder calificarse, el art. 4 RSPIJF exige que se cumplan los siguientes requisitos: 1) ser mayor de edad y no estar incapacitado –aunque la ley también permite que actúen como peritos personas jurídicas debidamente inscritas–; 2) tener conocimiento especializado en un determinado ámbito; 3) en el caso de graduados universitarios, disfrutar del título desde hace dos años y en el resto de los casos, tener una práctica de al menos 2 años; y, 4) no estar incurso en causa de incapacitación. Entre las causas de incapacitación, se encuentran: una condena por determinados delitos –contra la administración pública, de perjurio, entre otros–, haber sido condenado por delito sancionado con pena de privación de libertad, haber sido sancionado civil, penal o administrativamente a causa del desempeño de una función pública, no hallarse al día en las obligaciones tributarias y haber incurrido en falsedad, adulteración o inexactitud en los formularios de calificación. Además, será necesario que en los doce meses siguientes a la calificación los peritos aprueben el Curso Básico para Peritos organizado por la Escuela de la Función Judicial (art. 39 RSPIJF).

En cuanto a sus obligaciones, la Constitución de la República del Ecuador (CRE) recoge dos: comparecer ante la autoridad judicial y responder a las preguntas que se le formulen en la comparecencia (art. 76.7.j CRE). Estas obligaciones se reiteran en el RSPIJF (arts. 18 y 19). Por su ubicación sistemática en la norma constitucional, se trata de uno de los elementos que conformarían el derecho al debido proceso, aunque, en realidad, el derecho consistiría más bien en la posibilidad de las partes de proponer prueba pericial y de contradecir la prueba pericial de su contraparte. Así lo han entendido tanto la Corte Constitucional⁵ como la Corte Nacional de Justicia⁶. Sea como fuere, comparecer y responder a las preguntas se tratan de obligaciones esenciales para los peritos, pero no se agota en ellas su catálogo de obligaciones. Así, se pueden añadir las siguientes: desempeñar sus funciones con objetividad, imparcialidad, responsabilidad, oportunidad, rectitud, corrección y honestidad (art. 18.1 RSPIJF), presentar el informe y las aclaraciones dentro del plazo indicado (arts. 511.5 COIP y 19.2, 19.4 y 43.6 RSPIJF).

Por lo que hace a la obligación recogida en el art. 18.1 RSPIJF, lo cierto es que se puede resumir en tres: objetividad, imparcialidad y rectitud. Todas ellas van dirigidas a garantizar la fiabilidad de la prueba pericial. En cuanto a la objetividad, esta implica que el informe y la declaración periciales deben ser desinteresadas. A este fin, se sanciona disciplinariamente con la eliminación de la calificación en el registro de peritos la presentación de informes distorsionando los hechos o las conclusiones

⁴ Registro cuya gestión corresponde al Pleno del Consejo de la Magistratura, según el Código Orgánico de la Función Judicial (art. 264.9.c)

⁵ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 127-13-SEP-CC”, en caso n.o: 0033-12-EP, 19 de diciembre de 2013, fundamento II.2.

Ecuador Corte Nacional de Justicia de Pichincha Sala de Lo Penal, “Resolución 0326-2009-2SP”, en Juicio n.o: 0418-2009, 15 de abril de 2009, antecedente sexto.

de forma intencional, pero también se sanciona penalmente a los peritos que falten a la verdad en sus declaraciones (art. 270, a la luz del art. 615.2 COIP).

Pero, aparte de estos mecanismos que intentan evitar la falta de objetividad dolosa, también se establece otro más que tiene como objetivo garantizar que el perito ha llegado a las conclusiones de manera racional. Se trata de la obligación impuesta en el art. 21 RSPIJF, que regula el contenido del informe pericial y que exige que se explique claramente cómo se aplican sus conocimientos especializados al caso. Este precepto debe ser leído a la luz del art. 457 COIP, que establece que la valoración de la prueba pericial se hará teniendo en cuenta “el grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamentan los informes periciales”. En tal sentido, los peritos deben justificar en su informe cuál es el grado actual de aceptación científica de las teorías y métodos que ha aplicado para llegar a las conclusiones que sustenta.

La siguiente obligación de los peritos es la de ser imparciales. La obligación viene recogida en el art. 511 COIP. En concreto, en el apartado 3 de dicho artículo se establece que el perito designado debe excusarse si se halla en alguna de las causales establecidas para los juzgadores. Sin embargo, a pesar de recaer sobre ellos tal obligación de excusarse, el apartado 4 impide que puedan ser recusados por las partes, para a continuación establecer que el informe no tendrá valor alguno si el perito que lo presenta tiene motivo de inhabilidad o excusa, debidamente comprobada. Leídas ambas disposiciones *a contrario sensu* no cabe más que afirmar que los peritos deben ser imparciales, es decir, deben excusarse si incurrir en las causales 1 a 11 del art. 572 COIP, que se pueden agrupar en tres categorías: 1) relación –familiar, profesional, comercial, amistosa o inamistosa– con las partes o sus representantes; 2) interés directo o indirecto en el objeto del proceso; y, 3) contacto previo con el objeto del proceso.

No obstante, la imparcialidad de los juzgadores y, por ende, de los peritos, no se agota en estas causas. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CIDH) ha diferenciado –en la línea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) – dos modalidades de imparcialidad: la objetiva y la subjetiva o personal. La primera modalidad hace referencia a las causas del art. 572 COIP, es decir, a las “garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda respecto de la ausencia de imparcialidad”⁷. La segunda modalidad no se halla recogida en ninguna norma procesal, sino que es una creación jurisprudencial del TEDH⁸ adoptada también por la CIDH, que consiste, en palabras de esta última, “en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o

⁷ Vid. Corte IDH, “Sentencia de 30 de agosto de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*, 30 de agosto de 2019, párr. 150, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_380_esp.pdf; Corte IDH, “Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Lone c. Honduras*, 5 de octubre de 2015, párr. 233, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf%20.

⁸ Vid. TEDH, “Sentencia de 1 octubre de 1982”, *Caso Piersack contra Bélgica*, 1 octubre 1982, párr. 30, <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/6caso-piersack-contra-belgica-derecho-a-un-proceso-independiente-e-imparcial.pdf>.

parcialidades de índole personal contra los litigantes”⁹, lo que, por ejemplo, llevaría a tener que verificar si el juez ha manifestado hostilidad o si ha hecho que el caso le sea asignado a él por razones personales¹⁰. Es decir, la imparcialidad subjetiva se predica acerca de la actitud psicológica del juzgador o, si se prefiere, respecto de sus convicciones personales y, según la jurisprudencia de ambos tribunales internacionales, se presume salvo prueba en contrario¹¹.

En resumen, y según expresión de la CIDH, la garantía de imparcialidad implica que “quienes integran el tribunal no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia, y que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”¹². La aplicación de ambas modalidades

⁹ Vid. Corte IDH, “Sentencia de 2 de septiembre de 2019 (Excepción Preliminar y Fondo)”, *Caso Rico c. Argentina*, 2 de septiembre de 2019, párr. 70, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_383_esp.pdf.

La CIDH ha declarado que vulnera la imparcialidad subjetiva el instructor de un expediente disciplinario que investiga acerca de la orientación sexual de la persona expedientada, cuando no era ni aceptable ni legítimo un reproche jurídico por dicha orientación sexual. Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, párr. 234-237, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

Por su parte, el TEDH, ha declarado que pueden violar la imparcialidad subjetiva situaciones como el ejercicio desproporcionado de las facultades de policía de estrados (Sentencia TEDH 15/XII/2005, asunto Kyprianou c. Chipre ante la Gran Cámara. Un ejemplo del test de imparcialidad subjetiva se puede encontrar en el párrafo 130 de la sentencia), que corresponden a los tribunales frente a los abogados de las partes, limitando los jueces, a causa de dicho ejercicio, el derecho de defensa de éstas y expresando verbalmente, con ocasión de ello, opiniones que den a entender que se sienten ofendidos por el tono o la exigua deferencia empleados por los abogados de las partes. En otra ocasión, el Tribunal entendió que las declaraciones realizadas en los medios por parte de jueces, lanzando opiniones sobre el fondo de los asuntos y poniendo en cuestión la estrategia de defensa del acusado, muestra también una quiebra del aspecto subjetivo de la imparcialidad. TEDH, “Sentencia de 28 febrero de 2003”, *Caso Lavents c. Letonia*, 28 febrero de 2003, párr. 118-119. Las declaraciones en los medios, cuando demuestran que los jueces se han formado una impresión desfavorable de alguna de las partes, también quebrantan el aspecto subjetivo de la imparcialidad. TEDH, “Sentencia de 16 septiembre de 1999”, *Caso Buscemi c. Italia*, 16 septiembre de 1999, párr. 68. Más recientemente, se ha interpretado como contrarios a la exigencia de imparcialidad subjetiva ciertos comentarios vertidos por una jueza de instrucción durante la declaración del investigado en los que se apreciaba que dicho jueza tenía una idea preformada acerca de la culpabilidad del investigado. TEDH, “Sentencia de 6 de noviembre de 2018”, *Caso Otegi c. España*, 6 de noviembre de 2018, párr. 65.

¹⁰ Vid. Corte IDH, “Sentencia de 25 de abril de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Amrhein y Otros vs. Costa Rica*, 25 de abril de 2018, párr. 386, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_354_esp.pdf.

¹¹ Vid. Corte IDH, “Sentencia de 05 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, 05 de agosto de 2008, párr. 56, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf; Corte IDH, “Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Duque vs. Colombia*, 26 de febrero de 2016, párr. 163, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_310_esp.pdf; y, Corte IDH, “Sentencia de 30 de agosto de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*, 30 de agosto de 2019, párr. 151, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_380_esp.pdf.

¹² Vid. Corte IDH, “Sentencia de 2 de septiembre de 2019 (Excepción Preliminar y Fondo)”, *Caso Rico c. Argentina*, 2 de septiembre de 2019, párr. 70, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_383_esp.pdf.

de imparcialidad a los peritos queda fuera de toda duda. La importancia de este deber es tal que la ley procesal penal habilita a los juzgadores a adoptar medidas de restricción para garantizar la imparcialidad de los peritos (arts. 566 y 567 COIP).

La última obligación es la de la rectitud, corrección y honestidad. Ni el COIP, ni el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), ni el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) desarrollan el contenido de esta obligación, que aparece recogida sin ulteriores referencias en el RSPIJF. Surge la duda de si esta obligación provoca la aplicación de normas de carácter deontológico, como el Código de Ética de los servidores y trabajadores de la Función Judicial del Ecuador¹³, aprobado en 2015. Dicho Código establece que el mismo es aplicable a quienes integran la Función Judicial bajo cualquier modalidad, lo que hace necesario atender al art. 42 del COFJ, que se incluye dentro de los servidores de la Función Judicial a juzgadores, miembros de la Fiscalía y miembros de la Defensoría Pública, pero no a los peritos.

Se podría pensar que cabría la aplicación analógica, de la misma forma que se realiza en el caso de la imparcialidad. El problema es que, en este caso, la aplicación analógica viene establecida expresamente en el COIP, lo que no sucede con la rectitud. Cabe, por lo tanto, concluir que no sería aplicable a los peritos el Código de Ética de los trabajadores y servidores de la Función Judicial. Siendo así las cosas, no cabe más que indicar que los deberes de rectitud, corrección y honestidad imponen a los peritos simplemente un deber general de probidad en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, cabría referirse a los derechos de los peritos. El RSPIJF hace referencia al derecho a percibir honorarios en remuneración por su trabajo, que incluye la elaboración del informe pericial, la presentación oral de dicho informe, así como las aclaraciones, ampliaciones u observaciones al informe, así como cualquier otra actividad necesaria para cumplir con su encargo judicial (art. 26 RSPIJF). Para determinar la cuantía de los honorarios, el RSPIJF establece unas tablas en su art. 30 que pretenden determinar el precio de los servicios prestados en atención al área de especialización del perito. El deber de pagar los honorarios recae sobre el sujeto que nombra a los peritos.

Quedan expresamente excluidos del derecho al cobro de honorarios los peritos de instituciones u organismos públicos, cuya retribución se limita al pago de su salario mensual (art. 25 RSPIJF). No se establecen más derechos en el Reglamento ni en el Código, aunque derechos derivados de sus obligaciones de objetividad e imparcialidad son el derecho a redactar libremente el informe según su saber y entender y el derecho

¹³ Este Código contiene una serie de obligaciones muchas de las cuales vienen contenidas en otras normas, como el deber de respetar el principio de independencia judicial, mantenerse imparciales, garantizar la publicidad de sus actos, ciertas obligaciones de transparencia o la prohibición de no actuar con discriminación. A su lado, figuran otras disposiciones variadas, que van desde la obligación de citar correctamente las fuentes de que se valgan en sus resoluciones, actuar con prudencia ante los medios de comunicación social, actuar diligentemente en sus funciones, escuchar con paciencia y tolerancia las opiniones ajenas, tratar con amabilidad a todas las personas que se relacionen con su servicio, restringir el uso de su credencial a los casos necesarios por razón de servicio, transferir a la sociedad sus conocimientos y formarse continuamente.

a que se le proteja frente a perturbaciones en su imparcialidad, lo que se materializará a través de medidas de restricción ordenadas por la autoridad judicial competente.

III. La proposición de prueba pericial

En cuanto a la facultad para proponer prueba pericial, el COIP indica expresamente que corresponde tanto a los miembros de la Fiscalía (art. 444), como al querellado (art. 648). Queda sin especificar, de este modo, la posibilidad de que puedan proponer este medio de prueba tanto el juzgador como las víctimas que ejerzan la acción penal privada. La respuesta aquí se antoja afirmativa.

En primer lugar, porque el propio COIP hace referencia a esta posibilidad cuando regula la realización de peritajes en lugares que se encuentren fuera del ámbito de su competencia territorial (art. 407). Pero también cabe afirmar que tanto el juzgador como el actor de la acción penal privada gozan de esta facultad por dos importantes razones. En el caso del juzgador porque, como ya ha sido referido, existen casos en que la ley establece la obligatoriedad de realizar prueba pericial. En tales casos, en virtud del principio de dirección judicial del proceso penal (art. 5.14 COIP), no cabe más que establecer que el sujeto obligado a encargar la realización de tales pruebas periciales obligatorias recae en los juzgadores. En el caso de la víctima que ejerce la acción penal privada, tal facultad de nombrar peritos se justifica en que se trata este de un derecho constitucional incluido en el haz de garantías que conforman el derecho al debido proceso (art. 76.7.j CRE). Con todo, se ha de tener claro que el hecho de que las partes puedan nombrar peritos no implica que puedan darles instrucciones acerca de los métodos, contenidos o conclusiones a las que han de llegar. Los peritos no actúan en tales casos como mandatarios de las partes, manteniéndose en plena vigencia los deberes de imparcialidad y objetividad.

