

## La exclusión probatoria en materia penal debe ser apelable (una aproximación en formato storytelling legal)

Fernando Yávar Umpiérrez

1. Andrea está siendo perseguida judicialmente por su ex - pareja y fue llamada a juicio por un supuesto delito cometido contra su hija. En dicha providencia el Juez excluyó una prueba fundamental para la teoría del caso de su defensa. Ella apeló de la exclusión probatoria, el Juez le negó su apelación aduciendo que la exclusión probatoria es parte del auto de llamamiento a juicio y que esa providencia no está incluida entre las providencias apelables en el art. 653 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP).
2. El Juez en su auto que niega el recurso de apelación cita el fallo No. 008-13-SCN-CC5, de la Corte Constitucional que resolvió lo siguiente: "...la facultad de recurrir un fallo o resolución no tiene carácter absoluto. El legislador, para garantizar el ejercicio simultáneo y completo de todos los derechos constitucionales, así como el cumplimiento de los deberes y obligaciones de los ciudadanos, tiene la facultad para delimitar el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución, **siempre que con ello no afecte su núcleo esencial ...**".
3. Ante el rechazo de su recurso de apelación, Andrea presenta un recurso de hecho en el cual acepta que efectivamente el derecho a recurrir no es absoluto, pero asevera que por eso la discusión jurídica debe centrarse en su caso en definir si la exclusión probatoria resuelta por el juez a quo **afecta o no el núcleo esencial de un derecho constitucional**, y concluye que definitivamente si lo afecta, por cuanto que una de las partes no pueda contar con una prueba esencial para su teoría del caso en la etapa del juicio -como en la especie lo es para Andrea la prueba excluida-, **vulnera su derecho a la defensa, de reconocimiento constitucional, convencional y legal al impedirle contar con los medios probatorios adecuados para su defensa en igualdad de condiciones.**
4. La Constitución de la República del Estado en su art. 76 numeral 7 literales a) b) y c) disponen los siguiente:

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

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

  - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
  - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
  - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. ..."
5. La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8.2 literales c) y f) establece los siguiente:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

...

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; ...

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;”

6. Andrea sostiene en su recurso de hecho que no estamos hablando de cualquier derecho vulnerado por la exclusión probatoria, sino de uno fundamental previsto en la normativa constitucional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales el Ecuador es signatario, como lo es el **derecho a la defensa**. De igual forma, señala Andrea que no estamos hablando de cualquier prueba, es la prueba más importante de su defensa, justamente la prueba que permitiría ratificar su inocencia en el juicio que debe enfrentar.
7. Por otro lado, el Juez al negar su recurso de apelación también cita la sentencia No. 004-13-SIN-CC de la Corte Constitucional para argumentar que el máximo órgano de jurisdicción constitucional ya se ha pronunciado sobre la procedencia de la apelación del auto de llamamiento a juicio, sin embargo, Andrea le contesta en su recurso de hecho que el fallo citado se refiere al análisis que se hizo de la decisión de fondo en dicho auto de pasar a la siguiente etapa procesal de juicio, **no sobre el tema específico de la exclusión probatoria**, es decir, son dos partes independientes de una misma providencia con naturaleza y efectos procesales distintos. Por un lado, la decisión de llamar a juicio y que la causa avance a la etapa procesal de juicio, y la otra, la determinación de qué pruebas anunciadas por las partes pueden ser practicadas en el juicio y cuáles son excluidas.
8. Andrea esgrime como argumento a su favor que es el mismo caso de una sentencia condenatoria en la que adicionalmente a la determinación de la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados se negara la suspensión condicional de la pena. Ambos temas pueden estar en la misma sentencia pero son independientes: por un lado, la condena; y por otro, la negativa de la suspensión condicional de la pena; y no solo lo dice ella, así lo resolvió la actual Corte Constitucional al señalar en la sentencia N° 7-16-CN/19 lo siguiente:

“45. En este punto, esta Corte verifica que la disposición consultada contenida en el artículo 653 del Código Orgánico Integral Penal no contempla la posibilidad de apelar la negativa de la suspensión condicional de la pena, lo que implica una omisión normativa relativa; esto es, “... cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes ...”. En caso que la Corte encuentre la presencia de los elementos indicados, debe subsanar la omisión parcial “... a través de las sentencias de constitucionalidad condicionada”.

46. Esta Corte, a la luz del numeral 3 del artículo 436 de la Constitución de la República, tiene el deber de regular el efecto o consecuencia de la omisión de

una norma determinada, a fin de que sea acorde a la Norma Suprema. En otras palabras, la ausencia de una disposición que permita determinada acción, como en el caso concreto, que el artículo 653 del Código Orgánico Integral Penal, como está redactado actualmente, no contempla la posibilidad de apelar de la negativa de suspensión condicional de la pena, es necesario que esta Corte, a través de la interpretación jurídica, adhiera una disposición a la norma, más aun cuando se ha determinado que esta ausencia vulnera el derecho a recurrir establecido en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República.

