



**REPÚBLICA DEL ECUADOR
INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
UNIVERSIDAD DE POSTGRADO DEL ESTADO**

**MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO CON MENCIÓN EN ESTUDIOS
JUDICIALES**

ARTÍCULO CIENTÍFICO

**ALCOHOTEST COMO INFORMACIÓN *CRIMINIS* EN LOS PROCESOS DE LA
CORTE PROVINCIAL DEL NAPO, DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL
COIP**

AUTOR
Manuel de Jesús Armijos Curipoma

Tutor
Tomás Sanchez Torres

Quito, junio 2020

AUTORIA

Yo, Manuel de Jesús Armijos Curipoma Master, con CI 1103188486 declaro que las ideas, juicios, valoraciones, interpretaciones, consultas bibliográficas, definiciones y conceptualizaciones expuestas en el presente trabajo; así cómo, los procedimientos y herramientas utilizadas en la investigación, son de absoluta responsabilidad de el autor del trabajo de titulación. Así mismo, me acojo a los reglamentos internos de la universidad correspondientes a los temas de honestidad académica.

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and lines, positioned above the printed text.

Firma
C.I. 1103188486

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

"Yo Manuel de Jesús Armijos Curipoma cedo al IAEN, los derechos de publicación de la presente obra por un plazo máximo de cinco años, sin que deba haber un reconocimiento económico por este concepto. Declaro además que el texto del presente trabajo de titulación no podrá ser cedido a ninguna empresa editorial para su publicación u otros fines, sin contar previamente con la autorización escrita de la universidad"

Quito, junio 2020.



FIRMA DEL CURSANTE

MANUEL DE JESÚS ARMIJOS CURIPOMA
CI. 1103188486



No.366 - 2020.

ACTA DE GRADO

En el Distrito Metropolitano de Quito, hoy 03 de julio de 2020, **MANUEL DE JESUS ARMIJOS CURIPOMA**, portador del número de cédula: 1103188486, **EGRESADO DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN ESTUDIOS JUDICIALES (2017-2019)**, se presentó a la exposición y defensa oral de su Artículo Científico, con el tema: "**ALCOHOCHET COMO INFORMACIÓN CRIMINIS EN LOS PROCESOS DE LA CORTE PROVINCIAL DEL NAPO, DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL COIP**", dando así cumplimiento al requisito, previo a la obtención del título de **MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN ESTUDIOS JUDICIALES**.

Habiendo obtenido las siguientes notas:

Promedio Académico:	8.85
Artículo Científico:	8.70
Defensa Oral Artículo Científico:	9.13

Nota Final Promedio: 8.88

En consecuencia, **MANUEL DE JESUS ARMIJOS CURIPOMA**, se ha hecho acreedor al título mencionado.

Para constancia firman:

RAZON: VISTOS.- Sentado por tal, que en la presente Acta, No consta la firma de la Dr. Natalia Mora, en razón de su desvinculación de la IAEN, y dada la fecha de su localización.

23 FEB 2022

F. DIRECTOR DE SECRETARÍA GENERAL

Dr. Antonio Salamanca
PRESIDENTE Y MIEMBRO


Dra. Natalia Mora
MIEMBRO


Abg. Ximena Carvajal Chiriboga.
DIRECTORA DE SECRETARÍA GENERAL

ALCOHOTEST COMO INFORMACIÓN *CRIMINIS* EN LOS PROCESOS DE LA CORTE PROVINCIAL DEL NAPO, DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL COIP.

RESUMEN

En Ecuador se sanciona como contravención de tránsito a quienes conducen con nivel de alcohol en la sangre que sobrepasan el nivel permitido por Ley, esto puede tener como consecuencia la privación de libertad; en los procesos de juzgamiento se utilizan como prueba el resultado emitido por un dispositivo que reacciona con el aire expirado por el presunto culpable, sin una actuación técnica de valoración de pruebas.

La presente investigación es un estudio cualitativo descriptivo basado en 21 causas resueltas por la Corte Provincial de Justicia de Napo, impugnadas durante la vigencia del COIP, en los años 2014 al 2018. Los datos fueron recolectados y analizados mediante estadística descriptiva. La investigación tiene como finalidad analizar la presunción de legalidad de la prueba de alcoholemia obtenidas mediante el alcoholímetro, con los cuales fueron juzgados los infractores; se concluye que la prueba no ha sido solicitada, ni valorada, ni incorporada al proceso legal en debida forma.

PALABRAS CLAVES

Obtención de pruebas, debido proceso, prueba material, contravenciones de tránsito, prueba de sangre, prueba de alcoholemia, dispositivo de alcoholímetro, autoincriminación, prueba ineficaz, garantía de derechos.

SUMMARY

In Ecuador it is sanctioned as a traffic infringement who drives with a blood alcohol level higher than the maximum level permitted by law, this can have imprisonment as a consequence; in the legal process the result obtained by breathalyser which reacts to the breathe of the supposed culprit, is used as evidence, without a technical action to validate the evidence.

This investigation is a quantitative description study, based on 21 cases settled by the Provincial Court of Justice in Napo, challenged while the COIP was in force in the years 2014 till 2018, the data were obtained and analysed by statistical description; the purpose of this investigation is to analyse the assumed legality of the established blood alcohol level obtained by breathalyser, which the offenders were judged for; I conclude that the evidence wasn't asked for, nor validated nor added properly to the legal process.

KEY WORDS

Obtained evidence, proper process, material evidence, traffic infringement, blood test, alcohol proof, alcohol meter, self indictment, inefficient proof, g

INTRODUCCIÓN

Conducir un vehículo a motor bajo los efectos del alcohol en la sangre, en Ecuador constituye una contravención de tránsito sancionada con pena privativa de libertad, que se procesa en un juicio, donde se hace valer la prueba de alcohótest o sus similares que es realizada mediante un dispositivo que emite un resultado con la exhalación del aire del presunto culpable. Los jueces están en la obligación de valorar la prueba, en base de la constitucionalidad de su recolección así como de su presentación en el juicio.

Para ello, el directorio de la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, mediante resolución no.171-DIR-2013-ANT, al considerar que dentro de sus facultades está la de “de establecer las regulaciones de carácter nacional en materia de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, controlar y auditar en el ámbito de sus competencias su cumplimiento por parte de los Gobiernos Autónomos Descentralizados”, de acuerdo al Reglamento que se expida para la presente correspondiente, resuelve, con fecha 26 de diciembre de 2013, emitir el “protocolo de uso de Alcotectores y alcoholímetros”, mediante la Resolución No. 171- DIR-2013-ANT. En él se establece que “es obligatorio el uso de dispositivos alcohóectores y alcoholímetros para efectuar las pruebas de alcohótest sobre los conductores cuando se presuma que están en estado de embriaguez”. En el artículo 3 numeral 2 dice: “Alcohótest, examen que permite determinar la cantidad de alcohol en el aire expirado”. En el artículo 4 se establece el procedimiento que deben aplicar los agentes encargados del control de tránsito, y en el numeral 5 dice “al finalizar, si el resultado demuestra que el conductor se encuentra fuera de los niveles permitidos de alcohol en la sangre, se detendrá al infractor y se levantará la respectiva boleta, que será puesta a órdenes del juez de turno competente, dentro de las 24 horas siguientes, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Transporte Terrestres, Tránsito y Seguridad Vial”. (Ley 171, 2013).

En el artículo 8 establece que aquellos dispositivos dosificadores de medición deberán ser previamente homologados por la Agencia Nacional de Tránsito. Pues bien, esta normativa, de carácter administrativo, tiene un principio de ejecutabilidad, sin embargo es de carácter restrictiva de derechos constitucionales, especialmente el derecho al debido proceso y al derecho a la defensa, en vista de que pretende hacer valer como prueba lo que en técnica jurídica sería un indicio.

Con ese argumento legal se ha procesado a los infractores, y consecuentemente se ha llegado a Sentenciar por parte de los jueces de primer nivel. Es de considerar que las resoluciones judiciales de contravenciones no son susceptibles de apelación, excepto las que llevan una sanción de pena privativa de libertad, que al ser impugnadas han subido el nivel para que sean analizadas y resueltas por los jueces de corte provincial, como último recurso or-

dinario; mas como acción extraordinaria bien podrían ventilarse en la Corte Constitucional, mediante la acción extraordinaria de protección a la sentencia.

No cabe duda de que la sanción legal es necesaria para evitar los accidentes de tránsito producidos por los conductores que lo hacen en estado de embriaguez, sin embargo también se debe observar la necesidad del cumplimiento de principios básicos del debido proceso y el derecho a la defensa.

Al analizar cómo se procesa la prueba de alcohol con la que son juzgados los contraventores, encontramos una serie de controversias entre la forma que se toma la prueba, versus el mandato constitucional y legal que existe para hacerlo, pues no se está respetando el debido proceso tanto en la recolección y toma de muestras, así como en la judicialización y presentación de la prueba ante el juez.

La prueba en general, previo a ser presentada para su valoración, debe ser solicitada y actuada en base a procedimientos que no vulneren el derecho a la defensa. En el caso que ocupa esta investigación se evidencia que los conductores son aprehendidos por el agente de policía y unilateralmente procede a tomarles la muestra de aire, que agregada al parte policial es la única prueba para su juicio. En estas circunstancias, es fundamental saber cuál es el rol de la defensa, así como la garantía que presta el juez al momento de valorar la prueba.

En este análisis no se desacredita a la prueba de alcohol, sino se trata de hacer una valoración de la misma y si pasa el examen de control de legalidad y el debido proceso en su obtención. En esta investigación encontramos dos variables esenciales: el derecho a la defensa, y la valoración probatoria del test de alcoholemia. Sobre este último ha surgido el debate con respecto a los requisitos para que se convierta en una prueba científica irrefutable, cuándo y cómo se debe tomar las muestras, y cómo se puede garantizar el derecho a la defensa del presunto culpable, toda vez que el conductor al ser el acusado no está en la obligación de probar su inocencia, más bien está en el derecho de refutar la prueba que le inculpa.

Por lo tanto, en el procesamiento se debe encontrar los elementos para darle el valor probatorio a la prueba de alcohol. Asimismo los servidores públicos, refiriéndonos a los agentes de tránsito, policiales y los administradores de justicia, deben advertir la necesidad de precautelar el inquebrantable derecho a la defensa, de tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, y el principio de prohibición de autoincriminación al momento de procesar a un contraventor cuando se presume que está bajo los efectos de alcohol en la sangre. La inobservancia a las normas del procedimiento va en desmedro del objeto de la justicia.

Por otra parte, es necesario que los abogados tanto de la Defensoría Pública como en ejercicio libre, que asumen el servicio de la defensa, la realicen de manera técnica, esto es, usando eficazmente la contradicción procesal y la intermediación. El documento impreso de la prueba del alcohol a través de un dispositivo no es ni constituye prueba plena sino tan solo es un indicio probatorio que debe ser realizado en laboratorio para que pueda ser expuesta en audiencia por el perito, y la defensa pueda ejercer el derecho a la contradicción. El Juz-

gador tendrá la oportunidad de solicitar aclaración en caso de existir duda alguna sobre la prueba de alcohol en la sangre.