En cuanto al pago de honorarios, ya se ha dicho que el RSPIJF establece que deben ser satisfechos por la parte que nombra al perito (art. 28). Con todo, no se regula qué se debe hacer en caso de que el perito incumpla con sus deberes. Lógicamente, en caso de que el informe pericial no se realice o no se realice en plazo, se debe entender que se produce un incumplimiento de su encargo que no daría lugar al cobro de honorarios e, incluso, supondría la devolución de todos los cobros percibidos por su encargo (arts.1503-1505 Código Civil, CC). Sin embargo, resta por aclarar cuáles son las consecuencias de que el perito, aun cumpliendo con su deber de presentar el informe en plazo, incumple los deberes de imparcialidad y objetividad, que impedirían tomar en cuenta su informe, en virtud del art. 511.4 COIP. En tales casos, parece que lo más lógico es entender que el cumplimiento de la obligación es defectuoso y sería razonable atemperar los efectos que produce el incumplimiento de la obligación, en atención a la culpa que pueda tener la parte que haya nombrado al deudor en la vulneración de los deberes de imparcialidad y objetividad.

IV. El informe pericial y la declaración pericial

Los apartados 6 y 7 abordan el informe y la declaración periciales. Debe entenderse que ambos son obligatorios, especialmente a la luz del art. 615.5 COIP, según el cual “los peritos deberán exponer el contenido y las declaraciones de su informe y a continuación se autorizará a interrogarlos”.

Sin embargo, la obligación de prestar declaración pericial desaparece en el caso de los acuerdos probatorios que se regulan en el art. 604.4.d) COIP. En efecto, en este precepto se indica que “los acuerdos probatorios podrán realizarse [...] cuando sea innecesario probar el hecho, inclusive sobre la comparecencia de los peritos para que rindan testimonio sobre los informes presentados”. En resumen, la presentación de informe pericial y la declaración pericial son obligatorias, solo pudiéndose obviar la segunda en caso de acuerdo probatorio.

Con todo, la Corte Nacional de Justicia ha entendido que la única fuente de prueba que ha de ser valorada en el proceso penal –y por tanto, en la sentencia– es el testimonio que el autor del informe debe prestar en el juicio, pero no el informe en sí. Así lo exige el principio de oralidad que rige en el proceso penal¹⁴, según los arts. 4.11 y 560 COIP. En este particular, la regulación del COIP se separa de la del Código de Procedimiento Civil de 2005 (arts. 250-263), en que solamente se exige la presentación de informe, pero no la declaración de quien lo redactó ante el órgano de enjuiciamiento.

En cuanto al contenido del informe, el apartado 6 establece que se deben identificar el lugar y la fecha de realización del peritaje –es decir, del análisis experto, no del informe–, así como a la persona que lo realizó. Además, se debe describir el objeto de la pericia, la técnica utilizada, la fundamentación científica y las conclusiones, debiendo adjuntar cuantos documentos gráficos sean necesarios para comprender el análisis realizado. Por su parte, el Consejo de la Judicatura ha diseñado un formato más exhaustivo, acorde con el RSPIJF (art. 21), en que se deben incluir también los antecedentes del encargo, información adicional que quien realiza el peritaje considere necesaria, así como una declaración juramentada en el sentido de que el perito es independiente y que “la información que proporciona es verdadera”. Para el caso de que el informe pericial consista en el avalúo de bienes, el RSPIJF (art. 21) establece que se habrá de determinar el valor del bien respecto de otros de similares condiciones, adjuntando en tal caso las fuentes de información utilizadas. En cualquier caso, el informe debe ser firmado por el perito.

En lo atinente a la declaración pericial, el COIP se limita a normar que para la contestación a las preguntas formuladas por las partes durante el juicio se podrá emplear cualquier medio, debiendo entenderse en este sentido que cabe la declaración tanto presencial como mediante medios telemáticos (art. 615.2 COIP), siempre que permita la interacción inmediata, entre los abogados y el tribunal por un lado, y el perito, por otro.

¹⁴ Vid. Sentencia de la Corte Nacional de Justicia de 20/1/2016, Resolución No. 95-2016, antecedente 7.2 y Sentencia de la Corte Nacional de Justicia de 09/07/2017, Resolución No. 933-2017, antecedente 2.3.

III. REGLAS ESPECIALES

Artículo 512.- Reglas especiales.- *Para la investigación de los delitos cometidos por medios de comunicación social, se aplicarán las normas generales de este Código y además las reglas especiales previstas en este Capítulo.*

Artículo 514.- Remisión.- *Las o los directores, administradores o propietarios de las estaciones de radio y televisión, estarán obligados a remitir, cuando la o el fiscal lo requiera, los filmes, las videocintas o las grabaciones de sonidos. De no hacerlo, el proceso se seguirá contra ellos. La o el fiscal concederá el plazo de tres días para la remisión, previniéndole de su responsabilidad en caso de incumplimiento.*

Artículo 515.- Exhibición previa.- *Antes del ejercicio de la acción penal, la o el fiscal de oficio o a petición de la persona que se considere afectada deberá requerir al o el director, editor, propietario o responsable del medio de comunicación, para que informe el nombre de la o el autor o responsable del escrito, enviando una copia del mismo.*

En los demás casos deberá pedir además del nombre, la remisión de los filmes, videocintas y grabaciones mencionadas anteriormente.

Artículo 516.- Transcripción del original.- *La presentación del original cuando el delito se cometa por medio de la radiodifusión o la televisión podrá suplirse con una transcripción judicial obtenida de la grabación.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Reglas especiales y reglas generales. III. Deberes concretos derivados de las reglas especiales: Obligación de remisión del documento en que se registre la materialización del delito.*

I. Introducción

Los artículos estudiados regulan lo que el Código Orgánico Integral Penal (COIP) denomina “reglas para la investigación de delitos cometidos mediante los medios de comunicación social”. Por medios de comunicación social ha de entenderse, a la luz de la Ley Orgánica de Comunicación (LOC), “las empresas, organizaciones públicas, privadas y comunitarias, [...] que prestan el servicio público de comunicación masiva, que usan como herramienta [para ello] medios impresos o servicios de radio, televisión y audio y vídeo por suscripción, cuyos contenidos pueden ser generados o replicados [...] a través de internet” (art. 5 LOC).

La inclusión de este capítulo en el título IV –de prueba– es criticable, ya que no se trataría tanto de la regulación de un medio de prueba, sino de la actividad investigadora tendente a recolectar prueba, es decir, se trata de lo que cierta doctrina

denomina “actos de investigación”¹. Además, su localización sistemática, separada de los otros dos capítulos referentes a las actuaciones investigación –naturaleza compartida con las reglas analizadas– por el capítulo referente a los medios de prueba es, igualmente, inadecuada.

En cuanto al elenco de delitos que pueden ser investigados aplicando estas reglas, se ha de decir que es amplio y variado². En cuanto a la vertiente subjetiva de estos delitos, es necesario llamar la atención de que el establecimiento de la responsabilidad subsidiaria de los directores, editores, propietarios o responsables de los medios de comunicación social en caso de desconocimiento de la persona autora de la publicación o negativa a revelar su identidad³ se establece no en la parte sustantiva del COIP, sino en su parte procesal (art. 513 COIP). Esto se antoja inidóneo, por cuanto se trata de un tema referente a la imputación de responsabilidad penal, fuertemente conectado con el principio de culpabilidad, regulado, como es lógico, en la parte sustantiva general del Código (art.34 y ss. COIP).

II. Reglas especiales y reglas generales

El artículo 512 COIP establece que el capítulo que dicho precepto abre recoge unas reglas especiales que son de aplicación simultánea a las reglas generales. Tales reglas generales no se hallan sistematizadas en el COIP, aunque se pueden vislumbrar algunas. Se tratarían, por ejemplo, de la necesidad de obtener autorización judicial previa cuando se adopten medidas limitadoras de derechos constitucionales, la ponderación de los principios de necesidad y proporcionalidad a la hora de ordenar los actos de investigación –de forma que resulten lo menos lesivas posible para los

¹ La distinción no es ociosa, ya que la finalidad de unos y otros instrumentos son diferentes y los principios que los informan también lo son. Según Pérez-Cruz Martín, los actos de investigación tienen como objetivo preparar el juicio oral mediante la comprobación de la *notitia criminis*, mientras que los actos de prueba logran la evidencia necesaria para que el tribunal dicte una sentencia de condena. Vid. Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín, “La prueba. Concepto; objeto; medios de prueba. Proposición, admisión o denegación; prueba anticipada; proposición en el acto de juicio; prueba acordada *ex officio*. Las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. La prueba producida irregularmente”. En *Derecho procesal penal*, coord. por Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín (Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2020), 487-488. En cuanto a los principios de los actos de investigación, se puede referir que en el Derecho procesal penal ecuatoriano, se trata de actos llevados a cabo por la Fiscalía, que se mantienen reservados y sin que se deba observar el principio de contradicción. En el caso de los medios de prueba, se desarrollan ante el juzgador que debe valorarlas (principio de inmediación), en un acto público y permitiendo en todo caso la contradicción.

² Incluiría, en principio actos de odio (art. 177 COIP), de violación a la intimidad (art. 178), de revelación de secreto (art. 179), de difusión de información de circulación restringida (art. 180), calumnia (art. 182), de engaño al comprador (art. 235), revelación de identidad de persona protegida (art. 273), de pánico financiero (art. 322), de falsedad de información financiera (art. 324), la apología de otros delitos (arts. 342 y 365), a lo que habría que añadir a las instigaciones y órdenes de cometer delitos, que también están sancionadas penalmente (art. 42.2).

³ Lo que la LOC denomina “responsabilidad ulterior de los medios de comunicación” (vid. art. 20 LOC).

derechos de las personas afectadas—, el respeto de la cadena de custodia, el impulso oficial de dichos actos o su ejecución bajo la dirección de la Fiscalía.

Estas reglas especiales consisten, simplemente, en la regulación de obligación de colaborar con la investigación penal que pesa sobre las personas responsables de los medios de comunicación social en Ecuador. La razón de ser de estas normas especiales se debe hallar en la necesidad de evitar que la obstrucción en la identificación de la persona autora del delito conlleve su impunidad.

Se ha de tener en cuenta, en todo caso, que se trata este de un ámbito particularmente sensible, por cuanto que la Constitución de la República de Ecuador (CRE) protege el derecho a recibir una información veraz (art. 18.1 CRE⁴), lo que exige de los poderes públicos la máxima diligencia en aras a garantizar tal derecho, evitando que nadie se pueda valer de este para vulnerar otros derechos constitucionales.

III. Deberes concretos derivados de las reglas especiales: obligación de remisión del documento en que se registre la materialización del delito y transcripción del original

El art. 515 COIP establece la obligación que pesa sobre los responsables de los medios de comunicación social de informar de la identidad de la persona que supuestamente es autora de los hechos investigados, así como de remitir el documento —escrito, videograbaciones, archivos de audio— en que se materialice el delito de que se trate. La justificación de esta medida se ha de hallar en la mayor facilidad del denunciado para aportar la fuente de prueba, en particular, si se tiene en cuenta que la LOC establece el deber de que los medios de comunicación sonora y de televisión graben y conserven durante ciento ochenta días su programación y publicidad (art. 91 LOC). Este deber de la LOC excluye que las personas responsables de los medios intenten eximirse de cumplir con el requerimiento de la Fiscalía alegando la pérdida o la falta de almacenamiento del material requerido.

⁴ La LOC se refiere al derecho a recibir información de calidad, en su art. 22, según el cual: “Todas las personas tienen derecho a que la información de relevancia pública que reciben a través de los medios de comunicación sea verificada, contrastada, precisa y contextualizada.

La verificación implica constatar que los hechos difundidos efectivamente hayan sucedido.

La contrastación implica recoger y publicar, de forma equilibrada, las versiones de las personas involucradas en los hechos narrados [...]

La precisión implica recoger y publicar con exactitud los datos cuantitativos y cualitativos que se integran a la narración periodística de los hechos [...] Si no fuese posible verificar los datos cuantitativos o cualitativos, los primeros serán presentados como estimaciones y los segundos serán presentados como suposiciones.

La contextualización implica poner en conocimiento de la audiencia los antecedentes sobre los hechos y las personas que forman parte de la narración periodística.

Si las personas que son citadas como fuentes de información u opinión tienen un interés específico o vinculación de orden electoral, política, económica o de parentesco en relación a las personas o a los hechos que forman parte de la narración periodística, esto deberá mencionarse como dato de identificación de la fuente”.

La redacción del Código establece que la Fiscalía está obligada a requerir la exhibición previa de los soportes en que se refleje la comisión del delito. A pesar de ello, podría plantearse la situación de si la Fiscalía tiene el deber de requerir la exhibición cuando ya tenga en su poder el soporte a que hace referencia el artículo 515, por ejemplo, porque la acusación particular ya ha remitido una copia. Se debe entender que incluso en tales casos dicho deber se mantiene, por cuanto que, de lo que se trata es de contar con un soporte auténtico, que sirva para aclarar los hechos, pero también para cotejar cualquier otro soporte que esté en poder de las acusaciones.

Con todo, parece razonable exigir que el requerimiento de la Fiscalía sea motivado, razonando la concurrencia de indicios suficientes de la perpetración de unos hechos con carácter delictivo. De otro modo, se estaría ante una investigación prospectiva –conocida también en lengua inglesa como *fishing expedition*–, es decir, aquella que se inicia sin concurrir una previa *notitia criminis* con base objetiva. Tales investigaciones prospectivas ponen en tela de juicio el principio de la presunción de inocencia y son difícilmente compatibles con el principio de imparcialidad que informa la actuación de los agentes del Estado.

Sea como fuere, no se debe entender que se presenta una *probatio diabólica*, es decir, la situación en que la persona acusada debe probar su inocencia, ni tampoco ante una inversión de la carga de la prueba –que en determinados casos puede ser admisible–. Ello, por la sencilla razón de que no se está ante la práctica de prueba, sino solamente ante diligencias de investigación que carecen de valor probatorio –solo tendrá tal valor la prueba que se practique en la audiencia de juicio con todas las garantías–.

Finalmente, el artículo 516 estipula que cuando se trate de un delito cometido por medio de radiodifusión o televisión, se podrá suplir la grabación de que se trate con una transcripción judicial. Lo cierto es que el COIP no establece qué sujeto es el encargado de realizar la transcripción, tanto en el caso presente como en otros. Sin embargo, parece que lo más razonable es encargar esta tarea al personal dependiente de la Fiscalía.

El mayor problema que queda sin resolver es qué se ha de valorar como medio de prueba una vez se llegue a la audiencia de juicio: ¿la transcripción o la grabación? Todo parece indicar que lo más recomendable es que sea la grabación original, siempre y cuando lo soliciten las partes. Esta es la solución dada por el COIP a aquellos casos en que se practica prueba sobre las comunicaciones interceptadas por orden judicial durante la investigación (art. 476.6 COIP). Ahora bien, cuando ninguna parte solicite tal reproducción de la grabación original, nada obsta a que se practique prueba sobre la transcripción incontrovertida.

