



# UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

**TÍTULO:**

**“FUNDAMENTOS PARA LA INADMISIBILIDAD  
DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y LA PRUEBA  
ILÍCITA EN MATERIA PENAL”**

TESIS PREVIO A OPTAR EL TÍTULO DE  
LICENCIADA EN JURISPRUDENCIA Y  
ABOGADA.

**AUTORA:** *Fanny Elizabeth Salinas Livisaca.*

**DIRECTORA:** *Dra. Susana Jaramillo*

LOJA - ECUADOR  
2016

1859

## CERTIFICACION

**Dra. Susana Jaramillo**

**DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DEL ÁREA JURÍDICA,  
SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE  
LOJA.**

### **CERTIFICO:**

Haber dirigido el trabajo de investigación de la señorita Fanny Elizabeth Salinas Livisaca, Intitulado: **“FUNDAMENTOS PARA LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y LA PRUEBA ILICITA EN MATERIA PENAL”**, consecuentemente cumple con los requisitos establecidos en la normativa pertinente para la graduación en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación.

Loja; enero de 2016



**Dra. Susana Jaqueline Jaramillo**

**DIRECTORA DE TESIS**

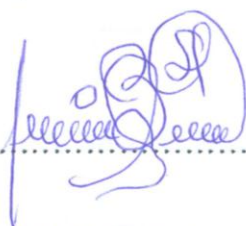
## AUTORIA

Yo, Fanny Elizabeth Salinas Livisaca, declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional Biblioteca Virtual.

Autora: Fanny Elizabeth Salinas Livisaca

Firma: .....



Cédula: No. 1719689703

Fecha: Loja, enero de 2016

**CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DE LA AUTORA,  
PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y  
PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO**

Yo, **Fanny Elizabeth Salinas Livisaca**, declaro ser autora de la tesis titulada: **“FUNDAMENTOS PARA LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y LA PRUEBA ILÍCITA EN MATERIA PENAL”**, como requisito para optar al grado de **ABOGADA**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 14 días del mes de enero de dos mil dieciseis, firma la autora.

Firma:.....

Autor: Fanny Elizabeth Salinas Livisaca

Cédula: 1719689703

Dirección: Av. Eduardo Kigman Riofrio. Cantón Loja.

Correo Electrónico:fannysalinas28@hotmail.com

Teléfono Celular: 0985579027

**DATOS COMPLEMENTARIOS.**

**Directora de Tesis:** Dra. Mg. Sc. Susana Jaqueline Jaramillo

**Tribunal de Grado:** Dr. Mg. Sc. Shandry Armijos Fierro

Dra. Mg. Sc. Galo Bastidas Corrales

Dr. Mg. Sc. Jorge Aguilar Arciniegas.

## **DEDICATORIA**

Dedico mi trabajo principalmente a Dios quien ha sido el que me ha dado fortaleza para continuar, cuando a punto de caer estado me he podido levantar y por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional, a mi madre por ser el pilar más importante y por demostrarme siempre su cariño y apoyo incondicional, a mis hermanos por ser el motor que guían mi vida, a toda mi familia por apoyarme día a día en mis decisiones a mis amigos por estar siempre a mi lado porque sin el equipo que formamos, no hubiera logrado esta meta.

**La Autora**

## **AGRADECIMIENTO**

Al culminar la presente tesis dejo constancia de mi más sincero agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja, a la Carrera de Derecho, a sus autoridades. Igualmente agradezco a todos y cada uno de los magníficos docentes que han participado en el amplio campo del Derecho, quienes con entusiasmo dirigieron mi desarrollo en cada uno de los módulos durante mis años de estudio en esta prestigiosa Universidad.

De forma particular expreso mi gratitud a la Dra. Susana Jaramillo, prestigiosa docente y Directora de Tesis, quien con su vasto conocimiento en Derecho, ha orientado el desarrollo de la presente investigación jurídica, y con sus valiosas nociones y sugerencias pude concluir correctamente el presente trabajo.