Esta investigación se adecua plenamente a las líneas de investigación del IAEN en vista de que se busca “(3) La concepción, diseño y evaluación de la independencia judicial, no en términos de la clásica ausencia de interferencias políticas, sino en términos de la generación de condiciones para que la función judicial pueda y tenga voluntad de garantizar en la práctica los derechos y la justicia en su ámbito de acción”. Esto en vista de que el derecho a la defensa debe ser la piedra angular donde se ubican todas las garantías del estado.

Así también esta investigación se adecua plenamente con el Plan Nacional de Desarrollo (2019-2021) que en su objetivo establece: 1).- “Garantizar una vida digna con iguales oportunidades para todas las personas, una vida digna para todos, sin discriminación. Asumimos el desafío de fortalecer el acceso y mejorar la calidad de la educación, salud, alimentación, agua y seguridad social para todos, con el fin de cerrar brechas y generar oportunidades, con equidad social y territorial. La garantía de estos derechos conlleva a la inclusión social, la vida en un entorno saludable y seguro, un trabajo estable y justo acceso a la justicia y tiempo de esparcimiento”.

La metodología de este trabajo es de modo normativo-jurídico, con un enfoque cualitativo, las fuentes primarias son las sentencias y el análisis de las pruebas que condujeron a los jueces a resolver. Las técnicas utilizadas son la observación normativa consuetudinaria y la identificación documental normativa. (Salamanca, 2015, p. 70-75).

1. El test de alcoholemia en las contravenciones de tránsito en la provincia de Napo

Desde mi experiencia, como abogado litigante de más de 13 años, y ahora administrador de justicia como juez de Unidad Judicial Multicompetente, he observado que se está juzgando a los contraventores con una prueba que carece de legalidad tanto por su obtención así como por su presentación y judicialización en la audiencia de juicio. Me refiero a la prueba de alcohol en la sangre, que es recogida pre procesalmente por un agente de policía a través de un dispositivo llamado alcohómetro o sus similares que se activan con la expulsión de aire del presunto contraventor.

Existen dudas sobre si dicho dispositivo puede ser certero en la graduación que imprime en su reporte, o puede existir error en la determinación de los gramos de alcohol en la sangre. Esta pretendida prueba no fue solicitada ante un juez ni fue actuada bajo el estricto derecho a la defensa del acusado. Al existir la prohibición de que el juez no tiene iniciativa procesal en ese tipo de juicios, al sentenciado solo le queda la opción de impugnar la sentencia condenatoria para que un tribunal de Corte Provincial observe la decisión del juez *a quo*, instancia donde se analiza el ejercicio de la defensa.

No nos ocupamos en el análisis de las sentencias de primera instancia precisamente porque el juez en esta instancia no tiene iniciativa procesal, por lo tanto si la defensa técnica no realiza una observación, no impugna el resultado del dispositivo (alcohómetro/alcohómetro), el juez deberá admitirlas como prueba aceptada, y deducir acuerdo probatorio al no existir

impugnación a la legalidad de la prueba del alcohol que consta en el parte policial. Lo que nos interesa para nuestro estudio surge cuando el ‘presunto’ infractor recurre a la Corte Provincial de la Provincia de Napo República del Ecuador porque no está conforme con la sentencia del juez de primera instancia, quien, pese a haber sido objetada la legalidad de la prueba, le termina dando valor probatorio

Uno de los aspectos que ocupan mi preocupación es la admisibilidad del resultado del dispositivo como prueba plena irrefutable; los presuntos contraventores lo admiten, y los abogados persiguen en sus defensas tan solo menguar la sanción.

El juez recibe la *notitia criminis* a través del parte policial, y debe resolver la condición jurídica en las 24 horas, a través del procedimiento penal expedito. En única audiencia debe evacuar las pruebas. Por analogía se sentencia en vista de que como se emitió criterio similar en otros procedimientos, dando valor a la prueba presentada en el parte informativo de la policía, por el principio de coherencia y ante la falta de alegación de las partes se juzga conforme a la norma que sanciona dicha contravención.

Cabe señalar que el juez, de oficio no puede excluir la prueba presentada por el agente de policía de tránsito, si su testimonio lo fundamenta con el resultado del dispositivo, al juez le pone en el dilema de admitir la prueba toda vez que forma un universo conjunto con el testimonio del policía; claro está si no es contradicha por la defensa.

En la provincia de Napo existen tres Jueces de Contravenciones, en una población de 23.307 habitantes conforme los datos del INEC, datos que corresponde al año 2018. Esta población muestra una diversidad cultural que se refleja en la diversidad lingüística: castellano, quichua y huaorero. Con una dimensión poblacional pequeña, el consumo de alcohol en conductores es recurrente, como en todo el país. Se hace interesante este análisis toda vez que en todo el territorio se aplica la misma norma y procedimiento.

La muestra con la que se trabajó es de 21 *causas resueltas por la Corte Provincial de Justicia de Napo, impugnadas durante la vigencia del COIP en los años 2014 al 2018*. Estos datos fueron recolectados mediante una revisión minuciosa de expediente físico de juzgamiento en el mismo que se compone de un parte policial, el acta de sorteo al Juez que le corresponde resolver, la convocatoria a audiencia, el acta de audiencia de juicio, y la correspondiente sentencia de primer grado, el auto de admisión de la apelación, y la sentencia de segunda y definitiva instancia que ha sido objeto del análisis, de lo más relevante del proceso es el Parte Policial en el que consta los datos y generales de ley del procesado como información *criminis*. En ellos se narran los hechos, los anexos la prueba de alcohol test realizada por el dispositivo de alcoholotector o sus similares, la correspondiente boleta de citación en la que se expone la infracción con el correspondiente número de artículo y su número infringido, certificado médico, impreso algunas fotografías, y el oficio dirigido al juez con el que se pone en conocimiento al juez.

Para el análisis de dicha información se ha creado una tabla que consta de las variables, esto es, el test de alcoholemia y la impugnación de la prueba como ejercicio del derecho a la defensa. En el análisis del proceso es importante observar, de las sentencias impugnadas, aquellas en las que se ratifica la sentencia, las que se revocan, si el abogado impugna la le-

galidad de la prueba por afectar el derecho a la defensa, si en la audiencia se presenta el dispositivo alcohoteotor, si a la audiencia comparece el perito, si al procesado se le realizó la prueba de sangre en laboratorio, y, finalmente, si se realizó la muestra con presencia de abogado.

Tabla Nro. 1

Causas resueltas por la Corte Provincial de Justicia de Napo, impugnadas durante la vigencia del COIP (2014-2018)

Año	Nro. De Proceso	Ratifica	Revoca	No impugna, La legalidad de la prueba	Impugna la legalidad de la prueba	No Presenta El dispositivo	Se Presenta el dispositivo	No comparece el perito	Comparece el perito	No se realizó la prueba de sangre	Se realizó la prueba de sangre	No realizó la muestra con presencia de abogado	Se realizó la muestra con presencia de abogado
2014	0205G		x	x		x		x		x		x	
2015	00388g	x			x	x		x		x		x	
2015	00720g	x			x	x		x		x		x	
2015	00327G	x		x		x		x		x		x	
2015	00548G	x		x		x		x		x		x	
2015	00235G		x		x	x		x		x		x	
2015	00795G	x		x		x		x		x		x	
2015	00508G	x		x		x		x		x		x	
2015	00388g	x		x		x		x		x		x	
2016	00282G	x		x		x		x		x		x	
2016	00341T	x		x		x		x		x		x	
2016	00428G	x		x		x		x		x		x	
2016	00647G	x		x		x		x		x		x	
2016	00978G	x		x		x		x		x		x	
2016	00389G	x		x		x		x		x		x	
2016	00419G	x		x		x		x		x		x	
2017	00798G		x		x	x		x		x		x	
2017	00285G	x		x		x		x		x		x	
2017	00619G	x		x		x		x		x		x	
2017	00282G	x		x		x		x		x		x	
2018	00149G		x		x	x		x		x		x	
TOTAL		17	4	16	5	21	0	21	0	21	0	21	0

Fuente: Archivo Corte Provincial de Justicia de Napo (2019). Elaboración propia

Con la información obtenida en la tabla se procede a realizar el análisis de resultados y sus gráficos para su discusión.

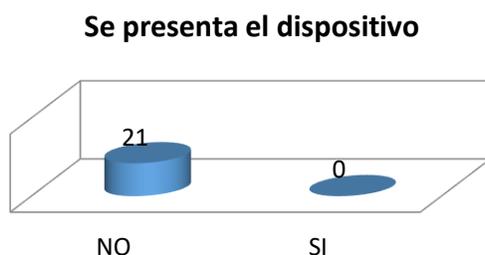
Figura 1



Fuente: Archivo Corte Provincial de Justicia de Napo (2019). Elaboración propia

De la muestra tomada se evidencia, que el 76 por ciento de las defensas no impugna la legalidad de la prueba; el 24 por ciento si realiza dicha impugnación.

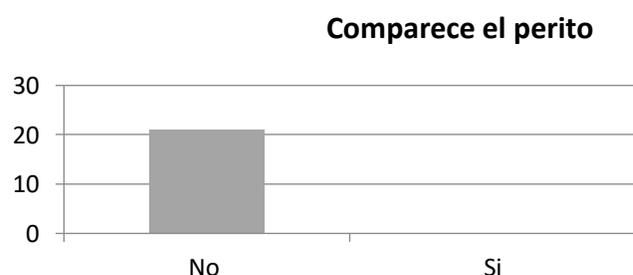
Figura 2



Fuente: Archivo Corte Provincial de Justicia de Napo (2019). Elaboración propia

De la muestra tomada se evidencia que en las 21 causas analizadas no se presenta el dispositivo que imprime el resultado y sirve de prueba única.

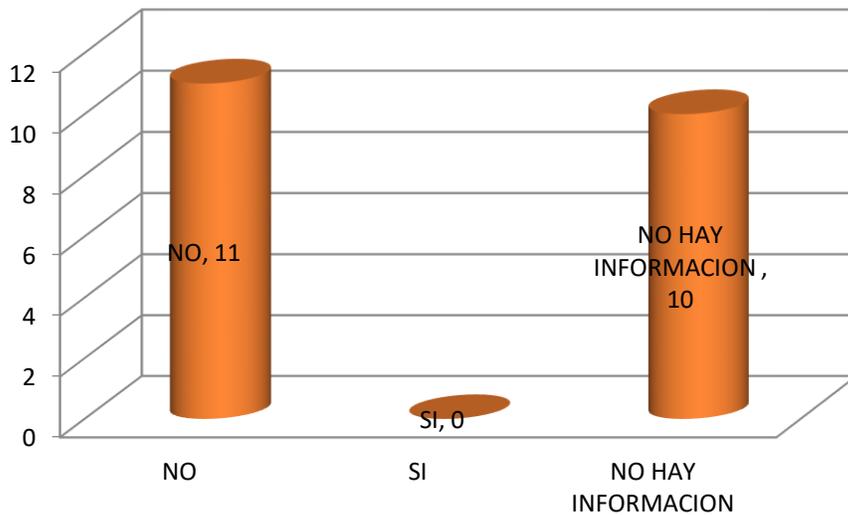
Figura 3



Fuente: Archivo Corte Provincial de Justicia de Napo (2019). Elaboración propia

De la muestra tomada se evidencia que en las 21 causas analizadas no comparece el perito a audiencia para defender su pericia y los gramos de alcohol en la sangre.