IV. PRÁCTICA DE PRUEBAS

Art. 615. Práctica de pruebas.- *La o el presidente del tribunal procederá de conformidad con las siguientes reglas:*

- 1. Después del alegato de apertura, ordenará la práctica de las pruebas solicitadas por la o el fiscal, la víctima y la defensa pública o privada.*
- 2. Durante la audiencia, las personas que actúan como peritos y testigos deberán prestar juramento de decir la verdad y ser interrogadas personalmente o a través de sistemas telemáticos.*
- 3. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que consten anteriores versiones, declaraciones u otros documentos que las contengan, salvo el caso de prueba anticipada. La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio y contrainterrogatorio de los sujetos procesales.*
- 4. Las versiones e informes del personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, del personal competente en materia de tránsito, de los peritos y otras declaraciones previas se utilizarán en el interrogatorio y contrainterrogatorios con el fin de recordar sus actuaciones.*
- 5. Los peritos deberán exponer el contenido y las conclusiones de su informe y a continuación se autorizará a interrogarlos. Los interrogatorios serán realizados primero por la parte que ha ofrecido esa prueba y luego por las restantes.*
- 6. Si en el juicio intervienen como acusadores la o el fiscal y la o el defensor público o privado que representa a la víctima o el mismo se realiza contra dos o más personas procesadas, se concederá sucesivamente la palabra a todos las y los acusadores o a todas las personas acusadas, según corresponda.*
- 7. El tribunal podrá formular preguntas al testigo o perito con el único fin de aclarar sus testimonios.*
- 8. Antes de declarar, las y los peritos y testigos no podrán comunicarse entre sí ni ver ni oír ni ser informados de lo que ocurre en la audiencia.*

SUMARIO: *I. Declaración de testigo., II. Declaración de peritos. III. Preguntas del tribunal.*

I. Declaración de testigos

La Constitución de la República de Ecuador (CRE) ha configurado la necesidad de la declaración de los testigos como una obligación vinculada al derecho de defensa (art. 76.7.j) CRE)¹. Se trata de una doble obligación, que incluye presentarse ante el tribunal cuando se es requerido y responder a las preguntas formuladas en el juicio².

Con todo, se trata de una obligación con excepciones. La primera se puede encontrar en el art. 77.8 de la CRE, que exime de esta obligación al cónyuge o pareja del acusado –se ha de entender que mientras subsista el vínculo matrimonial o sentimental–, así como a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad³. Lo propio recoge el artículo 502.4 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) que, sin embargo, restringe la excepción en determinados delitos, como en los de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, o en los de violencia sexual y de género. En tales casos, los testigos que sean familiares del acusado tienen la obligación de declarar. Siendo esta norma loable, lo cierto es que establece una restricción al derecho de los testigos que no recoge la CRE, con lo cual, la solución técnica es dudosa, al limitar mediante ley un derecho que la CRE no había limitado. Para salvar esta contradicción, hubiese sido más coherente incluir esta restricción en la CRE.

La segunda excepción se encuentra en el art. 503.2 COIP, según el cual tampoco tienen obligación de declarar las personas depositarias de un secreto en razón de su profesión, lo cual está en concordancia con el art. 20 CRE, que garantiza el respeto de tal secreto. La vulneración del deber de guardar silencio profesional supone una infracción penal (art. 179 COIP). En cuanto a los sujetos obligados, cabe decir que el elenco de profesionales con obligación de mantener secreto profesional es amplio, aunque quizás los casos más conocidos son el de la abogacía⁴, la medicina⁵ y el sacerdocio católico⁶. Con todo, el alcance de esta excepción es diferente a la anterior, por cuanto que no exime del deber de presentarse ante el órgano juzgador en el momento en que se indique, pues así se regula en el apartado 2 del artículo 503 COIP.

La tercera excepción no viene recogida expresamente en el COIP, pero es una derivación lógica del derecho a no declarar en contra de sí mismo, que es un derecho constitucional incluido en el haz de derechos que conforman el derecho más amplio de defensa (art. 77.7 CRE). No cabe duda de que esta exención alcanza a aquellas personas que son acusadas en un determinado proceso. Ahora bien, se ha de interpretar

¹ Cfr. con el art. 503.1 COIP.

² Su contravención habilita incluso al juzgador a dictar una orden de detención (art. 503.1 COIP), lo cual es lógico, por cuanto que se podría estar ante una conducta delictiva (art. 282 COIP).

³ El Tribunal Supremo español ha entendido que el fundamento de esta eximente se halla en la protección de la intimidad en el ámbito familiar (Vid. STS (Sala 2ª), de 26 de marzo de 2009).

⁴ Vid. Art. 5 Código de conducta de los abogados y las abogadas en el patrocinio de las causas de Ecuador de 2018

⁵ Vid. Art. 66 del Código de Ética Médica de Ecuador de 1992

⁶ Vid. Canon 983 § 1 del Código de Derecho canónico

que este derecho a no declarar beneficia también a aquellas personas que, actuando como testigos, sin ser formalmente acusadas, pueden verse perseguidas penalmente a raíz del contenido de su declaración. Tal parece ser el espíritu del artículo 4.8 COIP, cuando establece que “ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal”. Pero también es la finalidad que persigue el art. 502.15 COIP, al establecer que no se podrán formular preguntas autoincriminatorias a quienes presten testimonio.

Junto al deber de declarar, aún existe otra obligación para las y los testigos, que es la de decir la verdad, en el sentido de que deben relatar aquello que vieron o escucharon, sin añadir elucubraciones ni opiniones impertinentes. Su contravención es perseguida por la norma penal (art. 270 COIP) y la propia normal procesal habilita al juzgador a detener al testigo que preste falso testimonio o perjurio (art. 506 COIP). En realidad, el apartado 2 del artículo analizado establece que los testigos deben prestar juramento de decir la verdad en las causas penales, con lo cual, en estos casos, cuando se falte a la verdad de forma consciente, siempre se cometerá perjurio, delito que conlleva una mayor sanción, ya que el COIP solo prevé eximir de juramento a niños, niñas y adolescentes (art. 502.5 COIP). En algunos ordenamientos, como el español, este deber de decir la verdad que pesa sobre los testigos, diferencia el estatus jurídico de los mismos frente a las personas acusadas, por cuanto que no existe un normal penal que prevea una sanción para los acusados en caso de mentir. De la redacción del COIP no queda claro que esta sea la situación de las personas procesadas en Ecuador⁷.

Por lo que hace a la forma en que se debe prestar declaración, la norma procesal ecuatoriana establece que, antes de entrar a la sala de audiencia, los testigos deben permanecer separados e incomunicados entre sí, de forma que no puedan oír mutuamente sus declaraciones (arts. 615.8 y 502.12 COIP). Lo que se busca con este precepto es, sin duda, garantizar la espontaneidad del testimonio, evitando que los testigos concierten su declaración o la modifiquen a su conveniencia. Una vez en la audiencia de juicio, los testigos deberán identificarse ante el tribunal y, salvo en el caso de niños y adolescentes, prestar juramento de decir la verdad (arts. 502.12, 502.13 y 615.2 COIP). El Código permite que esta declaración se preste tanto presencial, como telemáticamente (art. 615.2 COIP), aunque en todo caso queda prohibido que su declaración se limite a la lectura de textos que figuren en autos (art. 615.3 COIP), salvo en caso de prueba anticipada.

Del espíritu de la norma se entiende que tal declaración se debe hacer de viva voz, con la única excepción que se reconoce a los servidores públicos que gozan de fuero ante la Corte Nacional, quienes podrán rendir su testimonio mediante informe juramentado cuando actúen como testigos (art. 502.11 COIP). Este deber de prestar la declaración personal y oralmente va dirigido, una vez más, a garantizar la espontaneidad

⁷ En efecto, el COIP sólo exime a las personas procesadas del deber de prestar juramento de decir la verdad, pero, al fin y al cabo, en la práctica, en caso de mentir, se podría instruir una causa por falso testimonio (Cfr. Arts. 507.3 y 270 COIP). Se puede entender que esto sitúa a la persona procesada en una situación comprometida, todo ello en aras a facilitar la labor investigativa a los agentes del Estado.

del testimonio. Ciertamente, la norma procesal permite que las partes se basen en las declaraciones prestadas en la instrucción para formular sus interrogatorios (art. 615.4 COIP), pero en tales casos se ha de entender que la auténtica prueba consiste en la declaración testifical prestada en la audiencia y no en momentos anteriores, de forma que, ante una eventual contradicción, no prevalezca la declaración prestada en fase de instrucción. Finalmente, la declaración se someterá al interrogatorio de la parte proponente del testigo y, posteriormente, al contrainterrogatorio de la otra parte (art. 615.3), permitiéndose al tribunal formular preguntas aclaratorias al finalizar el contrainterrogatorio (art. 615.7 COIP).

II. Declaración de peritos

Como ya se ha explicado en el comentario al art. 512 COIP, al entender de la Corte Nacional, la declaración de los peritos conforma, en el proceso penal ecuatoriano, la auténtica prueba pericial, no siendo relevante a efectos probatorios el contenido del informe. La razón de ser de esta previsión se halla en la preponderancia del principio de oralidad en el proceso penal. En concordancia con esta postura, el art. 615.5 COIP dispone que los peritos deberán exponer el contenido y las conclusiones de su informe, a lo que seguirá el interrogatorio cruzado de las partes. Bien es cierto que se permite la utilización de los informes previos, pero tan solo con el objetivo de servir de apoyo a los interrogatorios de las partes y para auxiliar a los peritos a recordar el contenido de sus análisis periciales (art. 615.4 COIP). Así, en caso de contradicción entre el informe y la declaración, habría que desechar la prevalencia de aquél sobre esta.

La declaración pericial se compone, según el COIP, de dos fases: en primer lugar, la exposición del contenido y las conclusiones de su informe (art. 615.5 COIP) y, en segundo lugar, el interrogatorio de las partes, empezando por aquella que haya propuesto la pericia y luego por las restantes (art. 615.5 COIP). Para el caso en que la declaración pericial ha sido propuesta por ambas partes, lo lógico parece que el interrogatorio lo comience la acusación, para permitir a la defensa interrogar en último lugar, garantizando así su derecho a la contradicción.

En cuanto a los deberes de los peritos, se puede afirmar que son los mismos que para los testigos, comprendiendo la obligación de presentarse ante el tribunal en el juicio y responder a las preguntas de las partes. Con todo, si los testigos tienen el deber de decir la verdad, según lo que hayan percibido a través de sus sentidos, en el caso de los peritos esta obligación se ha de ver necesariamente matizada. El testimonio de un testigo tiene relevancia en cuanto que ha percibido los hechos, el del perito, en cuanto a que ha aplicado sus conocimientos técnicos para aclarar ciertos extremos relativos a los hechos. En este sentido, la verdad de los peritos es de diferente naturaleza. Por ello, se ha de entender que la tercera obligación de los peritos es declarar, explicando a través de qué métodos ha llegado a sus conclusiones, justificando la idoneidad de tales

métodos e ilustrando al foro sobre la fiabilidad de sus conclusiones y la facticidad de otras conclusiones alternativas.

III. Preguntas del tribunal

El penúltimo apartado del artículo 615 COIP recoge que el tribunal podrá realizar preguntas aclaratorias a los testigos o peritos, una vez terminado el interrogatorio cruzado de las partes. Se trata de una previsión en la línea de las legislaciones procesales penales chilena, brasileña o española⁸, aunque no existe unanimidad en la regulación de este particular, siendo que algunos ordenamientos jurídicos, como el argentino, prohíben terminantemente esta posibilidad⁹.

Sea como fuere, para que esta facultad sea respetuosa del principio acusatorio que guía el proceso penal ecuatoriano¹⁰, es necesario que sea ejercida de una forma excepcional, de manera que en ningún caso sirva para introducir hechos nuevos, sino solo para permitir que los declarantes maticen o expliquen ciertos puntos de su declaración. Lo que se debe evitar es que esta facultad sirva para modificar, aumentando o disminuyendo el sustrato fáctico que las partes han aportado, pues al juzgado no le compete perfilar el objeto del proceso. En este sentido, el Tribunal Supremo español ha entendido que un ejercicio desmedido de esta facultad es expresivo de la quiebra del principio de imparcialidad judicial, puesto que con ello el juzgador adquiere una posición de parte acusadora¹¹.

⁸ Cfr. art. 212 del *Código de Processo Penal* brasileño de 1941, art. 329 del Código procesal penal chileno de 2000 y 708 de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1882 de España.

⁹ Cfr. art. 156 del Código procesal penal de la nación de Argentina de 2014.

¹⁰ Según se establece en los considerandos del COIP y según se desprende del espíritu de la norma, que regula un sistema en que la acción penal es ejercida por una acusación ajena al juzgador, respetando el principio de dualidad de partes e instituyendo, así, un sistema adversarial.

¹¹ Vid. España Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal, Recurso 2068/2005, de 3 de julio de 2006.

V. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS, OBJETOS U OTROS MEDIOS

Art. 616. – Exhibición de documentos, objetos u otros medios.- *Los documentos que pretendan ser incorporados como prueba documental, serán leídos en su parte relevante, siempre que estén directa e inmediatamente relacionadas con el objeto del juicio, previa acreditación por quien lo presenta, quien deberá dar cuenta de su origen.*

Los objetos que pretendan ser incorporados como prueba podrán ser exhibidos y examinados por las partes en el juicio si están relacionados con la materia de juzgamiento y previa acreditación de acuerdo con el inciso precedente.

Los vídeos, grabaciones u otros medios análogos, serán incorporados previa acreditación, mediante su reproducción por cualquier medio que garantice su fidelidad, integralidad y autenticidad.

Las partes procesales podrán solicitar la lectura o reproducción parcial o resumida de los medios de prueba, cuando sea conveniente y se asegure el conocimiento de su contenido.

SUMARIO: *I. Exhibición de documentos. II. Exhibición de objetos. III. Exhibición de videos, grabaciones u otros medios análogos. IV. Medios de prueba informáticos.*

I. Exhibición de documentos

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) no ofrece una definición de documento. Con todo, de la lectura de los arts. 499 y 500 COIP, se puede inferir que este incluye tanto el documento escrito en papel, como el contenido digital. A tales efectos, recuerdan Volk y Engländer que lo relevante de un documento es que sea legible y que a través de la lectura de su contenido se pueda producir prueba¹. Con todo, no todos los documentos que se aportan en un proceso tienen el valor de prueba documental. Así, por su parte, acertadamente Carnelutti diferenciaba entre documentos procesales –por ejemplo, un poder de representación para un abogado– y documentos a efectos de prueba en el ámbito del proceso civil². Esta apreciación, que en el ámbito del proceso civil se antoja evidente, no lo es tanto en el proceso penal. En este sentido, afirma Varona Jiménez que:

[...] el documento tiene origen extraprocesal y se aporta al proceso con fines probatoria, mientras que la documentación se origina dentro del sumario y tiene la finalidad de que quede constancia escrita de la realización de una

¹ Klaus Volk y Armin Engländer, *Grundkurs StPO* (Munich: Verlag C.H. Beck, 2013), 221.