**La Autora**

## **TABLA DE CONTENIDOS**

**PORTADA**

**AUTORIZACIÓN**

**AUTORÍA**

**AGRADECIMIENTO**

**DEDICATORIA**

**TABLA DE CONTENIDOS**

**1. TÍTULO**

**2. RESUMEN**

ABSTRACT

**3. INTRODUCCIÓN**

**4. REVISIÓN DE LITERATURA**

4.1. Marco Conceptual

4.1.1. La Prueba

4.1.2. La Prueba Judicial

4.1.3. Clasificación de las Pruebas

4.1.4. La Sana Crítica

4.1.5. La Libre Convicción

4.1.6. La Prueba Tasada.

4.1.7. La Prueba Ilícita

4.1.8. La Prueba Prohibida

4.2. Marco Doctrinario.

4.2.1. Principios de la Prueba Judicial

- 4.2.1.1. Necesidad de la prueba
  - 4.2.1.2. La eficacia jurídica y legal
  - 4.2.1.3. El interés público
  - 4.2.1.4. Principio dispositivo
  - 4.2.1.5. La contradicción de la prueba
  - 4.2.1.6. La publicidad
  - 4.2.1.7. La formalidad y legitimidad
  - 4.2.1.8. La legitimación de la prueba
  - 4.2.1.9. La preclusión
  - 4.2.1.10. La intermediación del Juez
  - 4.2.1.11. La imparcialidad en la dirección y apreciación
  - 4.2.1.12. Principio de concentración
  - 4.2.1.13. La pertinencia y utilidad
  - 4.2.1.14. La evaluación o apreciación
  - 4.2.1.15. La carga de la prueba
  - 4.2.1.16. La oralidad
  - 4.2.1.17. La lealtad y veracidad
- 4.3. Marco Jurídico
- 4.3.1. Constitución de la República del Ecuador
    - 4.3.1.1. La Convención Americana de Derechos Humanos
    - 4.3.1.2. Caso Vera Vera
    - 4.3.1.3. Reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos





4.3.1.4. Protección de todas las personas sometidas a cualquier detención o prisión

4.3.1.5. Código Orgánico Integral Penal

4.3.2. Legislación comparada

4.3.2.1. Perú

4.3.2.1.1. Caso Gerardo Castro

4.3.2.1.2. Caso El Polo

4.3.2.2. Colombia

4.3.2.2.1. Sentencia T-008 de 1998

4.3.2.2.2. Sentencia SU-159 de 2002

4.3.2.2.3. Sentencia C-591 de 2005

4.3.2.3. Chile

4.3.2.4. Argentina

4.3.2.4.1. Caso Ilic Dragoslaw

4.3.2.4.2. Caso Lanata Jorge

4.3.2.4.3. Caso Telleldín, Carlos Alberto y otros

4.3.2.5. Estados Unidos de Norteamérica

4.3.2.6. España

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS.**

5.3. Materiales Utilizados.

5.4. Métodos

5.5. Procedimientos y Técnicas

## **6. RESULTADOS.**

6.3. Resultado de las Encuestas.



6.4. Resultado de las Entrevistas.

## **7. DISCUSIÓN.**

7.3. Verificación de Objetivos.

7.4. Contratación de Hipótesis.

7.5. Fundamentación Jurídica.

## **8. CONCLUSIONES.**

## **9. RECOMENDACIONES.**

9.1 . PROPUESTA JURÍDICA.

## **10. BIBLIOGRAFÍA**

## **11. ANEXOS**

## **INDICE**

## **1. TÍTULO**

***“FUNDAMENTOS PARA LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y LA PRUEBA ILÍCITA EN MATERIA PENAL”***

## 2. RESUMEN

En algunas épocas hasta la actualidad la jurisprudencia de algunos países como el nuestro han rechazado a la prueba prohibida y a la prueba ilícita como prueba inconstitucional, principalmente bajo el fundamento de que al no estar prohibido por la norma, está permitido hacerlo sin perjuicio de la sanción penal o administrativa al responsable de la infracción a los derechos fundamentales. Y al ser uno de los temas probatorios más complejos que se plantean en la actualidad el de la ilicitud y la prohibición de las pruebas empleadas en los diferentes procedimientos penales, es que se trata de una terminología muy amplia que se la utiliza tanto para la doctrina como para la jurisprudencia y suele ser muy uniforme por que se suele utilizar o emplear términos como; prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba indebida, prueba viciada, prueba irregular o incluso prueba clandestina.