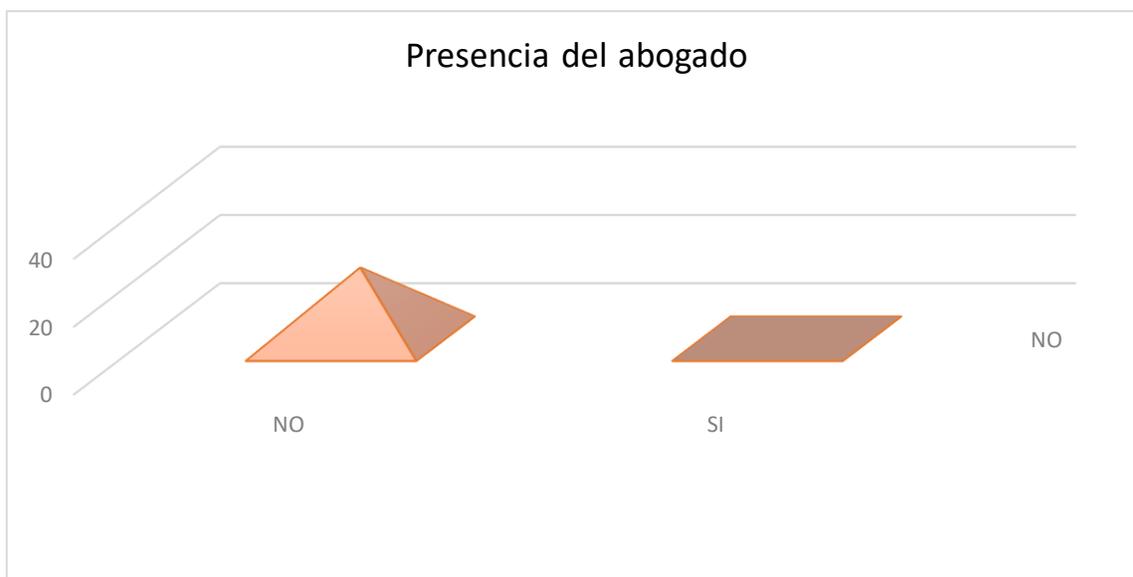
Figura 4



Fuente: Archivo Corte Provincial de Justicia de Napo (2019). Elaboración propia

De la muestra tomada se evidencia que en 11 causas no se presenta prueba de sangre, de 10 de las causas no hay información sobre la prueba de sangre.

Figura 5



Fuente: Archivo Corte Provincial de Justicia de Napo (2019). Elaboración propia

Para realizar la prueba preliminar se toma muestra de aire, según los datos analizados no está presente un abogado en ninguna de las 21 causas que son la muestra.

2. Análisis jurídico del alcoholtest: su valor probatorio, afectación al derecho a la presunción de inocencia, a la defensa y al debido proceso

2.1 El valor probatorio del alcoholtest

Con la prueba, en el proceso, se busca la verdad de un hecho que no se conocía, y que practicada e incorporada al proceso en audiencia de juzgamiento oral se constituye en elemento de convicción para establecer con objetividad la vulneración de un derecho protegido o la inobservancia de un deber objetivo de cuidado para aplicar la sanción que corresponda. La prueba es, “demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa, o de la realidad de un hecho”. (Cabanellas, 2009, p.572).

La prueba es un conjunto de acciones dirigidas a patentar la exactitud o inexactitud de una proposición y los problemas de la prueba. Compartiendo con Pérez L. cuando refiere, “Los indicios dentro del proceso se introducen por los diferentes medios de prueba, entonces los hechos dentro del proceso no llegan misteriosamente, así tenemos los testimonios, también la prueba material, los diferentes instrumentos”. (Pérez, 2007, p.43).

En ese orden de ideas, debe entenderse que en los proceso probatorios deben resolverse interrogantes como: ¿qué es la prueba?, ¿qué se prueba?, ¿quién prueba?, ¿cómo lo hace?, ¿qué valor tiene?, ¿quién tiene la carga de la prueba?, en fin que nos permita establecer los elementos para probar los hechos. Las pruebas solo alcanzaran el grado de eficacia cuando hayan pasado por el tamiz de legalidad y constitucionalidad, caso contrario carecerán de eficacia probatoria porque no existe legislación en el mundo que pueda dar valor a una prueba ilegal que se haya obtenido fuera del marco constitucional, lo que se conoce en teoría procesal como el fruto del árbol envenenado, transcribo lo que dice Díaz.

Díaz (2010) Existen cuatro doctrinas con respecto a la prueba catalogada como ilícita, y en lo que debemos hacer énfasis para iniciar un análisis, pudiendo con ello establecer conclusiones, sobre si es factible utilizarla como medio de conocimiento al interior del sistema acusatorio. Ellas son: 1) La doctrina de los frutos del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree doctrine), 2) La doctrina del entorno jurídico, 3) La doctrina del principio de proporcionalidad y 4) La doctrina de los frutos buenos del árbol envenenado. (p.46).

El COIP, en su artículo 453, establece que la finalidad de la prueba es conducir al juez, y convencerlo de la verdad del hecho que se investiga; y conforme el principio de oralidad, la oportunidad para hacerlo es en la audiencia de juicio. Asimismo, la aplicación de principio objetividad, expuesto en el artículo 5 numeral 21 del COIP, es obligatoria en el juzgamiento de contravenciones, toda vez que en el caso de delitos el titular de la acusación es el Fiscal, como servidor público, y, en el caso de contravenciones, el acusador es el servidor público agente de policía.

En ese contexto, la acusación debe ser acreditada no con enunciados líricos, sino con pruebas de carácter sustancial y formal. Las pruebas que son incorporadas en el juicio deben ser

una información que haya sido actuada sin violación de derecho alguno, especialmente del derecho a la integridad física y a la integridad e intimidad personal así lo analiza

Revorio.(2000) Aunque no son la única forma de acreditar la existencia de un cierto nivel de impregnación alcohólica, lo cierto es que ciertas pruebas o test constituyen medios idóneos y habitualmente utilizados para conseguir dicha finalidad. Como es sabido, en nuestro sistema dichas pruebas, de carácter obligatorio, consisten normalmente en la verificación de aire espirado mediante alcoholímetros autorizados, si bien, a petición del interesado o por orden de la autoridad judicial se podrán repetir a efectos de contraste, pudiendo consistir en análisis de sangre orina u otros análogos. (p.127).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto de la libertad de las personas, en su artículo 8 numeral 2, reconoce el “[d]erecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado (...) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”. Acogiendo este derecho en nuestro ordenamiento interno, la falta de un abogado o defensor público, al momento de tomar la muestra de aire de la humanidad del acusado, vulnera y contamina el debido proceso porque se viola un derecho garantizado en la Constitución. Pues en el momento mismo de que se le hace una prueba para comprobar si se encuentra en estado etílico ya se está afectando la eficacia de la prueba. La Convención establece: “la confesión del inculpaado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza” (Ley 1, 1969).

De este modo, cuando se toma el test sin dar a conocer los derechos del conductor a un análisis de sangre y sin su consentimiento, ese indicio probatorio se constituye posteriormente en una prueba ilegal, porque no se observó el debido proceso ni la garantía del procesado, llevando a una autoinculpación. Zambrano expone “Esa prueba es ilícita porque nace contaminada; envenenada como la obtenida por tortura, uso de los psicofármacos, sueros de la verdad, hipnosis, o los detectores de mentiras” (Zambrano, 2009, p.72-75).

Las pruebas solo tendrán eficacia probatoria cuando se precautele los derechos humanos al máximo nivel. Esta garantía debe ser y constituir una práctica progresiva en los procesamientos de las causas cuando está en riesgo la libertad, más allá de llenar protocolos de producción de su actividad laboral en el ejercicio de la función policial y judicial: “el derecho no es la ley, sino que la ley se basa en el derecho” (Contardo, 1978, p.5).

En este caso, estamos ante una posible conducta que previamente ha sido tipificada como infracción: contravención o delito, según el artículo 19 del COIP. Todas las conductas deben ser comprobadas con verdad meridiana. Al respecto, el COIP (2016) prohíbe el juzgamiento por presunciones. La carga de la prueba la tiene el Estado a través del agente de tránsito en el caso de contravenciones, parafraseando lo que expone Caro N., cuando refiere “Pese a que el concepto de carga de la prueba en materia penal fue elevado a la categoría de principio, la tendencia moderna del Derecho privado se orienta hacia la dinamización de la misma.” (Caro, 2013, p.40). Sin embargo, en los casos de test de alcoholemia *de facto* se ha producido una inversión de la carga de la prueba en el derecho procesal ecuatoriano.

Pese a que el concepto de carga de la prueba en materia penal fue elevado a la categoría de principio, la tendencia moderna del Derecho privado se orienta hacia la dinamización de la

misma, dándole al juez la facultad para distribuir la carga hacia la parte que esté en una situación más desfavorable. Dándole valor a esta inversión de la carga de la prueba en el alcoholtest estaríamos de lleno, como hemos indicado, incurriendo en lo que la doctrina denomina la prueba de los frutos del árbol envenenado. Además, en el caso del Ecuador, el agente de policía realiza un procedimiento que está regulado en disposición administrativa emitida en el año 2013, cuando la ley Orgánica COIP entra en vigencia en el año 2014. El principio de prelación le deja sin piso a las motivaciones de la resolución administrativa. Recordemos que es en esta disposición donde se establece el protocolo para que los agentes de policía, en su competencia de tránsito, puedan aplicar el alcoholtest.

En este punto, conviene recordar algunos tipos de pruebas que tienen relación con el juzgamiento de contravenciones de tránsito:

(1) *Prueba Científica*. - La prueba científica reúne los elementos materiales de un hecho o de una sustancia. Es el resultado de lo que contiene, de la consistencia material objetiva, que no amerita discreción ni discusión; es simplemente contundente, y el análisis sobre lo que se investiga es fiable, exacto y verificable.

(2) *Prueba Documental*. - Es la constatación objetiva de un hecho, expuesta a la contradicción y judicialización, sean estas expresadas, en documentos privados, públicos, y en algunos casos, electrónicos, previa la autorización legal.