² Francesco Carnelutti, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano* (Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018), 197.

determinada diligencia, tal y como ocurre con la declaración de un testigo o la confesión del encausado³.

Por lo tanto, se ha de evitar otorgar el estatus de prueba documental a lo que son meras actas redactadas por autoridades judiciales o policiales durante la fase investigadora del proceso penal. Solamente los documentos que tengan su origen en una fuente externa al proceso podrán ser tenido en cuenta como prueba.

Acerca del procedimiento probatorio, se ha decir que la redacción del COIP es parca. Tan solo se hace referencia a que los documentos serán leídos en su parte relevante, siempre que tengan relación con el objeto del juicio y se dé cuenta de su origen. A la luz del art. 610 del Código, que regula los principios que rigen en la etapa de juicio, se ha de entender que la lectura se realizará por el juzgador en el acto de juicio, en virtud del principio de la dirección judicial del proceso (art. 5.14 COIP) y también para permitir la inmediación. Su lectura se deberá llevar a cabo, además, en voz alta, posibilitando así la contradicción por las partes (art. 454.3 COIP). La referencia a la necesidad de que el documento tenga relación con el objeto del proceso es reiterativa de la necesidad de que la prueba sea pertinente (art. 454.5 COIP) y su decisión corresponderá al juzgador, como es natural.

Finalmente, el Código hace referencia a la necesidad de que se dé cuenta del origen del documento, pero no recoge cómo proceder en el caso de que la contraparte impugne el documento alegando su falsedad. En tales casos, habrá que diferenciar si la utilización del documento que se reputa falso es dolosa o no.

En el primer caso, se estaría ante un posible delito de falsificación y uso de documento falso (art. 328 COIP), lo que daría pie a un nuevo proceso penal cuya resolución tendrá necesariamente carácter prejudicial, debiéndose en tal caso suspender el proceso en que se presenta tal documento, si bien en tales casos, nada obsta a que las partes puedan pactar que se continúe el proceso, siempre y cuando no se tenga en cuenta el documento impugnado. En el segundo caso, esto es, cuando la utilización del documento pretendidamente falso sea atípica, lo más razonable parece ser que el juzgador ordene, en virtud del art. 617 COIP, la práctica de prueba que permita establecer la autenticidad o falsedad del documento. En tales casos, se antoja como idónea la prueba pericial caligráfica o, simplemente, la declaración testifical de las personas referidas en el documento, sobre todo cuando se trata de documento público. Con independencia del resultado del juicio, el criterio de imposición de costas más justo para este incidente es el de condenar al pago de las mismas a quien se le otorgue razón acerca de la autenticidad o falsedad del documento impugnado.

³ Alberto Varona Jiménez, "La prueba documental", en *Derecho procesal penal*, coord. por Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín (Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2020), 527-529.

II. Exhibición de objetos

Qué es un objeto a efectos probatorios en el Derecho procesal penal ecuatoriano es un tema complejo. Por un lado, nada se recoge en el Capítulo Tercero del Título IV del COIP, referido a los medios de prueba. Con todo, la delimitación del concepto es bastante simple, si se tiene en cuenta el principio de libertad probatoria establecido en el art. 454.4 COIP, según el cual, “todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución”. A la luz de este precepto, se puede definir como objeto, a efectos probatorios, cualquier otro medio de prueba no categorizable como ‘documento’, ‘testimonio’ o ‘pericia’.

Es necesario poner en relación la exhibición de objetos con lo dispuesto en el artículo 456 del COIP, según el cual

[s]e aplicará cadena de custodia a los elementos físicos o contenido digital materia de prueba, para garantizar su autenticidad, acreditando su identidad y estado original. Las condiciones, las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos y se incluirán los cambios hechos en ellos por cada custodio⁴.

De lo que se trata, en suma, es de garantizar “la autenticidad e integridad de los elementos físicos o digitales (indicios) que podrían transformarse en prueba”⁵. A este efecto, la Fiscalía General del Estado (FGE) ha redactado el *Manual de cadena de custodia* en donde se recogen que todo servidor público que tome contacto con la escena de los hechos tiene la obligación de respetar el procedimiento establecido en dicho manual para garantizar la autenticidad de los medios de prueba recogidos.

El procedimiento establece, en resumidas cuentas, que en el momento de la recogida del medio de prueba se ha de dejar registrado el lugar en que produjo tal recogida, la descripción del objeto y la identificación completa de la persona que lo recoge. además, es necesario que el vestigio, instrumento o efecto del delito se preserve adecuadamente en embalaje sellado y etiquetado, garantizando así su integridad y, finalmente, se dispone que cualquier persona que tenga contacto con dicho objeto deje constancia de cualquier actividad realizada sobre el mismo, así como de las modificaciones que el objeto haya sufrido como consecuencia de dicha actividad.

Por lo tanto, la cadena de custodia exige que, desde el momento en que se recoge el objeto, hasta el momento que dicho objeto llega a la audiencia de juicio, queden escrupulosamente registradas todas las actividades de investigación o de otro tipo de

⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Tercer Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 456.

⁵ Vid. Ecuador Fiscalía General del Estado, *Resolución n.o 073-FGE-2014*, Registro Oficial 318, Suplemento, 25 de agosto de 2014. Manual de Cadena de Custodia.

que haya sido objeto, así como de todas las personas bajo cuyo poder haya estado el vestigio, efecto o instrumento.

Con todo, no está claro cuál ha de ser el efecto de la contravención de la cadena de custodia. Así, si, por un lado, la jurisprudencia anterior al COIP entendía que la Corte Nacional de Justicia no podía conocer en casación acerca de la vulneración de la cadena de custodia⁶, tal conclusión ha de ser necesariamente diferente hoy en día, a la vista de la redacción del COIP. En efecto, el recurso de casación penal procede contra aquellas sentencias en que se denuncie una vulneración de la ley, “ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente” (art. 656 COIP). Por ello, no cabe más que afirmar que es admisible a trámite el recurso siempre que se fundamente en una vulneración de la cadena de custodia, por cuanto su preservación es un deber instituido en el propio COIP. En caso de que se estime el recurso, no cabe más que anular la sentencia de instancia, por cuanto que no se puede permitir en ningún caso que se exhiba como prueba en el juicio un objeto cuya cadena de custodia no ha sido respetada, así se desprende del art. 76.4 CRE, según el cual, “las pruebas obtenidas con violación [...] de la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

En cuanto a la práctica de la exhibición de objetos, la regulación del COIP es bastante breve y simplemente hace referencia a que las partes son las encargadas de tal exhibición. Se entiende que a la exhibición se puede acompañar tanto de prueba testifical como pericial, permitiendo en todo caso la contradicción de la prueba por la contraparte, que podrá desvirtuar las apreciaciones de su contraria a partir de sus propias observaciones o, también, con el auxilio de prueba testifical o pericial.

III. Exhibición de vídeos, grabaciones u otros medios análogos

En cuanto a los medios de prueba consistentes en grabaciones de audio, imagen y video, se puede realizar una primera diferenciación entre aquellos cuya interceptación requiere de la autorización judicial previa para, una vez se aporten en juicio puedan tener eficacia, de aquellos otros que no la necesitan. La norma general (arts. 470 y 476.4 COIP) es que se necesita siempre dicha autorización judicial, lo cual es lógico, si se tiene en cuenta que la grabación de conversaciones ajenas o de acciones llevadas a cabo en espacios íntimos como el domicilio puede suponer una vulneración de varios derechos de libertad, como el derecho a la inviolabilidad y secreto de la correspondencia (art. 66.21) o el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 66.22 CRE)⁷. De no concurrir tal autorización judicial previa, se estaría ante un medio de

⁶ Vid. Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Resolución 1027-2014, antecedente 5.2.3. Con todo, la conclusión a la que llegó la CNJ en otra sentencia –la Resolución 1549-2012–, que ventilaba un recurso de revisión, fue la contraria. En este caso se anuló la sentencia de instancia, al entender que, al no cumplir con los deberes derivados de la cadena de custodia en relación con la droga incautada, no cabía más que inadmitir la prueba, declarando inocente al recurrente.

⁷ También, en cierta medida se podrían ver afectados el derecho a la protección de datos (art. 66.19

prueba obtenido en vulneración de derechos constitucionales, lo cual, *ex art. 76.4 CRE*, conllevaría su invalidez y falta de eficacia probatoria.

Con todo, el propio COIP recoge varias excepciones a esta regla general. Así, el art. 471 COIP expresa que

[n]o requieren autorización judicial las grabaciones de audio, imágenes de video o fotografía relacionadas a un hecho constitutivo de infracción, registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución, por los medios de comunicación social, por cámaras de vigilancia o seguridad, por cualquier medio tecnológico, por particulares en lugares públicos y de libre circulación o en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o video obtenidas por uno de los intervinientes.

A estas excepciones de las grabaciones espontáneas o divulgadas por uno de los intervinientes habría que añadir aquellas que son realizadas durante sus análisis periciales por los agentes del sistema especializado integral de investigaciones, medicina legal y ciencias forenses (art. 449 COIP).

En cuanto a la forma de practicar la exhibición, el Código es claro, al establecer que se hará mediante su reproducción, lo que excluye que su contenido se aporte mediante transcripciones, por ejemplo, en el caso de que las grabaciones lo sean de llamadas de voz. Y es, precisamente, esta reproducción y no las transcripciones lo que debe valorar el juzgador a la hora de establecer los hechos probados.

IV. Medios de prueba informáticos

La tecnología informática es una fuente de prueba realmente fructífera, que abarcaría instrumentos como los mensajes SMS, MMS, mensajes en aplicaciones como *WhatsApp*, *Telegram* o *Facebook Messenger*, correos electrónicos, documentos en formato pdf, entre otros. Ahora bien, se ha de tener en cuenta que las formas en que se puede introducir la información proveniente de dicha fuente son variadas. En otras palabras, los medios de prueba informáticos son variados y así pueden consistir, por ejemplo, en aportar simplemente un soporte digital que contenga un mensaje o en aportar un análisis experto acerca del contenido de un mensaje encriptado o que identifique el lugar desde el que se produce una determinada comunicación o los interlocutores que participan en ella. En el primer caso, se estaría ante un medio de prueba asimilable a la prueba documental, mientras que en el segundo caso se estaría ante una prueba pericial. El artículo 616 del COIP hace referencia tan solo a la primera de las modalidades, es decir, a la que es asimilable a la prueba documental.

CRE) y el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 66.20 CRE), si bien la CRE no prevé que tales derechos se puedan limitar mediando autorización judicial.

Surge en estos casos la pregunta acerca de cuál sea la forma más idónea de aportar este tipo de documentos. Se trata esta de una cuestión que, dentro del ámbito del proceso penal⁸, aún no ha sido abordada por la Corte Nacional de Justicia (CNJ), aunque sí por otros tribunales extranjeros. Sirva de ejemplo la doctrina del Tribunal Supremo español, que mantiene unas exigencias bajas en cuanto a las formas en que deben ser aportados estos documentos, admitiendo, por ejemplo, que se puedan incorporar al proceso conversaciones en redes sociales mediante pantallazo⁹, lo que ha sido criticado por la doctrina, que ha propuesto soluciones que pasarían por entregar copia en papel de los mensajes, depositando judicialmente a la vez el dispositivo desde el cual se recibieron esos mensajes¹⁰ o, incluso, la exigencia de aportar un informe pericial en que se acredite quiénes intervienen en la comunicación, el origen de la misma y la integridad de su contenido¹¹. Se trata esta de una solución a la que se adhieren también autores latinoamericanos¹².

⁸ Fuera del proceso penal, la Ley del Comercio Electrónico (LCE) de Ecuador de 2002 regula con exhaustividad la prueba electrónica en los arts. 52 a 56. El sistema que establece la LCE exige que se aporte el soporte informático y la transcripción en papel y que, en caso de impugnación por una de las partes, el juez, a petición de parte, ordene «a la entidad de certificación de información correspondiente, remitir a ese despacho los certificados de firma electrónica y documentos en los que se basó la solicitud del firmante, debidamente certificados».

⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 300/2015, de 19/V/2015.

¹⁰ Raquel Bórges Blázquez, “La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.o. 25 (2018): 543.

¹¹ Federico Bueno de Mata, “Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 19 de mayo de 2015 [ROJ: STS 2047/2015]”, *Ars Iuris Salmanticensis* 3, N.º 2 (2015): 322-324.

¹² Ángel Francisco Galvis Lugo y Mónica Bustamante Rúa, “La no equivalencia funcional entre la prueba electrónica y la prueba documental: Una lectura desde la regulación procesal colombiana”, *Revista Ius et Praxis*, Año 25, N.º 2 (2019): 189 – 222.

VI. PRUEBA NO SOLICITADA OPORTUNAMENTE

Art. 617. – Prueba no solicitada oportunamente.- *A petición de las partes, la o el presidente del tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que no se han ofrecido oportunamente, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:*

- 1. Que quien solicite, justifique no conocer su existencia sino hasta ese momento.*
- 2. Que la prueba solicitada sea relevante para el proceso.*

SUMARIO: *I. Análisis de los requisitos. II. Aspectos procedimentales.*

I. Análisis de los requisitos

El presente artículo trata de un mecanismo muy habitual en derecho comparado, que se puede encontrar en la legislación argentina¹, chilena² y española³. Aunque en estos tres casos se suele asociar con la posibilidad de presentar, en la expresión del Tribunal Supremo español, prueba sobre la prueba⁴. Sería, por ejemplo, el caso en que se admite prueba sobre la credibilidad de un testigo.

Sea como fuera, este precepto intenta conseguir un equilibrio entre dos intereses constitucionalmente reconocidos que, en determinados momentos, pueden llegar a ser opuestos. Así, por un lado, está la necesidad de realizar la justicia material a través del proceso, un principio consagrado en el artículo 169 de la Constitución de la República de Ecuador (CRE). Por otro lado, el derecho de defensa, reconocido en los arts. 76.7 y 77.7 CRE, que implica evitar que el acusado sea objeto de acusaciones sorpresivas. Así, el art. 617 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) entraría en juego en aquellos casos en que se deba practicar una prueba relevante relativa a algún extremo del caso, aun después de que haya precluido tal posibilidad –es decir, tras la celebración de la audiencia preparatoria del juicio (art. 604 COIP) –, sin que ello pueda servir para dar entrada en el proceso a nuevos hechos.

Como requisitos para la admisión de medios de prueba propuestos extemporáneamente, el COIP indica que deben concurrir dos: que la existencia del medio de prueba propuesto hubiese sido desconocida por la parte que la propone y que la prueba sea relevante. Con relación al primer requisito, ha de entenderse que es necesario justificar tal ignorancia por la parte que propone el medio de prueba. No basta con alegarla, sino que es preciso justificarla, de manera que se excluya la mala fe procesal. En otro caso, se estaría permitiendo que una parte pueda decidir aportar o no la prueba en función de la evolución del juicio, lo que la norma procesal ha querido

¹ Art. 267 del Código procesal penal de la nación.

² Art. 336 del Código procesal penal.