Tomando en cuenta la Constitución como los diferentes cuerpos legales hago una apreciación de lo que la persona ha tenido muchas definiciones sobre la materia de estudio en cada uno de los ámbitos a tratarse, empezare a manifestar que dentro del derecho todo ser humano tiene derechos y obligaciones. De lo que deduce que es todo hombre sujeto al derecho con La capacidad para reclamar derechos y obligaciones pero con la obligatoriedad de responder por sus actos.

El presente trabajo investigativo, trata de determinar si se respeta el debido proceso sin vulnerarlo y si existen o se realizan exclusiones probatorias para la prueba prohibida y la prueba ilícita en materia penal. Siendo el problema principal que en nuestro medio no se respeta el debido proceso, de una manera general, cuando se presenta como medio probatorio, una prueba prohibida o ilícita ya que no se argumenta la valoración debidamente.

## **ABSTRACT**

At some times to the present case law of some countries like ours have rejected the evidence prohibited and illegal evidence unconstitutional test, mainly under the grounds that by not being prohibited by the rule, is permitted without prejudice to the sanction criminal or administrative person responsible for the violation of fundamental rights. And being one of the most complex evidentiary issues raised at present the wrongfulness and the prohibition of the tests used in the various criminal proceedings, is that this is a very broad terminology used for the doctrine both as for jurisprudence and is usually very uniform often used terms or use; trial or evidentiary prohibitions, prohibited, illegal or illegally obtained evidence, evidence unconstitutional, null test, improper testing, test flawed, irregular or clandestine test.

Taking into account the Constitution and the various legal bodies do an assessment of what the person has had many definitions on the subject of study in each of the areas to be treated, I start to say that within the right every human being has rights and obligations. In what follows that every man is

subject to the right with ability to claim rights and obligations but with the obligation to answer for their actions.

This research work seeks to determine whether the due process is respected not infringe it and whether or evidentiary exclusions test for prohibited and illegal evidence in criminal matters are made. Being the main problem in our environment due process, in a general way, is not respected when presented as evidence, proof prohibited or unlawful since no valuation is argued duly.

### **3. INTRODUCCION**

La realidad de este trabajo, no solamente responde a la necesidad de cumplir con un requisito exigido por los reglamentos universitarios, previo a la obtención del grado de Abogada en jurisprudencia sino que atiende a satisfacer nuestra creciente necesidad en los temas jurídicos, su valor fundamental, hay que hacerlo que esta investigación contribuya a robustecer los conocimientos adquiridos en las aulas universitarias y adentrarnos pretendiendo captar en una parte del más complejo e inconmensurable panorama del Derecho penal.

Es necesario advertir en este breve preámbulo que es mi aspiración realizar un trabajo que cumpla con el objetivo propuesto y sirva más como un pequeño aporte sobre la inadmisibilidad de la prueba prohibida e ilícita en materia penal que con gran esfuerzo y dedicación he recopilado cuanto material ha sido posible a pesar que estimo que este trabajo es modesto y puede ser objeto de serios reparos, pues es indudable que pueda adolecer de imprecisión y falta de argumentación más amplia en todo caso se ha tratado de superar estas deficiencias recogiendo criterios y opiniones con respecto al tema que han emitido los estudios y profesionales del derecho.

En nuestro derecho penal que de acuerdo al ordenamiento constitucional, las leyes procesales procuraran la simplificación, uniformidad, celeridad y la eficacia de los procesos, en especial la presentación y contradicción de las



pruebas, en nuestro Código de Procedimiento Penal es claro en manifestar que nadie puede ser penado sino existe una sentencia ejecutoriada, dictada luego de ser ha sido probado los hechos y declarando la responsabilidad del procesado en un juicio debiendo ser sustanciado conforme lo determina nuestra Constitución de la República del Ecuador, los Instrumentos Internacionales de Protección de derechos humanos y todo lo establecido en nuestro Código de Procedimiento Penal, tomando en consideración las estrictas garantías previstas para las personas, los derechos de los procesados y las víctimas.

Se puede llegar a la verdad procesal a través de las pruebas lícitas o conocidas como pruebas permitidas; mas no de la prueba prohibida e ilícita.

Nuestra Constitución de la República del Ecuador vigente de Montecristi del 2008 en su artículo 24 numeral 14, de igual forma en su artículo 76 numeral 4 como un derecho de protección.