(3) *La prueba pericial*. - La pericia es la exposición técnica de la verdad de un hecho que invoca un procedimiento con resultados comprobables y de criterio científico, realizadas por un especialista en una materia específica. La pericia acredita y atribuye un hecho en un lenguaje jurídico, y alcanza el valor de prueba cuando ha superado el ejercicio de contradicción. En el proceso penal la pericia tiene una singular importancia, lo dice Vega, “un derecho permanece sin valor, si no se llega a establecer su propia existencia” (Vega, 2014, p,138). Al exponer sus teorías las partes deben aportar elementos que constituyan prueba. La prueba pericial tiende a atribuir, verificar, determinar, suministrar elementos que permitan ingresar la verdad de los hechos en el proceso. En el Juicio sirve para determinar la materialidad de la infracción y la participación del acusado, a través de la demostración técnica científica y la utilización de un procedimiento previamente definido para su realización.

Mientras la prueba pericial puede ser controvertida con otra pericia, dejando la valoración al criterio del juzgador, la prueba científica, un medio probatorio no legislado de forma expresa, es apta para resolver cuestiones en controversias porque contiene certeza irrefutable, en el estudio denominado *La Prueba Científica no es Prueba Pericial*

Gozaíni (2012) señala bien lo explica Falcon que cuando se trata de prueba científica, no hay un salto de calidad, sino de cualidad, que se compone de dos grupos de cuestiones. Un primer grupo está constituido por: a) Exámenes que requieren conocimientos científicos especiales de expertos, producidos mediante experimentos, o la utilización de instrumentos de alta tecnología (que pueden ser químicos, físicos, de ingeniería, etc.). Estos exámenes que vemos ahora regularmente acompañando los exámenes médicos (resonancia magnética, tomografía computada, centellograma, etc.), tienen que ser realizados sobre elementos propuestos en el proceso. El otro grupo lo forman: b) las informaciones

científicas sobre hipótesis, leyes o teorías científicas, pedidas a instituciones de la más alta calidad, capacidad y prestigio de investigación. (p.3).

(4) *Prueba ilícita*. Es aquella que en su totalidad o de manera parcial niega la formalidad que consta en la norma, o se va en contra de principios básicos del derecho positivo y del control de legalidad, es actuada e incorporada contraviniendo el ordenamiento legal.

(5) *Prueba prohibida*. Es aquella que afecta garantías constitucionales, y la consecuencia, al igual que la prueba ilícita, es la no valoración. Un ejemplo son las pruebas obtenidas del árbol envenenado.

Es relevante entender que en el sistema acusatorio penal oral se debaten dos elementos básicos que consisten en probabilidad y la certeza. La primera recoge indicios sobre la materialidad de la infracción y responsabilidad del sujeto justiciable. La segunda se basa en elementos objetivos convincentes que permiten una conclusión y que producen la seguridad más allá de toda duda razonable. Se llega con ello a una conclusión certera cuando las pruebas son limpias sin que dejen posibilidad a la duda.

1.1.2.- La prueba de alcohol en otros países.

El alcohol, en el cuerpo tiende a evacuarse dependiendo de la dosis y del metabolismo de que lo consume, como lo dice Aragón, “este tiempo depende también de la dosis, ya que incrementando ésta se aumenta el tiempo de absorción”. (Aragón, 2002, p. 23). Las legislaciones adaptan sus procedimientos garantistas conceptualmente como lo expresa Cordero, y Escorcía, debe garantizarse derechos y principios como “legalidad de las pruebas de acuerdo a la forma en que estas han sido adquiridas sin que se vulneren libertades y derechos que puedan afectar su procesar debidamente”. (Cordero & Escorcía, 2014, p. 96). Sin embargo, en todos los países se determina contravención cuando el conductor lo hace bajo los efectos de alcohol en la sangre, que contradictoriamente no se hace tal como lo define Chango, y Altamirano “los Agentes Civiles de Tránsito pese a los resultados de estas pruebas, no han optado por practicar las pruebas de alcoholemia al presunto contraventor de tránsito”. (Chango & Altamirano, 2017, p.10).

En Colombia.- En todo el mundo se establecen protocolos para determinar el grado de alcohol en la sangre y lo que en este estudio se destaca que los procedimientos se realicen con la garantía constitucional del debido proceso y el derecho a los principios constitucionales que dicho sea de paso la lucha de derechos han sido simultáneos en Latinoamérica y en el mundo, por lo tanto, principios constitucionales son iguales me permito demostrar cómo se procesa, en Colombia se realizó un “Estudio de policonsumo en una muestra de conductores de Bogotá, hecho por Sánchez, González, Márquez, y Castro (2005) que señala

Luego se daba inicio al examen clínico de embriaguez así:

a. Signos vitales: frecuencia cardíaca, frecuencia respiratoria, tensión arterial y temperatura.

b. Examen mental directo: se valoraba el porte y actitud del examinado, la orientación, atención, afecto, lenguaje, pensamiento, juicio y raciocinio, cálculo, sensopercepción, memoria y prospección.

c. Estado de conciencia.

d. Examen físico: se valoraban la piel y mucosas, el aliento alcohólico, los ojos, la presencia de disartria, la coordinación motora, el equilibrio y el nistagmus. El perito ingresaba los datos de forma completa en el software aplicativo de la unidad y en el formato de recolección de datos y realizaba el diagnóstico clínico de intoxicación alcohólica o no alcohólica.

Posteriormente se procedía a tomar la prueba de alcoholemia y se entregaba al secretario de la unidad para que él lo embalara y lo guardara en la nevera a 4°C, se le entregaba igualmente la solicitud de estudio toxicológico y el registro de cadena de custodia que el completaba siguiendo los parámetros institucionales para preservar ésta.

Se le solicitó a todos los pacientes que recogieran la muestra de orina, en un recipiente tapa rosca estéril; este se embalaba, se le hacía la cadena de custodia y se enviaba a la sección de toxicología del Instituto Nacional de Medicina Legal para estudio de cocaína, cannabinoides, benzodiazepinas, barbitúricos, opiáceos y anfetaminas; donde se le realizará una prueba de screening por inmunofluorescencia polarizada tipo TDx y si era positiva se confirmará con cromatografía de gases. (p.17-18.).

En Bolivia.- Al considerarse que los estados tienen como obligación primordial el cuidado y protección de bienes jurídicos entre ellos el primordial la vida de las apersonas, por lo tanto en todas sus legislaciones adaptaron la sanción para los conductores bajo los signos de alcohol así citamos y tan solo para ejemplarizar tomamos por ejemplo en Bolivia se crea el Código Nacional de tránsito, y en su artículo 97.- establece “EMBRIAGUEZ.- Es terminantemente prohibido conducir vehículos bajo el efecto de drogas u otros intoxicantes, en estado de embriaguez, o cuando las condiciones de salud físico-mentales no permitan la normal y segura conducción.” Como una infracción y la considera en primer grado, cuya sanción es el arresto, así como también la inhabilitación de la licencia o multa, así lo sanciona en el artículo 144. (Ley 10135, 1973).

En Chile. - El juzgamiento es similar en todos los países, si bien se podría interpretar como estandarizado en vista de que el uso de dispositivos electrónicos sirve para materializar la presunción de que el conductor está bajo los efectos de alcohol, en Chile no es suficiente el resultado del dispositivo, sino que eso debe ir agravándose con otros signos evidentes que tiene que ver con el control de los sentidos, así lo determina la ley de Tránsito de Chile en sus:

“Artículo 115 B.- (134) Para la determinación del estado de ebriedad del imputado o del hecho de encontrarse bajo la influencia del alcohol, el tribunal podrá considerar todos los medios de prueba, evaluando especialmente el estado general del imputado en relación con el control de sus sentidos, como también el nivel de alcohol presente en el flujo sanguíneo, que conste en el informe de alcoholemia o en el resultado de la prueba respiratoria que hubiera sido practicada por Carabineros. (Ley 1007469, 2007, art.115).

En Perú. - Al advertirse que el consumo de alcohol inhabilita los sentidos de percepción disminuye la aptitud para conducir, en el Perú, se prohíbe el consumo de bebidas alcohólicas, para poder ope

rar un vehículo así lo regula “El reglamento a la ley de Tránsito de Perú”, en su artículo 88. “Está prohibido conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas, estimulantes o disolventes y de cualquier otro elemento que reduzca la capacidad de reacción y buen manejo del conductor.” Y para ello existe un procedimiento que tiene la finalidad de la idoneidad en el momento.

Artículo 94.- Pruebas de intoxicación. El conductor está obligado a someterse a las pruebas que le solicite el Efectivo de la Policía Nacional del Perú, asignado al control del tránsito, para determinar su estado de intoxicación por alcohol, drogas, estupefacientes u otros tóxicos, o su idoneidad, en ese momento, para conducir. Su negativa establece la presunción legal en su contra. (Ley 016, 2009, art.94).

Se debe considerar que en todos los países se sanciona el hecho de conducir bajo los efectos del alcohol, sin embargo, en las legislaciones buscan probar la falta de idoneidad por estar bajo el efecto del Alcohol, como se evidencia de la legislación de los países citados como ejemplo la sola prueba de Alcotest, no es suficiente para el juzgamiento, sino se valora otras manifestaciones en el conductor, para desvirtuar su idoneidad para conducir-

2.2.- La afectación del alcotest a la presunción de inocencia

La ley define un procedimiento específico para el juzgamiento de las contravenciones de tránsito a través del procedimiento expedito, y permite a las partes fundamentar sus argumentos en audiencia pública, oral y contradictoria ante el juez competente.

Al advertir de una infracción de tránsito, el agente de policía toma primer contacto con el acusado y elabora “un indicio probatorio” denominado alcotest, realizado con un dispositivo electrónico que, al exhalar el aire, imprime un resultado en el que se presume los grados de alcohol en la sangre. Con ese documento se justifica la aprehensión. Se anexa al parte policial, informándole al juez la *notitia criminis*. Al considerarse como un anuncio de prueba, debe ser actuada e incorporada al proceso en audiencia y sometida a la contradicción entre las partes.

El COIP establece un tipo penal y verbos rectores para sancionar al conductor que tenga alcohol en su sangre. Para su juzgamiento debe justificarse con prueba plena, confiable y demostrable, realizada en la sangre del infractor por un perito con experticia en medicina humana. De no haber sido así, el justiciable puede solicitar se realice esa prueba, conforme a las normas científicas, debiendo el juez, en garantía de sus derechos en audiencia, suspender para sustanciar el procedimiento usado que le lleva a la conclusión de los resultados.