³ Art. 729.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

⁴ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de España (Sala 2ª) de 17/XII/2013.

excluir al instaurar la audiencia preparatoria como momento idóneo para la solicitud de prueba por las partes.

En cuanto al segundo requisito, el de que la prueba sea relevante, lo cierto es que ni el COIP ni la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia (CNJ) definen qué ha de entenderse por relevancia a estos efectos. Parece que lo más lógico es entender que la relevancia hace referencia a dos criterios: el de la pertinencia y el de la necesidad. Según Pérez-Cruz Martín, la pertinencia (vid. art. 454.5 COIP) hace referencia a la relación de una prueba con el objeto del proceso –por ejemplo, que el testigo interrogado haya presenciado el delito y pueda describir los hechos–, mientras que la necesidad hace referencia a que la evidencia sea precisa para probar algún aspecto esencial, de manera que tenga la virtualidad de influir en la decisión del juzgador –por ejemplo, que el testigo interrogado además de presenciar el delito, haya podido ver a la persona que lo perpetró y la pueda identificar⁵. Lo que se pretende con este requisito es evitar pruebas inútiles o impertinentes, es decir, que no estén relacionadas con el objeto del proceso o que no sean idóneas para alterar el resultado del proceso.

II. Aspectos procedimentales

En cuanto a la legitimación para proponer la prueba, el artículo establece con claridad que corresponde a las partes o al juzgador. Cuando la proposición provenga de una parte, se ha de permitir a su contraria oponerse, con base en el incumplimiento de los requisitos de desconocimiento de la existencia del medio de prueba o de la relevancia del mismo. Cuando la proposición provenga del juzgador, también se ha de permitir que la parte perjudicada por esa prueba pueda oponerse con base en los mismos fundamentos.

Aparte de esto, surge la duda de si se ha de suspender la audiencia de juicio en estos casos. Se debe entender que la audiencia solo debe suspenderse en dos casos concretos: bien cuando la práctica de la prueba no pueda practicarse inmediatamente en el acto del juicio, bien cuando implique la introducción de nuevos hechos. En este último caso, puede ser necesario reabrir la investigación procesal para permitir a la Fiscalía investigar en condiciones esos nuevos hechos. De no hacerse así, se podría estar añadiendo una acusación sorpresiva al procesado, lo que vulneraría su derecho de defensa.

En cualquier caso, es necesario que en estos casos se respeten escrupulosamente los principios de igualdad de armas y contradicción. El primer principio implica que ambas partes cuenten con idénticas oportunidades de proponer prueba y de contradecir la de la parte contraria. En concreto, esto implicaría que, en estos casos, puede ser

⁵ Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín, “La prueba. Concepto; objeto; medios de prueba. Proposición, admisión o denegación; prueba anticipada; proposición en el acto de juicio; prueba acordada *ex officio*. Las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. La prueba producida irregularmente”, en *Derecho procesal penal*, coord. por Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 494.

necesario que, ante la aparición de prueba nueva, se suspenda el procedimiento para permitir a la parte perjudicada por esa prueba nueva encontrar nuevas evidencias que la desvirtúen o, incluso, replantearse su estrategia procesal. De no respetar el juzgador estos principios, se podría entender que su imparcialidad quedaría en entredicho y, con ello, el debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- Arrom Loscos, Rosa. “La declaración del menor víctima en el proceso penal. En especial el menor víctima de delito sexual”. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 3 (2015).
- Barona Vilar, Silvia. “La Prueba II”. En Juan Montero Aroca, et al. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. 25ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Bórges Blázquez, Raquel. “La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea”. *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 25 (2018).
- Bueno de Mata, Federico. “Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 19 de mayo de 2015 [ROJ: STS 2047/2015]”. *Ars Iuris Salmanticensis* 3 n.º 2 (2015): 322-324.
- Carnelutti, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018.
- Corte IDH. “Sentencia de 30 de agosto de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*, 30 de agosto de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_380_esp.pdf
- _____. “Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso López Lone c. Honduras*. 5 de octubre de 2015.
- _____. “Sentencia de 2 de septiembre de 2019 (Excepción Preliminar y Fondo)”. *Caso Rico c. Argentina*. 2 de septiembre de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_383_esp.pdf.
- _____. “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. 24 de febrero de 2012. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.
- _____. “Sentencia de 25 de abril de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Amrhein y Otros vs. Costa Rica*. 25 de abril de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_354_esp.pdf.
- _____. “Sentencia de 05 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, 05 de agosto de 2008. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf
- _____. “Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Duque vs. Colombia*, 26 de febrero de 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_310_esp.pdf.
- _____. “Sentencia de 30 de agosto de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*. 30 de agosto de

2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_380_esp.pdf.
- _____. “Sentencia de 2 de septiembre de 2019 (Excepción Preliminar y Fondo)”. *Caso Rico c. Argentina*. 2 de septiembre de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_383_esp.pdf.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Tercer Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia 127-13-SEP-CC”. En caso n.o: 0033-12-EP. 19 de diciembre de 2013.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. “Sentencia”. En *Juicio n.o: 0304-2015*. 27 de enero de 2016.
- _____. “Sentencia”. En *Juicio n.o: 17721-2016-08744CC*. 3 de agosto de 2008.
- Ecuador Fiscalía General del Estado. *Resolución n.o 073-FGE-2014*. Registro Oficial 318, Suplemento, 25 de agosto de 2014. Manual de Cadena de Custodia.
- Engländer, Armin y Volk, Klaus. *Grundkurs StPO*. Munich: Verlag C.H. Beck, 2013.
- España Tribunal Constitucional. *Sentencia 119/2019*. Boletín Oficial del Estado 293, 6 de diciembre de 2019, ECLI:ES:TC:2019:119.
- Ferreiro Baamonde, Xulio. *La víctima en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 2005)
- Galvis Lugo, Ángel Francisco y Bustamante Rúa, Mónica. “La no equivalencia funcional entre la prueba electrónica y la prueba documental: Una lectura desde la regulación procesal colombiana”. *Revista Ius et Praxis*, Año 25, n.º 2 (2019): 189-222.
- Neira Pena, Ana María. “El juicio oral. Preparación. Comienzo del juicio oral: desarrollo y conclusión. la tesis del artículo 733 LECrim. La suspensión del juicio oral: causas y consecuencias”. En *Derecho procesal penal*, coord. por Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Pérez-Cruz Martín, Agustín-Jesús. “La prueba. Concepto. objeto. medios de prueba. Proposición, admisión o denegación. prueba anticipada. proposición en el acto de juicio. prueba acordada *ex officio*. Las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. La prueba producida irregularmente”. En *Derecho procesal penal*, coord. por Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

TEDH. “Sentencia de 1 octubre de 1982”. *Caso Piersack contra Bélgica*, 1 octubre 1982. <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/6caso-piersack-contra-belgica-derecho-a-un-proceso-independiente-e-imparcial.pdf>.

_____. “Sentencia de 28 febrero de 2003”. *Caso Lavents c. Letonia*. 28 febrero de 2003.

_____. “Sentencia de 16 septiembre de 1999”. *Caso Buscemi c. Italia*. 16 septiembre de 1999.

_____. “Sentencia de 6 de noviembre de 2018”. *Caso Otegi c. España*. 6 de noviembre de 2018.

Varona Jiménez, Alberto. “La prueba documental”. En *Derecho procesal penal*, coord. por Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

CAPÍTULO VIII

PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL

Santiago Velázquez, Ph.D.¹

*Decano Facultad de Derecho, Política y Desarrollo
Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Ecuador*

¹ Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca en grado de P.H.D. Magister en Arbitraje y Mediación por la Universidad de Guayaquil. Especialista en Derecho Constitucional: Sistemas Jurídicos de Protección a los Derechos Humanos por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, España. Especialista en Derecho Tributario por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil 2019 a febrero 2020. Miembro del Comité de Expertos para la evaluación integral de las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador 2019. Miembro del comité de expertos designado por el Consejo de la Judicatura para el concurso de selección de jueces de la Corte Nacional de Justicia 2020. Miembro del comité de catedráticos designado por el Consejo de la Judicatura para el concurso de selección de jueces de la Corte Nacional de Justicia 2020. Decano de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo desde 2020.

SUMARIO: I. Introducción. II. El Estado y la protección de derechos III. Órganos de resolución de conflictos. IV. El principio de mínima intervención penal. V. Conclusiones.

I. Introducción

El presente artículo tiene por objetivo determinar la congruencia o no del principio de mínima intervención penal con el carácter y fines del Estado ecuatoriano. Busca también identificar la existencia de otros principios que imperan el derecho penal, que permiten hacer realidad el principio en análisis. Para el efecto, se parte de la determinación del rol del Estado frente a la existencia de amenazas o vulneraciones a los derechos de las personas, la identificación de los mecanismos de respuesta frente a estas circunstancias.

Posteriormente, se caracteriza al derecho penal para abordar con suficiencia el contenido y alcance en sí del principio objeto del ensayo. Finalmente, se formulan algunas conclusiones que procuran mostrar los aspectos relevantes del principio de mínima intervención penal.

II. El Estado y la protección de derechos

En la sociedad se producen conductas o actos lesivos a los derechos de las personas. Aquello ha sucedido en toda época y lugar. El afrontamiento de tales situaciones es una de las constantes actividades del derecho, así lo expone Rafel Rojina Villegas quien señala que el Derecho, “[...] tiene por objeto regular la conducta humana en su interferencia intersubjetiva”².

Tales conductas lesivas generan conflictos de distinta índole, algunos más graves que otros ya sea por el derecho vulnerado o por el número de personas afectadas. El Estado tiene la obligación de atender y procurar una solución a tales conflictos.

El Estado ecuatoriano, de acuerdo con la Constitución de la República (CRE) es un “Estado constitucional de derechos y justicia”³, por lo que la garantía de los derechos consagrados en la Constitución constituye una prioridad. De esta manera, lo expone la misma CRE al establecer que tal garantía de los derechos constitucionales consiste en un deber primordial del Estado.⁴ Incluso, la Constitución señala que, “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”⁵

² Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil I Introducción, Personas y Familia* (México D.F.: Editorial Porrúa, 1979), 7.

³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1.

⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 3 numeral 1.

⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11 numeral 9.

En palabras de Josep Aguiló, las constituciones de los Estados constitucionales tienen ciertas características dentro de las cuales destaca que: “[d]icha Constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos [...]”⁶. Así, reconoce al Estado garantista como uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo. De igual modo Vila Casado sobre el constitucionalismo, destaca “[...] la limitación del poder y la existencia de garantías dentro de la comunidad política”⁷.

El carácter garantista del Estado le genera la obligación de implementar medidas u opciones para evitar las vulneraciones de derechos, restablecer los derechos cuando han sido vulnerados, así como reparar el daño una vez que este se ha generado. Por lo anterior, el Estado ha establecido varias garantías, es decir, herramientas que buscan proteger los derechos reconocidos. Estas garantías de los derechos pueden ser normativas, constitucionales, jurisdiccionales o garantías de política pública.

De acuerdo con la Corte Constitucional, las garantías constitucionales consisten en mecanismos que la Constitución proporciona para prevenir la vulneración de los derechos, repararlos en caso de vulneración, exigir el cumplimiento de los mismos, proteger en caso de omisiones, tener asistencia para su defensa por parte de una autoridad competente⁸. Por otro lado, el máximo órgano constitucional señala que las garantías normativas son mecanismos que tienen como fin garantizar que toda norma inferior respete lo ordenado por la Constitución, el respeto y garantía de los derechos constitucionales, que no se altere la Constitución.

La doctrina señala que,

Las garantías normativas están conformadas por los principios y reglas constitucionales que actúan como eficaces instrumentos para lograr que los derechos operen como tales; que no se les opongan mayores restricciones que las admitidas en el ordenamiento jurídico; que aseguren el adecuado resarcimiento cuando se han producido daños como consecuencia de la violación de los derechos por parte de poderes públicos y de sus agentes, así como la consecuente sanción para los transgresores.⁹

La Corte Constitucional se pronuncia respecto a las garantías de políticas públicas y servicios públicos en los siguientes términos: “este tipo de garantías regulan, según disposiciones constitucionales la ejecución, formulación, evaluación

⁶ Josep Aguiló Regla, *La Constitución del Estado Constitucional* (Lima-Bogotá: Palestra / Temis, 2004), 51.

⁷ Iván Vila Casado, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* (Bogotá: Legis Editores, 2007), 139.

⁸ Corte Constitucional del Ecuador, *Garantías Constitucionales: Programa de divulgación constitucional con la ciudadanía* (Quito: Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional, 2011), 13, http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/Cartilla_2_Derechos_y_ciudadania/Cartilla_2_Derechos_y_ciudadania.pdf.

⁹ Vila, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, 490.

y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos establecidos en la Constitución¹⁰.

A su vez, las garantías jurisdiccionales corresponden a instrumentos que buscan el cumplimiento de la Constitución, para lo cual se tramitan y se deciden acciones de garantía.¹¹ Al respecto, la doctrina indica que:

La protección de los derechos obliga, cuando ellos están amenazados o son vulnerados, a acudir ante los jueces para que se ponga en funcionamiento el aparato del Estado con el fin de que se tutelen los derechos y se logre el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.¹²

III. Órganos de resolución de conflictos

El Estado se ha encargado de establecer una estructura con la finalidad de atender los requerimientos de la sociedad en este sentido, la misma que se denomina Función Judicial. Como señala García-Pelayo, “[a] lo largo de toda su historia se ha considerado como uno de los supuestos del Estado de Derecho la distinción clásica entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.”¹³ Es precisamente, de tal división de donde surge el poder judicial, que se encarga de administrar justicia y velar por el cumplimiento de los derechos de los ciudadanos. Es relevante exponer que, “[e]l constitucionalismo que se gestó como consecuencia de los abusos del poder monárquico establece como principio fundamental la separación de poderes.”¹⁴

Respecto al poder judicial, comenta Chaires Zaragoza que “la idea de la independencia del juez va indisolublemente unida a la concepción del Estado constitucional.”¹⁵ Es decir, se manifiesta que, en un Estado constitucional de derechos, como es el caso ecuatoriano, la Función Judicial se caracteriza por este principio de independencia que tiene respecto de los demás poderes del Estado. Lo anterior, sin perjuicio del reconocimiento de los Métodos Alternos de Solución de Controversias (MASC), así como la aplicación de la denominada justicia indígena cuando sea pertinente.

Respecto a los MASC, la propia Constitución establece el reconocimiento de

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, *Garantías Constitucionales: Programa de divulgación constitucional con la ciudadanía*, 15.

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, *Garantías Constitucionales: Programa de divulgación constitucional con la ciudadanía*, 17.

¹² Vila, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, 497.

¹³ Manuel García-Pelayo, “Estado legal y Estado constitucional”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º. 82 (1991): 38

¹⁴ Juan Esteban Ponce Villacís, *El Neoconstitucionalismo en el Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 54.