47. En función de lo expuesto, esta Corte, con fundamento en los artículos 428 de la Constitución de la República, 129, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, declara la constitucionalidad condicionada del artículo 653 del Código Orgánico Integral Penal, en adelante contendrán la siguiente regla jurisprudencial obligatoria:

*(...) 6. De la negativa de suspensión condicional de la pena.*

48. En este mismo sentido, este Organismo, considera la constitucionalidad condicionada del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal, siempre que incluya el siguiente inciso final:

*La falta de presentación de requisitos establecidos en los numerales 2 y 3 podrá ser completada en cualquier momento con una nueva solicitud."*

9. Siguiendo la línea argumentativa de la sentencia No. 008-13-SCN-CC5, de la anterior Corte Constitucional -enfatisa Andrea- jamás se habría podido admitir la viabilidad jurídico constitucional de agregar una nueva providencia susceptible del recurso de apelación al art. 653 del COIP. De ahí lo valioso y novedoso del fallo N° 7-16-CN/19 que fija el estado actual de la discusión jurisprudencial constitucional sobre el recurso de apelación en materia penal, por cuanto no siempre el *legislador, facultado para delimitar el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución, logra garantizar el ejercicio simultáneo y completo de todos los derechos constitucionales, así como el cumplimiento de los deberes y obligaciones de los ciudadanos, en cuyo caso debe intervenir la Corte Constitucional para impedir que se vulneren derechos consagrados en la Norma Suprema.*
10. Exactamente igual que en el fallo N° 7-16-CN/19 -demanda Andrea- que la Corte Constitucional establezca en su caso la existencia de una omisión normativa relativa constitucionalmente relevante al tenor de lo dispuesto 129 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y declarar la constitucionalidad condicionada del art. 653 del COIP agregándole un nuevo numeral que reconozca la exclusión probatoria dictada dentro del auto de llamamiento a juicio como una providencia apelable, así sea en efecto diferido, por cuanto además si se hace un análisis comparativo el Código Orgánico General de Procesos que regula todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, en su art. 160 último inciso dispone que:  
  
*"La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido. De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente."*
11. Andrea manifiesta en su recurso de hecho que la exclusión probatoria civil (o no penal) realizada en la audiencia preliminar no es absoluta, y sobre todo puede

ser apelada en efecto diferido. Para ella esto implicaría una violación al derecho constitucional a la igualdad material que en materia civil se permita un tratamiento legislativo distinto que en la penal en lo relativo a la viabilidad de la apelación de las pruebas excluidas antes de la audiencia de juzgamiento, tomando en cuenta que en lo penal está en juego la libertad de los ciudadanos como (casi única) consecuencia de la determinación de responsabilidades legales por parte de los operadores de justicia penal.

12. Con los argumentos expuestos, ante la negativa establecida en la providencia del Juez a concederle a Andrea el recurso de apelación interpuesto en contra de la exclusión probatoria de su prueba más importante, por causarle perjuicio e indefensión, en aplicación del **derecho a apelar de las decisiones que causan agravio a los derechos de los ciudadanos**, atento a lo dispuesto en el art. 76, numeral 7 literal m) de la Constitución de la República del Ecuador, art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y a lo previsto en el art. 661 del COIP solicita que se admita el **recurso de hecho** por la Sala de lo Penal que va a conocer su impugnación.
13. A efecto de concederle su recurso de hecho Andrea solicita previamente, y en aplicación de los arts. 425 segundo inciso y 428 de la Constitución de la República del Ecuador, que la Sala Penal dispongan la suspensión de la causa y remita en consulta el expediente a la Corte Constitucional para que resuelva si existe contradicción entre el art. 653 del COIP con el art. 76, numeral 7 literal m) de la Constitución de la República del Ecuador al no establecer la exclusión probatoria como una decisión judicial apelable en materia penal.
14. La Sala de lo Penal tenía dos opciones: cumplir con su obligación y hacer control de constitucionalidad y convencionalidad del art. 653 del COIP o simplemente ver si el auto apelado constaba en el catálogo de providencias apelables, a efecto de negar el recurso de hecho. Al final la Sala aplicó la ley del mínimo esfuerzo y negó el recurso de hecho de Andrea.
15. Andrea está angustiada ya que desde el inicio de la causa hace varios años no ha podido ver a su hija por una medida de protección y ahora no tiene muchas opciones antes de enfrentar la audiencia de juzgamiento sin su prueba más importante; pero su caso debe servirnos al foro de abogados para reflexionar sobre la procedencia jurídica de la apelación de la exclusión probatoria en materia penal desde la perspectiva constitucional y convencional. Esto es labor para la nueva Asamblea Nacional por cuanto en este debate jurídico una reforma es necesaria y urgente. Ojalá que en algún momento se pronuncie la Corte Constitucional en la causa de Andrea y le permita -por lo menos- defenderse con igualdad de armas. Volver a abrazar a su hija es cada día un sueño mas lejano.