Sin embargo, en la práctica, el juez, con esa noticia de aprehensión, convoca dentro de las 24 horas a audiencia de declaratoria de legalidad de aprehensión y calificación de flagrancia y juzgamiento. Allí se escucha al agente de policía como acusador, y a la defensa. El policía, en el ejercicio de su deber, justifica de forma oral las actuaciones dentro de sus funciones e indica los argumentos que expuso en su parte policial. Sin embargo, la simple anunciación del resultado emitido por el dispositivo no puede constituir prueba plena porque no ha sido solicitada ante juez competente, ni autorizada. Tampoco es recogida en la mayoría de los casos con el consentimiento informado. Si hubiese sido tomada con la pre

sencia de un abogado o defensor público y libremente consentida, entonces podría considerarse como consenso de las partes, como lo sostiene dice Del Rio Ferretti, , “en derecho comparado el consenso de las partes no plantea muchas dudas sobre su legitimidad, salvo en aquel punto” (Del Rio, 2008, p.157).

Se debe observar que, en derecho procesal penal, cuando se aprehende a un ciudadano se deben garantizar los derechos fundamentales. Coincidiendo con Moreno, _“Tomar una muestra ya sea de fluidos corporales para determinar el grado de alcohol en la sangre sin el consentimiento informado, o realizar una prueba de sangre es una medida que coarta el derecho a la integridad física” (Moreno, 1988, p.5).

Cuando una persona es aprehendida, en los modos en que está ocurriendo en Napo, porque se presume estar con alcohol en la sangre, no solo se suspende el derecho a la libertad, sino que se destruye el derecho a la presunción de inocencia amparado en los tratados internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 11, lo expuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 9, numeral 3, y, finalmente, el artículo 5 del COIP., sobre la presunción de inocencia, concordante con el expuesto en el numeral 3, de la duda a favor del reo.

En el análisis que nos ocupa, el aprehendido es conducido a prisión hasta que se determine su culpabilidad o ratifique su inocencia. Ese hecho vulnera el derecho establecido en la Constitución de la República, que toda persona debe ser tratado como inocente hasta que un juez, en respecto al debido proceso, lo determine culpable y determine también su grado de responsabilidad. En el caso de las contravenciones de tránsito, se produce una inversión de la carga de la prueba, el presunto infractor antes de juicio ya es culpable, está en purga de una pena no importa qué tiempo sea el que permanezca privado del derecho a su libertad antes del juicio. En el solo hecho de ser aprendido ya se ha consumado la negación del derecho a la presunción de inocencia. En una línea jurisprudencial española encontramos que:

Moreno (1988) menciona que La actual situación normativa ha dado lugar a varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional [hasta ahora tanto el Tribunal Supremo – en Sentencias de 2 de marzo de 1974, 27 de abril de 1977 y 18 de noviembre de 1980- como las Audiencias Provinciales -verbigracia, Sentencias de 3 de noviembre de 1979 (Jaén), de 26 de marzo de 1979 (Oviedo), de 6 de septiembre de 1980 (Cádiz) o de 10 de mayo de 1982 (Lérida)- habían desconocido de forma sistemática la problemática que estos exámenes podían llevar aneja] al haberse cuestionado la vulneración de diversos derechos fundamentales como consecuencia de la práctica de los test de alcoholemia tal y como aparecen regulados, lo que, por tratarse de un problema general y bien conocido, da pie para exponer aquí algunas ideas sobre este particular. (...) No puede olvidarse que, de seguirse la doctrina sentada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Decisión 8278/1978, de 13 de diciembre de 1979, contra Austria, donde se afirma que si bien una intervención tan nimia como un análisis de sangre no supone una injerencia prohibida por el Convenio (art. 2.1), «la ejecu

ción forzosa de un examen de sangre constituye una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración. (pp. 9-10).

La Corte Constitucional ecuatoriana, en casos análogos respecto del derecho a la presunción de inocencia, se pronuncia en la sentencia Nro.- 0-SEP-CC.20-13 caso Nro.- 0563-12-EP, resolviendo el problema jurídico mediante acción extraordinaria de protección a una sentencia:

Declarar la inexistencia de elementos configurativos del tipo penal en razón de “evidencias” que muestren fuerza o violencia, así como la determinación del momento en que la alegada infracción se dio o la autoría de la misma, claramente parten de consideraciones sobre las pruebas más aún, el criterio de “duda razonable” expresado en la sentencia, responde enteramente a un test probatorio nacido de la presunción de inocencia. Sin ánimo de iniciar un análisis de la institución que constituye materia de pronunciamientos ajenos al presente problema jurídico, se convendrá en que la presunción de inocencia se puede traducir en el aforismo bien conocido en el derecho anglosajón: “para declarar la culpabilidad de una persona, ésta debe ser probada sin que quede espacio para duda razonable “. Presentada así la institución, no puede negarse que en la sentencia impugnada la Sala realizó un análisis de valoración probatoria; pues o que hizo, en definitiva, fue verificar si las evidencias del proceso sirvieron para destruir la presunción de inocencia. (Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisión. Nro.- 0-SEP-CC.20-13 caso Nro.- 0563-12-EP, 2013).

Y con ese argumento la Corte Constitucional resuelve “declara la vulneración de derechos a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el debido proceso en la obligación de garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”.

En definitiva, en la provincia de Napo, de los casos analizados, contrariando al derecho a la presunción de inocencia, el agente de policía, como hemos indicado, le priva la libertad a un ciudadano como un acto eminentemente administrativo, por presumir la existencia de alcohol en su sangre. Con ello, ya ocurre un primer juzgamiento que hace el agente policial, y lo hace por un posible peligro abstracto. Le endosa al derecho penal para que dé una respuesta. Eso le ubica en la teoría penal del enemigo, ya que se adelanta a la punibilidad, con una pena desproporcionada alta. Con un simple test de alcoholtest, un mero acto administrativo priva de la libertad a una persona, desconociendo la presunción de inocencia como derecho. Sin embargo, lamentablemente, no es solo este el derecho violado, se suprimen también las garantías básicas del derecho a un debido proceso y el derecho a la defensa, así coincide Nicolás, cuando refiere “ya que en muchos casos el juez solo se limita a valorar la prueba del agente de tránsito, y de las pruebas que este aporta, y del parte policial que este emite”. (Nicolás, 2018, p.64), Coincide, Caro, al expresar, “la carga de la prueba es una regla de conducta y una regla de juicio; la primera, porque les indica a las partes lo

que les interesa demostrar; la segunda, porque le indica al juez cómo debe fallar. (Caro, 2013, p.4).

2.3.- La afectación del alcoholtest al derecho a la defensa

Con respecto al derecho a la defensa, en nuestra legislación, el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 129, le otorga competencias al juez para precautelar el derecho a la defensa de la persona procesada. En el ejercicio de su atribución le corresponde ser un garantista de derechos. Por ello se advierte una vulneración al derecho a la defensa cuando el agente de policía le realiza un test de alcohol a una persona que, dicho sea de paso, tiene presumiblemente limitada su capacidad de conciencia sin la garantía de los derechos constitucionales que le asiste al justiciable. Incluso dando por atribuido que el test de alcoholemia fuese una prueba plena inequívoca, esta teoría probatoria puede cambiar el tipo y la figura jurídica si el procesado, en ejercicio de su derecho a la defensa lo solicita. Por advertirse una vulneración del derecho a la defensa, el juez puede suspender la audiencia de flagrancia y disponer se realice la prueba de sangre en el laboratorio; toda vez que la audiencia de juicio debe sustanciarse mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo establecido en la Constitución de la República y el COIP.

Por ello, en el juzgamiento de contravenciones de tránsito por presunción de haber ingerido alcohol, es indispensable que el acusado comparezca ante el juez inmediatamente después de su aprehensión con prueba de análisis de sangre. La prueba preliminar de aire ofrece como resultado unos probables gramos de alcohol. Sin embargo, este resultado, además de las limitaciones probatorias respecto al análisis de sangre, cambia rápidamente con el tiempo. Si ya pasaron varias horas, el alcohol se metaboliza y el resultado será diferente. Esta circunstancia evidencia que en la práctica queda comprometido el derecho a la defensa por el peso desequilibrado que se otorga en la audiencia a un indicio probatorio, obtenido con violación del derecho a la presunción de inocencia, el debido proceso y afectando el derecho a la defensa. Ello por no acudir a la certeza de prueba plena que determina el análisis de alcohol en la sangre a través de la prueba de alcoholemia en el laboratorio.

En la provincia donde se realiza este estudio, y durante la vigencia de COIP, se denota de manera clara la una vulneración al derecho a la defensa protagonizada por los sujetos procesales en suma. Ello pese a existir en Ecuador líneas jurisprudenciales que optan por la progresividad de derechos. Así, la Corte Constitucional del Ecuador ha establecido que la falta de defensa en una audiencia constituye una vulneración de derechos:

De manera que el derecho a la defensa constituye una garantía para el caso in examine -en materia penal-, entendido desde la etapa pre-procesal hasta la etapa de impugnación, por ello, toda persona tiene el derecho a conocer todas las actuaciones procesales y contar con la asistencia de un abogado, sea particular de confianza del demandado o del acusado, o de un defensor público o de oficio, de este modo se brinda protección debida a sus derechos y entre ellos el de contar con una defensa técnica adecuada. (Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisión, N.º 005-16-SEP-CC CASO N.º 1221-14-EP, 2016).

2.4.- La afectación del alcohótest al debido proceso

Los derechos constitucionales son un conjunto de acciones o principios tutelados que deben valorarse por igual en un proceso penal sin discriminación de ninguna naturaleza. Estos principios nacen y se sostienen siempre vinculados entre sí, por ejemplo, no se puede garantizar el debido proceso si no se respeta el principio de imparcialidad, no puede haber derecho a la defensa, sin acreditar la presunción de inocencia. Así, el debido proceso consiste en unir todos los principios y derechos procesales para que una persona pueda ser juzgada:

Es por eso que se indaga siempre: “¿Quién se defenderá cuando de hecho no puede hacerlo con igualdad de armas? ¿No está ya vencido, antes de estructurarse un litigio que, en tales condiciones, sólo será aparente y que aunque formalmente se colorea como tal, en lo que es sustancial o materialmente exigido por la Constitución, termina en un fallo contrario a sus normas fundamentales. (Souza, 2012, p. 14).

Es necesario entonces analizar cómo y en qué momento la prueba de alcohótest afecta al debido proceso. De las sentencias ratificadas por los jueces de la Corte Provincial de Napo se debe observar que si una prueba no ha sido solicitada y actuada con las garantías constitucionales, y no ha sido realizada dentro de la fase procesal, donde no se ha sometido la prueba especialmente a la contradicción, esto es, en la audiencia de juicio, queda viciado el debido proceso.

2.4.1. Afectación al principio de contradicción y objetividad procesal

El debido proceso consiste en el respeto a varios principios y derechos, entre otros el de la *contradicción*. Este se entiende como la acción bilateral que tienen las partes en igualdad de condiciones de refutar los hechos y argumentos de la contraparte. Es uno de los aspectos relevantes en el juicio penal. Este principio tiene la particularidad de que está regulado por un marco de legalidad probatorio. En su aplicación, el juez, que dirige la audiencia, determina que las pruebas sean admitidas o no para ser contradichas. En ese espacio y tiempo las partes tienden a cuestionar, refutar y observar aspectos que puedan desnaturalizar la prueba o, en su caso adverso, caracterizar la misma como elemento probatorio para asegurar el criterio de convicción previo a resolver.