¹⁵ Jorge Chaires Zaragoza, “La independencia del Poder Judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVII, n.º. 110 (2004): 525

diversos medios para resolver los conflictos¹⁶. De acuerdo con Cornelio Landero, estos mecanismos alternos para solucionar controversias corresponden a prácticas y técnicas que se dirigen tres cuestiones:

- a) Posibilitar la solución de los conflictos al margen de los tribunales en beneficio de todas las partes implicadas; b) reducir el costo y la dilación con relación al proceso judicial; y c) prevenir los conflictos jurídicos que estarían probablemente destinados a ser llevados ante los tribunales, coadyuvando en la búsqueda de tutela judicial efectiva (justicia).¹⁷

Como lo mencionan varios autores, alcanzar la paz es una necesidad para el hombre, y, “[...] no podemos visualizar un movimiento de paz sin la participación activa de la sociedad”¹⁸ y es precisamente este uno de los componentes más relevantes dentro de los MASC. Es relevante mencionar que el uso de estas técnicas “[...] le permiten a la sociedad participar directamente en la solución de sus controversias, evitando con ello la escala social de los conflictos, inhibiendo acciones violentas y previniendo consecuencias costosas para las partes en lo particular o en lo colectivo.”¹⁹

Por otro lado, la justicia indígena es reconocida por la Constitución, la misma que establece que, “[l]as autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres.”²⁰ Incluso la Carta Magna se compromete a garantizar el respeto de las decisiones de la justicia indígena.²¹

Las transgresiones o ataques a los derechos no se encuadran, en todos los casos, en el mismo nivel de gravedad. Hay que considerar cuál es el bien jurídico tutelado. Por tal motivo, dentro de la administración de justicia se ha realizado una estructuración del aparato judicial, partiendo de las diversas ramas del derecho. Así, se puede encontrar juzgados con competencias en distintas materias, por ejemplo, civiles, laborales, de familia niñez y adolescencia, de tránsito, entre otros. Desde luego, la materia penal es una de estas áreas especializadas.

Por otra parte, cabe manifestar que la intervención del Estado para proteger y reparar las consecuencias de los conflictos se da a través de lo que se conoce como debido proceso, esto es, el conjunto de reglas mínimas que debe garantizarse a las partes en un proceso. Acorde a la naturaleza del asunto habrá reglas específicas.

¹⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 190.

¹⁷ Eglá Cornelio Landero, “Los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias como Derecho Humano”, *Revista Castellano Manchega de Sociología*, n.º. 17 (2014): 86

¹⁸ Francisco J. Gorjón G. y Rafael Sánchez V., *Métodos Alternos de Solución de Conflictos Herramientas de paz y modernización de la justicia* (Madrid: Dykinson, 2011), 29

¹⁹ Gorjón y Sánchez, *Métodos Alternos de Solución de Conflictos Herramientas de paz y modernización de la justicia*, 30

²⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 171 inciso 1.

²¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 171 inciso 2.

“Los términos proceso debido o proceso justo son, en la actualidad, por tanto, el primer referente, la esencia de todos los planteamientos modernos sobre la estructura del proceso [...]”²². Como bien afirma la doctrina, “el derecho al proceso justo constituye principio fundamental para la organización del proceso en el Estado Constitucional.”²³ Mencionan asimismo que este es un principio que constituye una “condición necesaria e indispensable para obtener decisiones justas”²⁴ Es indiscutible aseverar que el debido proceso es una garantía que busca cumplir con el principal fin del derecho.

IV. El principio de mínima intervención penal

Tradicionalmente, el derecho penal se ha ocupado de aquellas conductas que resultan más lesivas o severas. Es por eso que lleva implícito desde su propia denominación la amenaza de imponer una sanción. Tal como lo explica la doctrina, se plantea la distinción entre derecho penal subjetivo y objetivo. Por un lado, el ámbito objetivo del derecho penal consiste en “[...] el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el [E]stado, que determinan los delitos y las penas.”²⁵ Mientras que respecto al derecho penal en su sentido subjetivo se comprende que es “[...] el derecho de castigar (*jus puidendi*), es el derecho del estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas.”²⁶

Al respecto, también cabe indicar que la doctrina se refiere a ello señalando: “[e]l derecho penal verdadero y propio regula hechos que afectan directa e íntimamente a la comunidad, hechos que lesionan gravemente intereses colectivos e individuales y que, en su mayoría poseen un marcado tono de inmoralidad [...]”²⁷. Es precisamente a través de las sanciones que se busca evitar el cometimiento de tales acciones lesivas. Rojina Villegas establece que “[l]a sanción en términos generales, es un daño o mal que sobreviene por el incumplimiento de una norma, y desde este punto de vista, absolutamente todos los sistemas normativos tienen sanciones.”²⁸

Por otra parte, Mir Puig se refiere sobre la finalidad de la pena para evitar el cometimiento de los delitos, el autor expone:

[...] en cuanto se reconoce que la pena solo tiene sentido en cuanto puede producir determinados efectos posteriores en la conducta o en la conciencia de los ciudadanos, se está admitiendo que lo que da sentido a la pena es su posible

²² Pablo Saavedra Gallo, *Sistema de Garantías Procesales* (Madrid: Dijusa, 2008), 371.

²³ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhat y Daniel Mitidiero, *Los Principios Procesales de la Justicia civil en Iberoamérica* (Lima: Palestra, 2018), 82.

²⁴ Marinoni, Cruz y Mitidiero, *Los Principios Procesales de la Justicia civil en Iberoamérica*, 82.

²⁵ Enrique Cuello Calon, *Derecho Penal conforme al Código Penal, texto refundido de 1944* (México D.F.: Editora Nacional, 1951), 7.

²⁶ Cuello, *Derecho Penal conforme al Código Penal, texto refundido de 1944*, 7

²⁷ Cuello, *Derecho Penal conforme al Código Penal, texto refundido de 1944*, 11

²⁸ Rojina, *Compendio de Derecho Civil I Introducción, Personas y Familia*, 16, 17

incidencia futura en dichos ciudadanos.²⁹

Existen diversas clases de sanciones, incluso la privación de la libertad a una persona. El Código Orgánico Integral Penal identifica en su capítulo segundo esta clasificación, la misma que consiste en penas: privativas, no privativas de libertad, restrictivas de los derechos de propiedad³⁰. Tomando esto en consideración se comprende que hay varias consecuencias jurídicas en el ámbito penal que pueden darse ante una sentencia en firme la cual indique el procesado es hallado culpable. Es relevante tener en consideración que la aplicación de una pena u otra dependerá de la gravedad de la infracción que se haya investigado. Claro está que la pena privativa de libertad se considera la sanción más fuerte, pues lo que se está limitando es el derecho más preciado para la persona, su libertad. Cabe señalar que incluso la misma norma establece un límite para esta sanción, siendo posible que se condene hasta cuarenta años de pena privativa de libertad.³¹

El principio de mínima intervención penal se fundamenta en la idea de que ante circunstancias que puedan ser resueltas por otros medios no penales, se preferirá usar estos y no los penales. Se deja la intervención penal como última instancia, de “última ratio”. Se busca que el Estado reserve la aplicación de esta rama, como lo indica la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), para los casos de las conductas más graves.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela* indicó:

El uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón de la naturaleza del derecho penal como ultima ratio. Es decir, en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se puede ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.³²

Por lo que se entiende que al considerar que tal controversia no puede ser solucionada adecuadamente por otra vía, es entonces cuando se interviene de forma penal.

Con el fin de garantizar que en el derecho penal se cumpla con esto, hay varios principios que constituyen parte de su naturaleza principal, como el principio de tipicidad, el *in dubio pro reo*, entre otros. El principio de tipicidad está consagrado en

²⁹ Santiago Mir Puig, “La perspectiva ex ante en Derecho Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 36, n.º 1 (1983): 8.

³⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 58.

³¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 59.

³² Corte IDH, “Sentencia de 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, 20 de noviembre de 2009, párr. 73, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf.

el artículo 76 de la Constitución numeral 3 en los siguientes términos:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley [...]³³

El artículo 25 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) señala que “[l]os tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”³⁴.

El principio de legalidad en materia penal, en palabras de Lamarca Pérez, es el “hijo de la Ilustración”, y “[...] surge en los orígenes ideológicos del derecho penal moderno como la primera consecuencia del fundamento contractual del *ius puniendi*, pero también, y al mismo tiempo, como el primero de sus límites.”³⁵

Asimismo, se reconoce que el principio de *in dubio pro reo* deriva directamente del principio de inocencia.³⁶ Al respecto, refiere la doctrina que “[e]l principio asegura que el [E]stado de duda implique siempre una decisión de no punibilidad”³⁷. La Constitución contempla este principio en el artículo 76 numeral segundo.³⁸

La aplicación de los principios citados busca garantizar la aplicación correcta del derecho penal según su naturaleza. Es importante recalcar que el Código Orgánico Integral Penal mantiene dentro de sus fundamentos este principio, lo recoge en su tercer artículo y señala que la intervención penal deberá darse cuando sea una situación “estrictamente necesaria para la protección de las personas”³⁹.

En reconocimiento al principio de mínima intervención penal la Constitución ecuatoriana al referirse a la función de la Fiscalía⁴⁰, expresa que únicamente serán los actos graves los que se sometan a investigación y posible sanción por parte del Estado. Los principios mencionados configuran el marco para que la materia penal quede circunscrita únicamente a aquellos casos en los que resulta absolutamente necesaria la intervención estatal. De esta forma, se evita que el proceso penal se amplíe indiscriminadamente o al libre criterio de los operadores de justicia o autoridades administrativas. Es pertinente recordar que la intervención del Estado es para proteger a las personas.

Del principio de mínima intervención penal se deriva la subsidiariedad, fragmentariedad y la idea de última ratio para la materia penal. Su origen se remonta hasta Aristóteles y Tomás de Aquino.⁴¹ El mismo supone que el derecho penal no es la

³³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76 numeral 3

³⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 25.

³⁵ Carmen Lamarca Pérez, “Principio de legalidad penal”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, n°. 1 (2012): 157.

³⁶ Maximiliano A. Rusconi, “Principio de inocencia e ‘in dubio pro reo’”, *Jueces para la democracia*, n°. 33 (1998): 44.

³⁷ Rusconi, “Principio de inocencia e ‘in dubio pro reo’”, 44.

³⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. numeral 2.

³⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 3

⁴⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 195.

⁴¹ Angel Boixareu Carrera, “El principio de subsidiariedad”, *Revista de Instituciones Europeas* 21,

primera opción, sino que será subsidiario para los casos en los que no hay otra manera de resolver el conflicto. Aquello mantiene una estrecha relación con la idea de ‘última ratio’ la cual establece que el derecho penal deberá ser la última opción o instancia, es decir, ante las situaciones de controversia siempre se buscará resolver por cualquier otra vía admitida según el ordenamiento jurídico.

Al respecto, es relevante indicar que la idea de última ratio la expone de igual modo Código Orgánico Integral Penal, el mismo que señala que se dará la intervención penal únicamente en los casos en los cuales no haya otros mecanismos extrapenales que puedan solucionar o enmendar tales lesiones, pues la intervención penal deberá ser el último recurso.⁴²

Asimismo, sobre el principio de fragmentariedad hay que considerar lo siguiente: la fragmentariedad se refiere a que no todas las conductas serán castigadas, es decir, solo fragmentos de todo el universo de conductas serán sancionadas. Es decir, es posible que existan conductas que lesionan un bien jurídico, no obstante, las mismas no tendrán una sanción por parte del derecho penal. Este principio corresponde a un límite que se le interpone al legislador, en razón de que no se puede sancionar todas y cada una de las conductas lesivas. Lo cierto es que carecería de sentido la posibilidad de imponer una sanción tan severa como una multa, o peor aún la privación de la libertad por conductas que, a pesar de lesionar un bien jurídico, no afectan de forma significativa.

Sobre esto, indica Galarza Ulloa “la transposición de la barrera de lo estrictamente necesario configura autoritarismo y lesión a los principios democráticos del Estado.”⁴³ Hay que tener en consideración que esto puede afirmarse en el sentido de que el derecho penal no es la única manera posible mediante la cual se puede sancionar o castigar una conducta. Como se señalará más adelante, la vía administrativa es un medio que puede utilizarse en lugar de adecuar ciertas conductas dentro de las penalmente relevantes y por lo tanto sancionadas por el derecho penal.

Actualmente, la sociedad afronta el apareamiento de nuevas conductas. Esto producto de la evolución, internacionalización y desarrollo de las tecnologías, que trae como consecuencia la globalización y revolución informática. Ante nuevas circunstancias surgen nuevas conductas al margen de tales avances, existiendo la natural inquietud de determinar si ellas deben ser consideradas o incluirse dentro del campo de la ciencia del derecho penal, o si aquellas conductas podrían ser abordadas o litigadas a través de otras figuras del derecho, esto es, mediante otras ramas del mismo.

El derecho penal es de última ratio, por lo que la solución de los conflictos sociales deberá ser asumida por este cuando la misma situación no pueda ser filtrada

n°. 3 (1994): 774.

⁴² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 3.

⁴³ José J. Galarza Ulloa, “El principio de mínima intervención en el Derecho Penal moderno con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador.” (tesis de maestría, Universidad Tecnológica Indoamérica, 2016-2017), 4.

por otra rama del ordenamiento jurídico.⁴⁴ Bustos y Hornazábal exponen que la norma penal tendrá una aplicación excepcional. Así, afirman que la aplicación de la misma deberá ser “un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social”⁴⁵.

La discusión se centra en si se debe ensanchar el campo del derecho penal o estas conductas pueden ser controladas o tratadas bajo normas de derecho administrativo u otra clase de normas. De hecho, ha habido un crecimiento importante de lo que se denomina el derecho administrativo sancionador. Sobre el derecho administrativo sancionador, la doctrina indica que “[e]n ejercicio de dicha potestad, la Administración puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones del ordenamiento jurídico previamente tipificadas como infracción administrativa por una norma.”⁴⁶

Se debe tener claro que esto es una cuestión que interesa en la actualidad, como bien expone Cordero Quinzacara,

[...] no es de extrañar que algunos autores sostengan que la distinción entre la pena penal, la administrativa y la disciplinaria ha llegado a constituir un problema cuyas consecuencias prácticas son graves y cuya solución teórica, entre tanto, dista de ser unánime y satisfactoria, no advirtiéndose con claridad una línea divisoria que separe a estas dos potestades.⁴⁷

Claramente hay casos en los que amerita la creación de nuevos tipos penales. No obstante, para evitar un crecimiento desmesurado e irracional del derecho penal se deben cumplir efectivamente los diversos principios que inspiran esta rama del derecho, los mismos que constituyen a la vez un límite de la misma. Es precisamente aquel límite el que permite, por un lado, garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y, por otro lado, establecer una barrera a la arbitrariedad y la imposición del Estado.

Es importante resaltar que la aplicación del máximo poder punitivo por parte del Estado no siempre satisface de la mejor manera posible a la víctima. Pero claro está que hay ciertos delitos en los que no es posible la aplicación de otras medidas. Tal es el caso de los delitos contra los niños, violencia intrafamiliar, contra la vida, en los que una reparación material no es suficiente.

Dentro del análisis del principio de mínima intervención penal, Baratta establece dos categorías de los principios derivados de la mínima intervención penal. Los principios intrasistemáticos, que señalan lo que se requiere para incorporar un

⁴⁴ Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarré, *Lecciones de Derecho Penal Volumen I* (Madrid: ed. Trotta, 1997), 65-66.

⁴⁵ Bustos y Hormazábal, *Lecciones de Derecho Penal Volumen I*, 65-66

⁴⁶ Tomas Cano Campos, “Derecho Administrativo Sancionador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, n.º. 43 (1995): 339.

⁴⁷ Eduardo Cordero Quinzacara, “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal”, *Revista de Derecho XXV*, n.º. 2, (2012):132.

nuevo delito y que el mismo se mantenga en la norma penal.⁴⁸ Dentro de esta primera categoría se encuentran los principios de limitación formal en los que se reconoce la legalidad, irretroactividad, taxatividad, entre otros. A su vez, están los principios de limitación funcional, los mismos que contienen la proporcionalidad, idoneidad, subsidiariedad, entre otros. Por último, se encuentran los principios de limitación de la responsabilidad.⁴⁹

Por otro lado, los principios extrasistemáticos consisten en los principios de descriminalización y de los problemas sociales. Al respecto, hay que resaltar que en esta categoría de principios se encuentran los criterios para descriminalizar conductas y la construcción de los problemas sociales⁵⁰.

El principio de mínima intervención penal sostiene que el Estado no debe interferir y buscar sancionar todas las acciones lesivas. Sobre ello, la doctrina establece que:

El Derecho Penal no puede nunca emplearse en defender intereses minoritarios y no necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho, siendo inadecuado recurrir a sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales.⁵¹

Lo relevante a señalar es que este principio busca que no se implemente sanciones penales para cualquier tipo de lesión.

Un punto interesante en la intervención de Estado haciendo valer su *ius puniendi* ante ciertas conductas es la recepción que, para ciertos casos, el Código Orgánico Integral Penal ha hecho de métodos autocompositivos de conflictos cuando reconoce a los mecanismos alternativos de solución de conflictos en los artículos 662 al 665.

A continuación, se hace alusión a algunos pronunciamientos que sobre este principio han dado las altas cortes del Ecuador. Por un lado, la Corte Constitucional del Ecuador en el periodo de transición en la sentencia No. 034-10-SEP-CC en el caso No. 0225-09-EP expresó respecto al principio en análisis que este tiene su base en dos postulados principales:

- a) Que el derecho penal solo debe obrar en aquellos casos en que el ataque a las condiciones mínimas de sobrevivencia de la sociedad sea de tal magnitud que resulte francamente insoportable; o lo que es lo mismo no es suficiente cualquier daño o riesgo para la sociedad, sino que debe ser de gran magnitud;
- y, b) que realmente no existan otras alternativas de respuesta o de reacción

⁴⁸ Alessandro Baratta, "Principios de Derecho Penal mínimo", en *Criminología y sistema penal* (Argentina: Editorial B de F, 2004), 299, <https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/baratta-alessandro-principios-de-derecho-penal-minimo.pdf>.

⁴⁹ Baratta, "Principios de Derecho Penal mínimo", 304-323.

⁵⁰ Baratta, "Principios de Derecho Penal mínimo", 324-330.

⁵¹ Gonzalo Quintero Olivares, *Introducción al Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: editorial Barcanova, 1981), 48.

por parte del Estado.⁵²

Asimismo, la Corte Constitucional en su Sentencia N°. 5-18-CN/19 señaló lo siguiente:

La intervención del Estado por medio de su poder punitivo no es la única medida que puede ser utilizada para la protección de derechos constitucionales; y, sobre todo, debe ser una medida excepcional, escogida solamente si se demuestra su estricta necesidad respecto de otras medidas que logren el objetivo constitucional propuesto.⁵³

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció a través del caso *Kimel vs. Argentina* respecto a este principio:

El principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana⁵⁴.

V. Conclusiones

El principio de mínima intervención penal es consistente con el carácter garantista de la Constitución del Ecuador. El Estado tiene como principal deber la garantía de los derechos de los individuos. Por tal motivo y en busca de que, efectivamente, se respeten tales derechos, cuando hay una vulneración a los mismos, se requiere de una intervención para corregir tales actos.

Lo esencial es determinar la pertinencia o no de la intervención del Estado y la forma de hacerlo cuando existe una amenaza o vulneración a un derecho. Únicamente en los casos en donde existan lesiones graves a los bienes jurídicos de las personas, y no haya otras vías alternativas para enmendar, se debe recurrir a la intervención penal. Como se ha mencionado con anterioridad, las sanciones penales deberán ser proporcionales a la infracción. Para los casos en los que hay una vulneración muy

⁵² Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia n°. 034-10-SEP-CC”, en *Caso n.o: 0225-09-EP*, 24 de agosto de 2010.

⁵³ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia n°. 5-18-CN/19”, en *Causa n.o: 0005-18-CN*, 9 de abril de 2016.

⁵⁴ Corte IDH, “Sentencia de 2 de mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Kimel vs. Argentina*, 2 de mayo de 2008, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

grave a los derechos, entonces más severa será la pena en aplicación al principio de proporcionalidad. Luego de revisar las principales características y el significado del principio estudiado, se determina que el mismo es coherente con otros principios que inspiran al derecho penal, que se han señalado en este artículo.

Hay que considerar otras vías que pueden aplicarse para evitar la intervención del derecho penal. Una de ellas es el derecho administrativo sancionador, que debe aplicarse en su justa medida y oportunidad, con el fin de que el derecho penal sea realmente de última ratio y que, únicamente, en los casos que sea estrictamente necesario se dé su aplicación.

Existen nuevas conductas relevantes en la actualidad, que provocan lesiones a los derechos de las personas. Hay que determinar cuáles de ellas merecen tener un tratamiento en la vía penal y, consecuentemente, una sanción de esta índole. Claramente no serán todas las nuevas conductas, sino únicamente las que provoquen una grave lesión a los derechos de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló Regla, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá : Palestra / Temis , 2004.
- Baratta, Alessandro. “Principios de Derecho Penal mínimo”. En *Criminología y sistema penal*. Argentina: Editorial B de F, 2004. <https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/baratta-alessandro-principios-de-derecho-penal-minimo.pdf>.
- Boixareu Carrera, Ángel. “El principio de subsidiariedad”. *Revista de Instituciones Europeas* 21, n°. 3 (1994).
- Bustos Ramírez, Juan Hernán Hornazabal Malarré . *Lecciones de Derecho Penal Volumen I* . Madrid: Trotta, 1997.
- Cano Campos, Tomas. “Derecho Administrativo Sancionador”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, n°. 43 (1995).
- Chaires Zaragoza, Jorge. “La independencia del Poder Judicial”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVII, n°. 110 (2004).
- Cordero Quinzacara, Eduardo. “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal”. *Revista de Derecho XXV*, n°. 2, (2012).
- Cornelio Landeo, Eglá. “Los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias como Derecho Humano”. *Revista Castellano Manchega de Sociología*, n°. 17 (2014).
- Corte Constitucional del Ecuador. *Garantías constitucionales: Programa de divulgación constitucional con la ciudadanía*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2011. http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Cartilla_2_Derechos_y_ciudadania/Cartilla_2_Derechos_y_ciudadania.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 2 de mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Kimel vs. Argentina*. 2 de mayo de 2008. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Usón Ramírez vs Venezuela*. 20 de noviembre de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf.
- Cuello Calon, Enrique. *Derecho Penal conforme al Código Penal, texto refundido ded 1944* . México D.F.: Editora Nacional, 1951.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia n°. 034-10-SEP-CC”. En Caso n.o: 0225-09-EP. 24 de agosto de 2010.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia n°. 5-18-CN/19”. En Causa n.o: 0005-18-CN. 9 de abril de 2016.
- Galarza Ulloa, José J. “El principio de mínima intervención en el Derecho Penal moderno con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador”. Tesis de maestría, Universidad Tecnológica Indoamérica, 2016-2017.
- García-Pelayo, Manuel. “Estado legal y Estado constitucional”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n°. 82 (1991).
- Gorjón Gómez, Francisco Javier, y Sánchez Vázquez, Rafael. *Métodos Alternos de Solución de Conflictos Herramientas de paz y modernización de la justicia*. Madrid: Dykinson , 2011.
- Guilherme Marioni, Luiz, Cruz Aenhat, Sérgio y Mitidiero, Daniel. *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica* . Lima: Palestra, 2018.
- Lamarca Pérez, Carmen. “Principio de legalidad penal”. *Revista en Cultura de la Legalidad*, n°. 1 (2012).
- Mir Puig, Santiago. “La perspectiva ex ante en Derecho Penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 36, n.º 1 (1983).
- Ponce Villacís, Juan Esteban. *El Neoconstitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Quintero Olivares , Gonzalo . *Introducción al Derecho Penal. Parte General* . Barcelona : Barcanova, 1981.
- Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I Introducción, Personas y Familia*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1979.
- Rusconi, Maximiliano A. “Principio de inocencia e ‘in dubio pro reo’”, *Jueces para la democracia*, n°. 33 (1998).
- Saavedra Gallo, Pablo. *Sistema de Garantías Procesales*. Madrid: Dijusa, 2008.
- Vila Casado, Iván. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá: Legis Editores, 2007.

CAPÍTULO IX

LA PRISIÓN PREVENTIVA: MEDIDA DE ÚLTIMA RATIO

Pamela Juliana Aguirre Castro, Ph.D.¹

*Directora del Observatorio Jurídico Social
Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Ecuador*

¹ Doctora en Derecho, Ph.D. por la UASB-E; LLM in Human Rights and Humanitarian Law por American University, Washington College of Law; Máster en Argumentación Jurídica, por la Universidad de Alicante; Magíster en Derecho, mención Derecho Tributario, y Diploma en Derecho, mención Derecho Constitucional, por UASB-E; Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, por la Universidad del Azuay, Presea Honorato Vásquez a la mejor egresada de la promoción del 2007. Doctora Honoris Causa por la Universidad de ICA, Perú. En la experiencia profesional se destacan las funciones de procuradora judicial del SRI, asesora de la Corte Constitucional del Ecuador, coordinadora de los grupos técnicos de admisión, selección, revisión y sustanciación de la Corte Constitucional; secretaria técnica jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador; perita ante la Corte IDH; asesora de la Corte IDH. Actualmente se desempeña como docente investigadora de Universidad Espíritu Santo de Ecuador y Directora del Observatorio Jurídico – Social de la misma casa de estudios.

SUMARIO: I. Introducción. II. El Estado y la protección de derechos III. Características de la prisión preventiva. IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

En el Ecuador, la prisión preventiva ha sido abordada desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional hace más de 30 años, específicamente, en 1997, con la declaración de responsabilidad internacional del Ecuador en el caso Suárez Rosero². En la actualidad, a partir de recientes e interesantes decisiones de la Corte Constitucional ecuatoriana³, se mantiene vigente el discurso respecto a que esta medida cautelar penal, debe siempre, ser de última ratio.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado enfáticamente que es una obligación estatal, derivada de lo previsto en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁴ “no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar [...] el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”⁵. Este razonamiento guarda coherencia con el hecho de que la persona imputada en un proceso penal mantiene su estado de inocencia hasta que exista una sentencia condenatoria en firme, “caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida”⁶.

De ahí que la prisión preventiva debe ceñirse a los límites estrictamente necesarios para asegurar que la persona procesada no impida el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eluda la acción de la justicia. Es así como, en 2004 la Corte IDH, en el caso Tibi vs. Ecuador⁷, determinó que la “prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito”, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional⁸. Precisamente, esta interpretación

² Corte IDH, “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf.

³ En el texto de las sentencias núm. No. 8-20-CN/21 de 18 de agosto de 2021 y núm. 8-20-IA/20 de 15 de septiembre de 2020 dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador se refieren al ejercicio de las competencias de control constitucional. Así mismo, en el texto de las sentencias núm. No. 150-16-EP/20 de 8 de diciembre de 2020 y núm. 363-15-EP/21 de 02 de junio de 2021 dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador se refieren al ejercicio de las competencias de control constitucional.

⁴ Organización de Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, 4534.

⁵ Corte IDH, “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, párr. 77.

⁶ Corte IDH, “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*.

⁷ Corte IDH, “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi vs. Ecuador*, 07 de septiembre de 2004, párr. 106, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

⁸ *Ibid.*

inspiró el precepto constitucional que se encuentra recogido en el artículo 77.1 de la Constitución de la República del Ecuador, al contemplar expresamente que la prisión preventiva “no es la regla general”⁹.

Este importante desarrollo en el Sistema Interamericano (SIDH) realizado a propósito de diversos casos en los cuales se determinó la responsabilidad internacional del Ecuador, respecto a la protección del derecho a la libertad y garantías judiciales, específicamente a la presunción de inocencia “principio rector del proceso penal de ineludible observancia principalmente por la autoridad judicial, y por aquellas otras autoridades encargadas de la persecución del delito”¹⁰, se mantiene presente siempre que no exista sentencia en firme que condene al imputado.

II. La prisión preventiva en la legislación penal del Ecuador

Dentro de un Estado constitucional¹¹, esta figura del derecho penal debe circunscribirse a la plena vigencia de los derechos constitucionales, razón por la cual, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, debido a que, su aplicación o práctica debe ocurrir siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que establece la ley. Específicamente, el artículo 77.1 de la Constitución de la República del Ecuador determina:

[l]a privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley¹².

⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 77.1.

¹⁰ Laura Zúñiga, *La reforma del derecho penal y derecho procesal penal en el Perú* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011), 32.

¹¹ El artículo 11 numerales 3 y 5 de la Constitución de la República del Ecuador, se refieren al control constitucional obligación para todos los funcionarios públicos de aplicar preferentemente los derechos constitucionales. Así como en el artículo 425 de la Norma *ibíd* se refiere a la aplicación del bloque de constitucionalidad.

¹² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 77.1.

Por otra parte, el artículo 77.9 de la Constitución establece un plazo máximo de caducidad de la prisión preventiva, fuera del cual la salvaguarda de la eficacia del proceso penal nunca puede ser proporcional frente a la restricción a los derechos del procesado. Ahora bien, aunque efectivamente existe un plazo máximo de la prisión preventiva, esto no se traduce automáticamente en que el máximo de tiempo de la prisión preventiva sea el proporcional para todos los casos, pues la restricción a la libertad del procesado puede tornarse arbitraria antes de que la prisión preventiva caduque dependiendo de las circunstancias de cada caso.

En la legislación infraconstitucional, vale rescatar la regla contenida en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que regula:

Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción;
2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción;
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena;
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad¹³.

Que la prisión preventiva se aplicará excepcionalmente significa que tal medida cautelar personal solamente puede dictarse en contra del procesado por excepción y siempre que haya cumplido con los requisitos establecidos en la norma adjetiva, debido a su naturaleza cautelar, por cuanto tiene como fin garantizar la comparecencia del procesado al proceso.