En el proceso penal se trabaja como un alfarero con la arcilla amorfa, que en la audiencia oral da forma a un cuerpo definido. Así, el principio de contradicción en la audiencia oral es el que valida o no al indicio del alcohótest con tres verbos propios de este principio que a mi juicio son: (1) garantizar que la prueba se produzca con la supervisión de los sujetos procesales; (2) escuchar los argumentos para debatir o admitirlo; (3) informar al juez sobre la veracidad de la prueba. El principio de contradicción procesal es definido como:

Criterio que rige en el proceso penal conforme al cual toda persona tiene derecho a confrontar la prueba que se presenta contra él. La vigencia efectiva del principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso

equitativo. El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en su práctica y en lo que se refiere concretamente a la defen

sa le facilita la oportunidad de actuar poniendo en relieve los aspectos que a su juicio anulan, alteran o debilitan su valor probatorio, lo que contribuye a su valoración por parte del tribunal” (Diccionario del Español Jurídico, 2020).

El Código Orgánico General de Procesos (2016), ley supletoria al Código Penal, respecto de la contradicción establece en su art. 165: “Derecho de contradicción de la prueba. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla”. Existen varios elementos que se deben entender en la contradicción procesal. Uno de ellos tiene estrecha relación con el daño causado y el peligro eminente. Por eso, en la jurisprudencia comparada encontramos que no se trata de la simple presencia de alcohol:

El Tribunal Constitucional ha mantenido una línea constante y uniforme en el sentido de señalar que el delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas no se produce por la simple constatación de un cierto grado de alcoholemia, sino que es preciso demostrar la influencia del alcohol en la conducción. En esa línea, ha afirmado que el supuesto delictivo que cometamos “no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la “influencia de bebidas alcohólicas” constituye un elemento normativo del tipo penal que “requiere una valoración del Juez en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto de que se trate el conductor se encontraba afectado por el alcohol (...)” (Díaz, 2000, p.147).

Como ya hemos indicado, respecto del indicio probatorio de alcoholtest, y el proceso que se usa para obtenerlo, aquel es tomado sin el consentimiento informado del presunto infractor. Sabiendo que es la prueba que se usará en su contra, no se la toma con la presencia de un abogado como es su derecho de justiciable. Esto resulta más gravoso que someterlo a un interrogatorio. Esta obligación, de someterse a dicha toma de muestra sin garantías de contradicción, no debería tener valor de prueba. La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en la sentencia de proceso no. 633-2010 V.R., declara la inocencia al acusado porque considera que se viola el derecho a la defensa, en circunstancias que se le interroga al detenido sin la presencia de un abogado:

23.- En conclusión: a.- El que los aprehensores hayan sometido a la detenida a un interrogatorio sin asistencia técnica y sin que previamente haya sido llevada ante un juez de garantías, permite distinguir entre la evidencia que ella portaba al momento de ser detenida partiendo de la discriminación por pasado judicial y la que se encontró como resultado del interrogatorio ilícito dejándola en indefensión de acuerdo a los numerales anteriores. (Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Pena, sentencia Nro.- 633-2010, 2009).

En el juicio penal toda prueba debe ser contradicha como principio inviolable, para garantizar otro principio que es el de la *objetividad*, que significa que no solo se deben encontrar los elementos inculpatorios sino también los que eximen, y así determinar el bien jurídico afectado por el justiciable para determinar la materialidad de la infracción.

La afectación al debido proceso en las sentencias analizadas en la Provincia de Napo, viene porque el juez sigue una línea jurisprudencial que asume que el indicio del test de

alcoholemia es una especie de prueba pre-constituida. Así supone, por un lado, la inversión de la carga de la prueba, y, por otro, el otorgamiento de un valor probatorio objeti-

vo e indiscutible a un tipo de indicio que puede adolecer de problemas de certeza y de legalidad en su obtención. Con ello se disminuye el principio de contradicción procesal al revestir a meros indicios de una fuerza probatoria desmedida. Esto ocurre precisamente porque se omite el análisis de la objetividad de la prueba. En palabra de Vicente Gimeno Sendra (2010), en su estudio *La Prueba Preconstituida de la Policía Judicial*:

En materia de valoración de las pruebas alcoholimétricas el TC ha mantenido dos doctrinas contradictorias: según una primera jurisprudencia, el resultado de dicha prueba, al incardinarse en un atestado policial ha de correr la misma suerte que éste y ha de ser considerado como una «denuncia» —art. 297.1— que exige prueba en el juicio oral a través de la declaración testifical de los funcionarios de policía que intervinieron dicho atestado;⁴ de conformidad con la segunda, que en el momento actual permanece hegemónica en la jurisprudencia constitucional, habida cuenta del carácter «irrepetible» del resultado del test alcoholimétrico, el atestado policial en este extremo ha de gozar de los efectos de la prueba pre-constituida. ⁵ Ahora bien, para que tales actos, debido a su imposibilidad de reproducción en el juicio oral, puedan erigirse en actos de prueba pre-constituida, es preciso que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual los funcionarios de policía han de ser escrupulosos con el deber de información al imputado de las consecuencias desfavorables que le puede acarrear el sometimiento a tales pruebas y, de modo especial, de su derecho a someterse a un análisis clínico de extracción de sangre. Si tales informaciones se omitieran, en la medida en que la prueba se obtiene mediante la vulneración del derecho de defensa, ha de reputarse como «prohibida» y excluir la posibilidad de fundamentar una sentencia condenatoria (STC 111/1999, 29 de noviembre de 1984). Pero, si se cumpliera con dicha obligación, puede el juez de lo penal otorgar a dicho acto valor de prueba y fundar una sentencia de condena. (p 41).

2.4.2 La afectación del alcoholtest al principio de inmediación

Este principio permite una relación directa de las partes litigantes con el juez, en todas las fases del proceso, el juez autoriza la práctica de las pruebas y garantiza que su obtención se realice sin vulneración de derechos de las partes. Debe entenderse que el principio de inmediación en el proceso penal es sinónimo de credibilidad, por lo tanto, si una actividad esencial probatoria no ha sido autorizada, no ha superado el principio de inmediación, por lo tanto carece de credibilidad:

La credibilidad depende, en realidad, de ese conjunto de conocimientos que se ha solido designar con el nombre de “máximas de experiencia”. Y cada medio de prueba posee las suyas, habida cuenta de que cada uno de esos medios depende de una ciencia indiscutiblemente experimental que suministra esas máximas. Y lo que hay que hacer es recurrir a dicha ciencia a la hora de comprender el significado de cada medio de prueba. (Fenol, 2010, p.35).

La inmediación es el motor del proceso, en sentido figurado es el vehículo que lleva tres tripulantes, dos interesados en un controversia y un tercero imparcial que alimenta su crite-

rio sobre el tema en conflicto en base de los aportes probatorios de las partes procesales. Este principio de inmediación es conceptualizado como:

Principio según el cual los jueces, los magistrados, miembros del tribunal, o los secretarios judiciales, respecto de aquellas funciones que le son propias, habrán de estar presentes en la práctica de las pruebas, y en cualquier otro acto que deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente. (Diccionario del Español Jurídico, 2020.)

Si la inmediación sirve para creer y generar certezas, el juez, en el desarrollo de la audiencia, se forma una convicción, porque las partes aportan sus argumentos desde el antecedente del hecho. En este momento el agente policial toma el papel de acusador y por lo tanto le corresponde probar lo que argumenta en el parte policial y lo que imputa.

Al Juez le corresponde observar la constitucionalidad de las actuaciones probatorias. En ese contexto, la prueba de alcoholómetros, que es incorporada al proceso a través del parte policial no ha sido autorizada sino que ha sido tomada de forma directa por el agente de policía. El principio de inmediación en la práctica de la prueba ha quedado comprometido. Ello debe obligar al juzgador a tener en cuenta esta violación al momento de valorar.

De los casos analizados en las sentencias emitidas en la provincia de Napo, existe una práctica habitual inducida de que los abogados defensores no discutan el valor probatorio del indicio, sino que muchos de ellos asuman de facto su pretendido valor probatorio. Ello es lo que contribuye precisamente a permitir que por se juzgue por meros indicios y no por el valor de prueba. En estos casos la audiencia termina en una mera formalidad de reverencia al resultado de un simple test, dinamitándose la inmediación probatoria.

2.4.3 La afectación del alcoholtest al principio de duda razonable

La duda razonable y la certeza son dos términos que son antagónicos, como contrarios son las teorías de los litigantes. Una de aquellas debe desaparecer en el juicio. Mientras la duda razonable tiende a oscurecer la certeza, de manera contraria, la certeza tiende a desaparecer la duda, siendo estas dos el corazón de un proceso que crea un axioma: si hay duda no hay culpable, y si hay culpable es porque no hay duda así coincide:

Carnevali & Castillo, (2011), "Prueba más allá de toda duda razonable es aquella prueba que los deja firmemente convencidos de la culpabilidad del acusado. Hay pocas cosas en este mundo que nosotros conocemos con absoluta certeza, y en los casos criminales la ley no requiere pruebas que superen toda posible duda. Si basados en su consideración de la evidencia, ustedes están firmemente convencidos que el acusado es culpable de los cargos, deben hallarlo culpable. Si, por otro lado, ustedes creen que hay una posibilidad real de que no sea culpable, deben darle el beneficio de la duda y encontrarlo no culpable" (p.99)

En el sistema procesal se busca una verdad material que es objetiva, de allí que el juez por su carencia de iniciativa procesal se convierte en un director técnico de la contienda, que dirige conforme a reglas y principios la práctica de las experticias en igualdad de condiciones con las cuales las partes pretenden una convicción en el juez. El sistema procesal penal en

Ecuador, desde el COIP, es adversarial o acusatorio y no inquisitivo. En el Código Orgánico Integral Penal, el juez, para proceder a acreditar el cometimiento de una conducta a un ciudadano, debe tener la certeza, más allá de toda duda razonable, conforme lo describe en el artículo 5 numeral 3. Los jueces tienen reglas a seguir para la valoración de las pruebas, pero esta valoración no está basada en la intuición, o los simples presentimientos.

Las sentencias por contravenciones emitidas por jueces de primer nivel no son apelables excepto las sancionadas con pena privativa de libertad. Al tratarse de penas menores no han llegado a proponerse acciones de protección a las sentencias ante la Corte Constitucional. Aunque ello es plenamente posible, hasta el momento la Corte no se ha pronunciado sobre la valoración de los alcoholtests como prueba plena. Sin embargo sobre indebida aplicación de normas o valoración errónea de las pruebas la Corte Nacional de Justicia sí se ha pronunciado. En el caso 827-2015, de fecha 15 de junio del 2015, casa parcialmente una sentencia en materia de tránsito. Un fallo que resulta análogo y plenamente aplicable al tema que abordamos:

El error de indebida aplicación de la ley, o llamado también error de pertinencia, hace referencia al yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo; por lo tanto es evidente, que al hacer la contraposición entre los hechos fácticos, y el supuesto previsto en la norma, se comete el yerro; toda vez, que la norma jurídica aplicada por el juzgador en la sentencia, no se adecua a la narración, ni a los hechos fácticos probados; y pese a ello, se la ha aplicado para resolver.(p.241)

Algunos analistas han hablado de un estándar de la prueba penal, para poder valorar las pruebas personales, Mercedes Fernández López, ella distingue tres estándares; “*La prueba más allá de toda duda razonable*” la prueba, “*más allá de toda sombra de duda,*” y “*una tercera que se sitúa entre los dos anteriores*”, a la que se le podría conocer como “*prueba clara y convincente*”, se ha dicho que en los juzgamientos de las contravenciones in duda se juzgan en base a la prueba que se origina de la declaración del justiciable para establecer el injusto penal, sin embargo el autor citado al respecto dice:

En relación con la exigencia de colaboración, cabe concluir, pues que ésta supone una prohibición de condenar sobre las únicas bases de la declaración del coimputado o de la víctima, ya que tal declaración ha de estar avalada por otros datos probatorios externos a la propia declaración y que como en la prueba indiciaria, en su conjunto, conduzcan a la conclusión incriminatoria. (Fernández, 2007, p.8).

Pues bien, como hemos visto en los casos analizados de la Corte Provincial de Napo, los abogados de la defensa no suelen defender la ilegalidad de la prueba, como tampoco impugnan la afectación al debido procedimiento en la práctica del alcoholtest, que es el indicio que finalmente sirve de motivación jurídica para ratificar la sentencia del juez *a quo*.

En Napo, en la práctica se evidencia que no se acredita la calibración y homologación del dispositivo con el que se toma la prueba, tampoco existe evidencia del consentimiento informado, como tampoco existe la certeza de la cantidad de alcohol en la sangre para aplicar con exactitud la sanción en base de la normativa del código penal. Tan solo existe una medición a través del aire expirado que no indica con certeza cuántos gramos existen por litro

de sangre. El resultado es que no se disipa la duda razonable de la exactitud del contenido de alcohol en la sangre. Y según esto, como establece el COIP, debería favorecer al presunto infractor (art. 5 numeral 3).

2.4.4 Afectación a la coherencia del ordenamiento y la seguridad jurídica

La Constitución de la República del Ecuador es norma de jerarquía superior y de cumplimiento obligatorio, y en el artículo 425 expresa su prevalencia sobre todas las otras leyes, sean estas orgánicas o no, así como sobre los actos administrativos o de simple administración. La CRE establece principios, derechos y reglas a cumplir por los administrados. A través de la ley (principio de legalidad) se desarrolla el cumplimiento estricto de principios y derechos, entre ellos el derecho al debido proceso, a la defensa, a la tutela judicial efectiva, y la motivación de las resoluciones.

La Agencia Nacional de Tránsito emite la resolución número 171-DIR-2013-ANT, con la que establece el protocolo de uso de alcohómetros y alcoholímetros. Pese a que es escueta con 8 artículos y dos disposiciones generales, la misma es usada en todos los procedimientos en vista que al ser un acto administrativo emitido por la autoridad competente debe ser cumplido. Sin embargo, el artículo 525 de la carta magna determina que la constitución es la norma jerárquicamente superior y de cumplimiento obligatorio, seguido de acuerdos y tratados internacionales, leyes especiales. Deja a los actos y decisiones de los poderes públicos en el último peldaño, por lo que la resolución 171-DIR-2013-ANT, al ser un acto administrativo, tendría valor jurídico en ese orden.

Es el orden jerárquico del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la constitución, en su artículo 76. a), establece que “en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:” b) la presunción de inocencia de toda persona; c) le quita todo valor a las pruebas que se hayan obtenido con violación a la constitución y a la ley; d) y en “...caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.”. En el artículo 76 numeral 7(e) de la constitución, están establecidos el derecho a la defensa y sus garantías: “[n]adie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto”. Sin embargo, en la resolución administrativa, en el artículo 4 numeral 3) se dice:

Informaran al conductor que la negativa a practicarse el alcohómetro o al menos el examen psicosomático, será considerado como presunción de encontrarse en el máximo grado de intoxicación y por ende se procederá con su detención, además se le informará de la obligación de grabar todo el procedimiento en caso de contar con los equipos respectivos. 4. Una vez fuera de la unidad, el conductor soplara en la boquilla del alcohómetro mientras mantiene una presión de aire adecuada. (Resolución 171, 2013).

Además, respecto a las actuaciones de los servidores públicos, el artículo 426 de la Constitución establece que todos los servidores públicos en el ejercicio de las atribuciones, están en la obligación de aplicar directamente las normas constitucionales, y las previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos. Asimismo, en el artículo 427 se indica que

las normas se deben interpretar por el tenor literal que más se ajuste a la carta magna, y de haber una duda se debe interpretar en el sentido que favorezca al infractor. Finalmente, la Constitución establece los derechos de acogerse al silencio, de no ser forzado a declarar contra sí mismo (art. 77), y en el numeral 4 establece:

En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

Sin embargo, el COIP, en su artículo 471, permite la grabación de audio y video, sin autorización judicial y se pondrá a órdenes de fiscalía siempre que se trate de un hecho constitutivo de infracción, con la particularidad de que sean registrada de modo espontaneo al momento de su ejecución. En el caso de la grabación que realiza el agente de tránsito esta se conforma como un medio de prueba.

Esta práctica de los agentes de tránsito y el procedimiento del alcohotest elimina de facto, lo establecido en el COIP, que en su artículo 13 numeral 2 determina que los jueces no pueden hacer interpretación extensiva del tipo penal. También en el artículo 385 se deja claro que se sanciona a quien conduce un vehículo a motor bajo los efectos del alcohol, y gradúa la sanción de acuerdo con la cantidad de alcohol *en la sangre*. Por lo tanto, cabe reiterar que se refiere a los gramos de alcohol en la sangre, sujeto a comprobación a través de una pericia en la humanidad del contraventor. Es evidente que pretender que el procedimiento del alcohotest tenga valor como prueba en juicio, cuando no ha sido aceptado voluntariamente por la parte, afecta la coherencia del ordenamiento jurídico en vista de que al contraventor se le juzga con un indicio probatorio que no cumple con los presupuestos y requisitos de la pericia.

Sin duda con esta práctica de aplicación de las normas de forma apresurada y con indiferencia a principios básicos del derecho humano, no solo en la Provincia de Napo, se afecta sin duda a la seguridad jurídica, haciendo el marco legal cada vez más inestable, retrasando la promoción de un óptimo desarrollo de los derechos sociales y económicos. Es por aplicaciones como esta, entre otras, que la seguridad jurídica sigue siendo una deuda constitucional pendiente, y, como si fuera poco, se fortalece la desconfianza de la población al sentirse desprotegidos del poder público. No es casual entonces la organización social y la protesta civil para persuadir al estado y a los poderes públicos no solo que ajusten sus actuaciones a las normas preexistentes, sino que además enmarquen sus decisiones en procura del respeto a los derechos humanos sin violación alguna.

Conclusión

Como hemos visto en el análisis, en un proceso judicial la prueba debe ser completamente limpia, que no deje duda. Su pureza empieza desde el momento que ocurre la infracción en el caso de este estudio, desde que el agente de policía toma primer contacto con el justicia-

ble, de allí que debe cuidarse que bajo ningún concepto se contamine, ni se viole el debido proceso. En los casos juzgados en la jurisdicción analizada, a los detenidos no se les garan

tizó la presencia de un abogado previo a tomar la muestra de aire para realizar la prueba preliminar, tampoco compareció a audiencia el perito que realizó la prueba, por lo que la defensa omitió ese derecho a impugnar la prueba única.

Al haberse inobservado principios, especialmente el derecho a la defensa y el debido proceso llama la atención la falta de impugnación a la legalidad de las pruebas por parte de la defensa de los procesados, dejando entrever que los procesados aceptaron o admitieron la culpa y la aceptación implícita del hecho. La defensa solo se limita a realizar meras conjeturas de aspectos completamente ajenos a la legalidad y validez formal de la prueba. Al considerarse que a los jueces no tienen iniciativa procesal, tan solo les corresponde la valoración de las pruebas presentadas. En virtud de ello, en los casos analizados resolvieron por analogía, dieron por probada la materialidad de la infracción en base de la prueba del alcohómetro y el testimonio del policía, a pesar de que en varios procesos no fue quien tomó y realizó la muestra de aire en el dispositivo de alcohómetro. Si no existe impugnación a la legalidad de la prueba, es difícil que el juez *ex officio* proceda a resolver, pues así lo dispone el COIP dentro de los principios procesales (art. 5). En el juzgamiento penal contravencional, la iniciativa procesal la tienen las partes, solo ellas pueden impugnar o allanarse de ser el caso, el juez no cumple el papel de investigador, ni policial, sino de director de la audiencia y solo podrá solicitar aclaraciones generadas por el debate de las partes, en aplicación al principio dispositivo, de intermediación y concentración previsto en el Código Orgánico de la función Judicial (art. 19). Con todo, es menester aclarar que en algunos procesos los abogados sí atacaron la prueba y su legalidad, y, aunque no lo hicieron con contundencia, sin embargo, lograron generar duda razonable. Ello permitió la confirmación de inocencia con la revocatoria de cuatro sentencias de las veintiún analizadas emitidas por del juez de primer nivel (figura 1).

Otro de los aspectos importantes es la constatación de que la fuerza probatoria descansa únicamente en un indicio probatorio que consiste es un documento donde se marca el grado presumible de alcohol en la sangre obtenido de forma indirecta por la exhalación del aliento. Al juez no se le presenta el dispositivo con su respectiva documentación que acredite su homologación de modo que pueda generar la certeza de su legal y correcto funcionamiento; ni tampoco algún certificado de calibración del artefacto, para asegurar la certeza del resultado de la prueba (figura 2). Por otro lado, cuando se produce la falta de comparecencia del perito que toma la muestra, le deja al juez en la imposibilidad de aplicar principios como el de intermediación y contradicción, impide la posibilidad de aclaración de dudas que puede generarse al juez en el ejercicio de la contradicción, contraviniendo así lo expuesto en el artículo 76 numeral 7, literal (j) (figura 3).