Desde esta perspectiva, la medida de prisión preventiva no será viable si el funcionario judicial arriba a la convicción de que el procesado comparecerá al proceso y a la ejecución de la eventual pena privativa de la libertad. Frente a este marco constitucional y legal se deberá considerar, además, que el imputado no pondrá en peligro a la sociedad, atendiendo a la naturaleza y modalidad del delito atribuido.

¹³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 534.

Por esto, es importante determinar cuándo es necesario privar de la libertad a una persona que está siendo investigada y juzgada como posible responsable de haber cometido una conducta punible, y cuando, a pesar de tratarse de conducta socialmente reprochable, existen circunstancias superiores que señalan la necesidad de aplicar otra medida de aseguramiento, distinta a la privación de la libertad en un centro de rehabilitación social para personas adultas en conflicto con la sociedad.

A la luz de la Constitución, el proceso de interpretación legal ha generado cambios necesarios en las reglas previstas en el Código Integral Penal (COIP) dado que, en lo referente a la sustitución de la prisión preventiva, la Corte Constitucional reflexionó en la sentencia No. 8-20-CN/21¹⁴ sobre su aplicación. En efecto, la Corte, al aceptar la consulta de norma¹⁵ realizada por una jueza penal respecto a la constitucionalidad del artículo 536 del COIP¹⁶, analizó la excepcionalidad de esta figura cautelar, concluyendo que no importa el delito que se persiga en el proceso penal, el juez penal siempre puede sustituir la prisión preventiva por otras medidas de apremio menos lesivas a los derechos del imputado¹⁷. Expresamente, en el numeral 54 de determinada sentencia fundamentó:

[...] aunque el legislador puede configurar los distintos procedimientos que perfilan la sustitución de la prisión preventiva, estos procedimientos no pueden establecer condicionamientos u obstáculos que impidan, de forma irrestricta, la revisión de esta medida cautelar cuando ha perdido su justificativo constitucional, convirtiéndola en una situación jurídica rígida o insustituible mientras no opere la caducidad. Esto pervierte la propia naturaleza de las medidas cautelares, sobre la única base de la gravedad de la posible sanción.

No obstante, es preciso mencionar que la Corte no analizó las dos excepciones que impedirían la sustitución previstas en el mismo artículo referentes a: “[s]i se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado¹⁸” y “[t]ampoco se podrá sustituir la prisión

¹⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso 8-20-CN*, 26 de agosto de 2021.

¹⁵ En el artículo 428 de Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial núm. 449, 20 de octubre de 2008 se refiere al control constitucional.

¹⁶ “Art. 536.- Sustitución. La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años. Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia.” Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 536.

¹⁷ En el texto de la sentencia núm. No. 8-20-CN/21 de 18 de agosto de 2021 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador se refiere, en su parte resolutive 1. Declarar inconstitucional la frase contenida en el inciso primero del artículo 536 del COIP que establece: “en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años.

¹⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 536.

preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia¹⁹, con base en el argumento que estas excepciones tienen relación con el marco factual del caso objeto de la consulta. Ahora bien, no se puede desconocer la tensión entre la excepción de la prohibición de la sustitución de la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia y la prisión preventiva como medida cautelar de última ratio. Ciertamente, esta excepción no brinda la posibilidad de que la medida sea revisada en todos los delitos y para todos los procesados, pues establece un límite que no encuentra una justificación constitucional suficiente.

Es importante recordar que la aplicación de la prisión preventiva como última ratio obliga a las autoridades competentes a dictar de forma prioritaria otras medidas que resulten más adecuadas que la prisión preventiva, de conformidad con los principios de necesidad, gradualidad, razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta los fines del proceso, las particularidades del caso y la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva. Además, la Corte Constitucional ha señalado que los fiscales y defensores públicos deben desempeñar sus funciones considerando a la prisión preventiva como una medida de última ratio.²⁰

Ciertamente, el COIP establece que es deber de la Fiscalía solicitar y fundamentar el pedido de la medida cautelar²¹. Es decir, que sin una solicitud fundamentada, no es posible que se genere una decisión judicial que disponga esta medida. Ahora bien, la solicitud fundamentada debe exponer todos los hechos del caso concreto sobre los que descansa la licitud de la medida cautelar. En términos constitucionales, esta solicitud debe estar motivada de conformidad con lo previsto en el artículo 77 numeral 7, literal l, razón por la cual, en el petitorio, el fiscal debe exponer los hechos que pueden ser subsumidos bajo el supuesto del hecho, es decir, las premisas generales de la prisión preventiva, como lo establece el artículo 534 del COIP. Le corresponde entonces a la fiscalía presentar los indicios que sustentan su solicitud. Evidentemente, si en cualquier proceso penal, el juzgador no se encuentra con plena convicción más allá de toda duda razonable, debe rechazar la solicitud.

Si de los hechos expuestos por la fiscalía, el juez considera la proporcionalidad de la medida solicitada, procede a ordenarla. Además, es importante mencionar que, con base en lo dispuesto en el artículo 77.1 de la Constitución, el juez debe reflexionar sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad del dictado de otras medidas menos gravosas para la libertad del procesado en lugar de la prisión preventiva. En esta línea, la motivación de la decisión del juez debe estar debidamente justificada²², es decir, el juez debe realizar un análisis objetivo, preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y la necesidad en el caso concreto de aplicar esa medida

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso 365-18- JH/21*, 29 de marzo de 2021.

²¹ En el texto de la sentencia núm. 150-16-EP/20 de 25 de noviembre de 2020 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador se refiere, en sus Antecedentes a la obligación de presentar una solicitud motivada por parte de la fiscalía se deriva del derecho a la libertad y de ser tratado como inocente durante todo el proceso.

²² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso 1258-13-EP/19*, 24 de diciembre de 2019.

cautelar. Solamente tras haber expuesto esta vinculación, como segundo paso de la subsunción, puede tener lugar la conclusión lógica, esto es, la coherencia entre las premisas normativas fácticas y la conclusión.

Otro aspecto importante que debe observar el juez al momento de adoptar medidas cautelares dentro de un proceso penal es la existencia de medidas más eficientes a la prisión preventiva. En efecto, el artículo 522 del COIP regula varias medidas que se deben aplicar de forma prioritaria a la privación de libertad. Si la libertad de una persona se encuentra en las manos del juez, se debe tener una óptica consecuente con la realidad penitenciaria²³, más aún cuando la norma entrega todos los recursos necesarios para poder motivar una medida sustitutiva, ya que la primera audiencia o diligencia no es un recurso judicial para declarar la culpabilidad o adelantar criterio discriminatorio de culpabilidad, a pesar de la gravedad de la infracción.

En conclusión, para que el juez dicte una medida de prisión preventiva se debe tener en cuenta la investigación del supuesto delito, así como la protección de la sociedad y de la víctima. Por esta razón, siempre que sea posible dictar medidas alternas en su lugar, estas deben otorgarse²⁴. Resulta entonces que la premisa respecto a que la prisión preventiva es de última ratio encuentra coherencia con un derecho penal de mínima intervención²⁵, dado que se pretende restringir en la menor medida de lo posible y solo cuando es indispensable la libertad de una persona que es inocente hasta que no exista una sentencia ejecutoriada.

Sobre la protección de los derechos constitucionales, a partir de la premisa de que la prisión preventiva es de última ratio, el juez constitucional Ramiro Ávila en su voto concurrente en la sentencia No. 8-20-CN/21 reflexiona además sobre la conveniencia de la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva, en virtud que

[I]a defensa procesal de una persona no es igual si está privada de libertad una de las partes o si está en libertad. Cuando está en libertad, puede presionar a su abogado defensor en su oficina, puede buscar las pruebas, puede tener mejores condiciones para sobrevivir y preparar su defensa. Esto, por ejemplo, lo hacen los fiscales.²⁶

²³ En el voto concurrente de la sentencia núm. No. 8-20-CN/21 de 18 de agosto de 2021 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador el juez Ramiro Ávila se refiere a “No podemos dejar de mencionar el contexto en Ecuador. En este país, privar de la libertad a una persona, por disponer una medida cautelar o una pena privativa de libertad, por el hacinamiento y las masacres de los últimos meses, significa someterla al riesgo de que signifique una medida o pena que implica la muerte, estar sometido a un ambiente violento y a contar con servicios públicos básicos insuficientes, como la alimentación o la atención a la salud”.

²⁴ ONU Asamblea General, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder*, 14 de diciembre de 1990, 45/110.

²⁵ Alessandro Baratta, “Principios de Derecho Penal mínimo”, en *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)* (Buenos Aires: Editorial B de F, 2004), 299-333, <https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/baratta-alessandro-principios-de-derecho-penal-minimo.pdf>.

²⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso 8-20-CN*.

Con ello, hace referencia a que, a partir del garantismo penal, en el Ecuador la prisión preventiva resguarda otros derechos constitucionales, además de la libertad y presunción de inocencia.

III. Características de la prisión preventiva

La Corte IDH, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, señaló con claridad:

En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención²⁷.

Este párrafo condensa los requisitos que debe reunir toda privación de libertad para no considerarla como arbitraria, los cuales se constriñen a los elementos del principio de proporcionalidad, parámetro que ha sido adoptado en diversos ámbitos por la jurisprudencia interamericana. Es decir, se trata de exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuya aplicación presupone la determinación del fin de la medida restrictiva y la verificación de su compatibilidad con la Convención.

²⁷ Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 93, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

Así, según la ley penal integral ecuatoriana, entre las características esenciales de esta medida se pueden mencionar las siguientes:

- a) **Instrumental.** Es relevante en la medida en que no tiene finalidad en sí misma, pero de la que depende al mismo tiempo el cumplimiento de la sentencia, la finalidad del proceso y la comparecencia del imputado en el proceso. Es una herramienta para avanzar en el proceso penal. No goza de autonomía ya que su vigencia depende de la existencia de un proceso penal.

- b) **Provisional / revocable.** Debido a estas características, la prisión preventiva puede continuar durante el tiempo que las circunstancias lo justifiquen y puede ser revocada en cualquier momento una vez finalizada.

- c) **Sustitutiva.** Porque previa aceptación del juez penal, pueden ser sustituidas o reemplazadas por la caución o el garante.

- d) **Excepcional.** De hecho, la regla general es que, como se ha visto, todo ser humano es libre hasta que no exista una sentencia condenatoria en firme, razón por la cual, la prisión preventiva es literalmente limitada y excepcional.

- e) **Necesaria.** El Código Orgánico Integral Penal establece que las autoridades judiciales son la única vía para asegurar el cumplimiento de normas procesales como la inmediatez, debiendo tomar medidas privativas de libertad, como la prisión preventiva, cuando consideren que no hay otras vías posibles.

- f) **Proporcional.** En este caso, la medida cautelar de prisión preventiva debe estar relacionada con el hecho de que es objeto del proceso y la finalidad a la que se destina. El juez debe tener en cuenta la proporcionalidad entre el delito cometido y la pena impuesta, para lo cual se deberá analizar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad propiamente dicho. Por ejemplo, el legislador ha determinado que no existe prisión preventiva para delitos punibles con pena privativa de la libertad de hasta un año, pero que no impiden medidas alternativas para delitos amenazados con prisión de 1 año o más, según el artículo 534 COIP.

- g) **Judiciales.** Las medidas de protección solo pueden ser ordenadas por un juez de ejecución autorizado.

- h) **Motivadas.** Las medidas de protección no se rigen únicamente por exigencias constitucionales, según las cuales toda decisión de la autoridad pública que

afecte a las personas debe estar motivada, es decir, en la decisión expresamente se debe señalar la relación entre premisas que permitan la admisibilidad de una medida cautelar y los indicios conducentes que permiten su aplicación al caso concreto.

IV. Reflexiones finales

La prisión preventiva es una medida cautelar procesal excepcional, subsidiaria, provisional, proporcionada, revocable y motivada que proviene de una decisión judicial por la cual se limita el derecho a la libertad del procesado. De lo mencionado, se evidencia entonces, que el derecho penal pretende un fin preventivo que se aplica al margen de la pena y funciona mediante un sistema de medidas cautelares que, de manera general, afecta a la libertad personal y a los bienes.

El derecho de las personas de gozar de su libertad durante el proceso, como consecuencia de sus derechos constitucionales a la libertad y presunción de inocencia, impide la aplicación de una pena sin una condena firme. En esta línea de ideas, la prisión preventiva solo puede decretarse cuando así lo exijan los intereses del proceso objetivamente señalados y debidamente justificados.

La prisión preventiva es de última ratio. A partir de esta interpretación y aplicación, se busca vincular al procesado hasta la sentencia. De ahí que el juez de garantías penales que ordena medidas sustitutivas a la prisión preventiva protege, por un lado, los derechos de la víctima que se encuentran consagrados en el artículo 78 de la Constitución y, por otro lado, la proporcionalidad del ilícito investigado, con la realidad del privado de la libertad. Así, se aseguran la efectividad de los derechos constitucionales del procesado.

Al constituirse como una medida cautelar, la prisión preventiva no es una manifestación del poder punitivo del Estado, sino una medida coercitiva del proceso penal, que persigue exclusivamente asegurar la comparecencia del acusado y el cumplimiento de una posible reparación para las víctimas de los ilícitos. Por esta razón, la prisión preventiva congestiona los centros de rehabilitación social del país²⁸ de personas que se encuentran privados de su libertad sin contar con una sentencia ejecutoriada que haya desvanecido su inocencia.

²⁸ En el voto concurrente de la sentencia No. 8-20-CN/21 de 18 de agosto de 2021 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador el juez Ramiro Ávila reflexiona sobre esta realidad y los lamentables hechos de violencia acaecidos en las cárceles del país en los años 2020 y 2021.

BIBLIOGRAFÍA

- Baratta, Alessandro. “Principios de Derecho Penal mínimo”. En *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. <https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/baratta-alessandro-principios-de-derecho-penal-minimo.pdf>.
- Corte IDH. “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. 12 de noviembre de 1997. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Tibi vs. Ecuador*. 07 de septiembre de 2004. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. 21 de noviembre de 2007. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Caso 1258-13-EP/19*. 24 de diciembre de 2019.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Caso 365-18- JH/21*. 29 de marzo de 2021.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Caso 8-20-CN*. 26 de agosto de 2021.
- ONU Asamblea General. *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder*. 14 de diciembre de 1990. 45/110.
- Organización de Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 de noviembre de 1969.
- Zúñiga Laura. *La reforma del derecho penal y derecho procesal penal en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.

Asumiendo la responsabilidad y el desafío que implica generar y desarrollar un nuevo paradigma nacional en cuanto a generación del conocimiento se refiere, la Fiscalía General del Estado y la Universidad Espiritu Santo, a través de la cooperación interinstitucional, han enfocado sus esfuerzos en desarrollar contenidos en el ámbito procesal penal que puedan llegar a establecerse como una herramienta o instrumento de consulta para los funcionarios de la carrera fiscal, abogados en general y estudiantes de derecho.

FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

**U
UEES**

Universidad
Espiritu Santo