Del análisis se evidencia que en ningún caso se juzgó en base a la prueba científica de sangre realizada en laboratorio. Esta es la prueba documental y pericial irrefutable que no genera duda para que el juez obtenga la convicción plena. Conviene no olvidar que aplicar la sanción, conforme el artículo 13 numeral 2 del COIP, las penas y los tipos penales se deben aplicar en el sentido literal de la norma (figura 4). Asimismo, como muestra las sentencias estudiadas, las muestras de aire se obtienen sin la presencia de un abogado. Eso hace que la

prueba esté viciada por prohibición expresa del artículo 76, numeral 4 y el numeral 7 literal (e) de la Constitución de la República (figura 5).

Como en la provincia del Napo, es probable que en todo el país esté ocurriendo, en menor o mayor medida, que se juzgue a las personas con la sola presentación de un papel impreso por una maquina (alcoholotector), cuya impresión tan solo es agregada como anexo de un parte policial. Esto no es prueba porque no ha sido solicitada, actuada, e incorporada al proceso en legal y debida forma, afectando el derecho a la defensa, y a la autenticidad de la prueba de alcoholemia. Todo ello se asiente en una “presunta” admisión tacita o consentí

miento por el justiciable del valor probatorio de un test. Sin embargo, la función de los jueces es realizar el control de legalidad, partiendo del primer principio de legalidad contemplado en el numeral primero del artículo 5 del COIP.

En la provincia de Napo, de todas las sentencias, ningún caso fue juzgado en base a la observación y análisis de la prueba de sangre realizada en el laboratorio, sino que se sancionó considerándose suficiente la prueba realizada en el artefacto alcohosensor o su similar que no fue tomada con estricto mandato constitucional para la obtención de las mismas. Como en el resto de provincias, las resoluciones judiciales donde se sanciona una contravención con pena privativa de libertad, son impugnables ante los jueces de la Corte Provincial como segunda y última instancia, para ejercer la garantía de la tutela judicial. Pero la defensa de los procesados no hace una fundamentación doctrinaria de los presupuestos que debe tener una prueba para que obtenga el valor de tal. Ante esta carencia de defensa, en la práctica se asume por el órgano revisor una aceptación tácita del hecho que se atribuye el contraventor. Se ha evidenciado en la provincia que, por falta de defensa técnica adecuada, se permite la judicialización y valoración de un documento que no reúne las características de prueba documental, ni pericial por estar contaminada de ilegalidad en la obtención de las muestras desde el comienzo del procesamiento, el primer contacto del policía con el justiciable. En definitiva, los derechos a la presunción de inocencia, la defensa, al debido proceso y a la seguridad jurídica de muchos conductores se han vulnerado y siguen vulnerándose al otorgar valor probatorio como prueba “preconstituida” a un simple indicio obtenido sin las garantías legales, y en muchas ocasiones, sin su impugnación procesal por la defensa.

Para garantizar los derechos y evitar esta inversión de la carga de la prueba que nos retrotrae a un derecho inquisitivo, entendemos que es necesario:

- *El agente de policía* en el momento de la realización del test de alcoholemia debe observar cautelosamente la aplicación de todos los derechos constitucionales de las personas, a tal punto que no solo es custodio del aprehendido, sino también de la recolección de evidencias y vestigios, que permitan con claridad exponer ante el juez la justificación de sus actuaciones, así como probar la materialidad de la infracción que acusa. Debe advertirse que en el juzgamiento de contravenciones de tránsito flagrantes, es el policía quien toma la condición de acusador toda vez que sus argumentos serán contradichos y debatidos en audiencia de juicio. Para asegurar los derechos del presunto contraventor así como la fuerza y legitimidad del indicio probatorio, el policía debe llevar al detenido inmediatamente al juez y no demorarse en

- protocolos de logística, entre ellos un formato de parte policial que ocupan un tiempo considerable. No puede ocurrir que un presunto contraventor permanezca más de 10 horas en espera de su audiencia. Al advertirse la necesidad de la aprensión del ciudadano, debe darle lectura de los derechos constitucionales establecidos en el artículo 77 numeral 3 y 4, esto es, su derecho a solicitar un abogado, y de inmediato leer el consentimiento informado. Informarle al presunto contraventor que tiene el derecho si desea de forma voluntaria de realizarse la prueba del alcoholímetro, para de existir mérito proseguir con el trámite y posterior acompañar al laboratorio, sin perjuicio que lo solicite al juez en la audiencia que siempre debe ser inmediatamente.
- La *defensa técnica* debe hacer valer los argumentos objetivos de su impugnación, cuestionando, entre otros elementos, el valor probatorio del indicio obtenido por el alcoholtest, tanto del artefacto como del resultado, así como la no presencia del funcionario en la audiencia. En vista de que se juzga en 24 horas a través del procedimiento expedito, podría solicitar la obtención de la prueba de sangre, para que el juez tenga la certeza de los gramos de alcohol en la sangre del justiciable.
- Los *jueces*, por su parte, deben vigilar el cumplimiento de los derechos de los procesados, velar por la garantía constitucional, y hacer el control de legalidad en la obtención de las pruebas con las que los agentes de policía fundamentan los cargos imputados al ciudadano presunto contraventor. Los señores magistrados deberán garantizar el derecho a la defensa y bien podrían suspender la audiencia para que se recurra al laboratorio y pueda comprobar la cantidad real de alcohol en la sangre. Eso les permitirá cumplir con el espíritu del artículo 13 numeral (2) del COIP. “2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.”.

Bibliografía académica

Aragón, C., Correa, M., Miquel, M., Sanchis, S. (2002). *Alcohol y metabolismo humano adicciones*, (1), pp. 23. Recuperado de <http://www.adicciones.es/index.php/adicciones/article/viewFile/541/533>.

Cabanellas, G. (2009). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos, Argentina: Heliasta.

Carnevali, R., Castillo, I. (2011). *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*. Santiago, Chile: Praxis pp. 99.

Caro, N. (2013) La carga de la prueba frente al principio de presunción de inocencia en el estado colombiano, *Verba Iuris*, (29), pp. 4. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2182>.

Castro, A., González, J., Márquez C., Sánchez, O., (2005). Estudio de Policonsumo en una muestra de conductores de Bogota, *Revista de la Facultad de Medicina*, (55), pp. 17-18. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/revfacmed/article/view/21972>.

Chango, V., Altamirano, A. (2017). *El alcohol test como elemento probatorio en las contravenciones de tránsito y el derecho constitucional a la seguridad jurídica*. (Tesis de pregrado) Universidad Técnica de Ambato, Ecuador.

Contardo, E. (1978). Reflexiones sobre los Derechos Humanos. *Revista Chilena de Derecho*, (5), pp. 5-79. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/41605215>.

Cordero, L., Escorcía, J. (2014). Es la prueba de alcoholemia y sus procedimientos, garantes del debido proceso, *Legem* (2), pp. 96. Recuperado de <http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/legin/article/download/1173/809>.

Del Rio, F. (2008). El Principio del Consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional aclaraciones conceptuales necesarias. *Revista Chilena de Derecho*, (35), pp. 157-182. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/41614188>.

Díaz, F. (2000). La prueba de alcoholemia y sus consecuencias en los ámbitos administrativo-sancionador y penal, *Revista Jurídica CUC*, (6), pp.147. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/187495849.pdf>.

Díaz, R., Méndez, A. (2010). La teoría de los frutos del árbol envenenado en el sistema procesal penal colombiano, *Revista Jurídicas CUC*, (6), pp.46.

Fenoll, J. (2010). Oralidad e Inmediación en la prueba: luces y sombras, *Revista de derecho procesal*, (1), pp.35. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4033434>.

Fernández, M. (2007) La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. (15), pp. 8. Recuperado de <https://www.uv.es/cefd/15/fernandez.pdf>.

Gozaíni, O. (2012). La Prueba Científica No es Prueba Pericial, *Derecho & Sociedad* (38), pp. 169-75. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/download/13116/13727/0>.

Moreno, Víctor. (1988). *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*. Sevilla, España: Poder Judicial.

Pérez, L. (2007). *La eficacia de la Prueba Indiciaria en el Proceso Penal Ecuatoriano*. (Tesis de postgrado) Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.

Revorio, F., Díaz, D. (2000). La prueba de alcoholemia y sus consecuencias en los ámbitos administrativo-sancionador y penal: el análisis desde la perspectiva consti-

tucional, *Parlamento y Constitución*, (4), pp. 127. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=197151>.

Sendra, V. (2010). La Prueba Preconstituida de la Policía Judicial, *Revista Catalana de Seguretat pública*, (1), pp, 41. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/viewFile/194212/260386>.

Souza,A. (2012). La parcialidad positiva del juez fundamento ético material del código modelo Iberoamericano. *Universita*, (25), pp,14. Recuperado de <http://universitas.idhbc.es/n16/16-08.pdf>.

Vega, J. G. (2014). La prueba pericial. *Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, (22), pp, 1-10. Recuperado de <https://doi.org/10.15381/quipu.v22i42.11056>.

Zambrano, A. (2009). *La prueba ilícita*. ,pp, 72-75. Recuperado de https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/27_49a76.pdf.

Real Academia Española. (s.f.). Jurídico. En Diccionario del Español Jurídico. Recuperado en 21 de mayo de 2020, de <https://dej.rae.es/>.

Referencias Legales

Agencia Nacional de Transito. (26 de diciembre de 2013) Protocolo de uso de alcoholímetro y alcoholímetros. [Ley 171 de 2013].

Asamblea, N. (2008). *Constitución de la República*. Quito, Ecuador: Nacional.

Asamblea, N. (2016). *Código Orgánico Integral penal*. Quito, Ecuador: Nacional.

Congreso Nacional. (27 de diciembre de 2007). Ley de Tránsito de Chile [Ley 1007469 de 2007].

Consejo, M. (1973). *Código Nacional de Transito*. La Paz, Bolivia: Nacional.

Convención, A. (1977). *Sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Nacional.

Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisión. (15 de junio de 2015) sentencia N.º 827-2015 [Gladys Terán].

Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisión. (23 de octubre de 2009) sentencia Nro.- 633-2010 [Vicente Robalino].

Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisión. (30 de mayo de 2013) sentencia Nro.- 0-SEP-CC.20-13 caso Nro.- 0563-12-EP [Patricio Pazmiño]

Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisión. (6 de enero de 2016) sentencia N.º 005-16-SEP-CC CASO N.º 1221-14-EP [Alfredo Ruiz]

Corte, N. (2015). *Jurisprudencia Ecuatoriana ciencia y derecho*, Quito, Ecuador.

Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969) Convención Interamericana de Derechos Humanos. [Ley 1 de 1969].

Ministerio, T. (2007). *Ley de Transito de Chile*, Santiago, Chile: Nacional.

Presidencia, R. (2017). *El reglamento a la ley de Tránsito de Perú*, Lima, Perú: Nacional.

Presidencia, R. (27 de diciembre de 2017). *El reglamento a la ley de Tránsito de Perú* [Ley 016 de 2017].

Presidente de la República de Bolivia. (16 de febrero de 1973) Código Nacional de Transito. [Ley10135 de 1973].