Finalmente presento unas conclusiones mediante las cuales me permito formular las correspondientes recomendaciones orientadas a diferentes sectores de la sociedad esto es: a abogados en libre ejercicio de la profesión, docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, secretarios de los juzgados de los Juzgados de Garantías Penales, a jueces de garantías penales y a jueces a miembros de tribunales de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, especialmente

una recomendación importante la necesidad de proponer una reforma al Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano propuesta que viene a hacer el resultado de mi investigación jurídica ya que es necesario se ponga énfasis en la producción de las pruebas por ser de vital importancia dentro de un proceso con lo cual se determinara la inocencia del procesado o el grado de responsabilidad del mismo.

Un tema que sin lugar a equivocarme va a contribuir a un valioso aporte para el lector quien sabrá valorar mi esfuerzo.

## 4. REVISIÓN DE LITERATURA

### 4.1. MARCO CONCEPTUAL

#### 4.1.1. La Prueba

A continuación he considerado algunas definiciones que definen a la prueba en materia penal, que no es sino el conjunto de justificativos que surgen en el devenir procesal para comprobar la existencia de infracciones, como de culpables, a fin de lograr convencer al Juez sobre la veracidad de hechos sometidos a su juzgamiento; por lo tanto los medios de prueba son los mecanismos, establecidos en la ley, a través de los cuales esos justificativos son llevados al proceso. Para determinar un concepto claro y concreto de lo que debe entenderse como prueba, empezaré citando a algunos autores que se han referido en torno a este tema, así para Cabanellas la Prueba es: *“Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho.”*<sup>1</sup> Para Jeremías Bentham la prueba la define como: *“Es un hecho supuesto o verdadero que se considera destinado a servir de causa de credibilidad para la existencia o inexistencia de otro hecho”*<sup>2</sup> El maestro penalista Carrara define a la prueba como: *“Es todo aquello que nos sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición”*<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cabanellas, Guillermo: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Tomo VI, Buenos Aires Argentina, 1984, pág. 497.

<sup>2</sup> Bentham, Jeremías: *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1959.

<sup>3</sup> Carrara, Francesco: *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, Sección III, Volumen III, Bogotá, Editorial Temis, 1993

A estas definiciones de prueba se debería aumentar el criterio respecto a las limitaciones por la pertinencia legal de la misma y la forma de obtención. Por ejemplo Guasp señala: *“La prueba es un intento de conseguir el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia, la veracidad o falsedad de los datos mismos”*<sup>4</sup>. Para el penalista colombiano Devis la define: *“Es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimiento aceptados por la ley, para llevarle al Juez el convencimiento o la certeza de los hechos”*<sup>5</sup>. Para Sentis Melendo, partiendo de una etimología de la palabra prueba, señala: *“deriva del término latín probatio o probationis, que a su vez procede del vocablo probus que significa: bueno, por tanto lo que resulta probado es bueno y se ajusta a la realidad; de lo que se infiere, que probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa”*<sup>6</sup>. A su vez para Marco Antonio Díaz de León con respecto a la prueba señala que *“la prueba se traduce en la necesidad ineludible de demostración, de verificación o investigación de la verdad de aquello que se afirmado en el proceso”*<sup>7</sup>. El maestro Couture afirma que la prueba *“en su acepción común, equivale tanto a la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto”*<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup>Guasp, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.

<sup>5</sup> Devis Echandía, Hernando: *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II, Editorial ABC, Bogotá 1978.

<sup>6</sup> Sentis Melendo, Santiago. *Qué es la prueba? naturaleza de la prueba*. Revista de Derecho Procesal.

<sup>7</sup> Díaz de León, Marco Antonio: *Tratado Sobre las Pruebas Penales*.

<sup>8</sup> Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Ediciones Desalma, Buenos Aires 1964.

Jorge Zavala Baquerizo deja establecida la distinción entre un término y otro, manifestando que *“la prueba está dada por el hecho, por la circunstancia fáctica, en tanto que, el medio de prueba es la vía de la cual se vale el juez en un proceso penal para conocer la verdad de un hecho sobre el que debe dictar una resolución, es decir, es el modo como el hecho es llevado al proceso”*<sup>9</sup>; de igual forma señala: *“la prueba penal es el hecho surgido en el mundo de los fenómenos constitutivo de una infracción penal: homicidio, injuria, robo; en tanto que el medio de prueba es la forma o modo cómo el juez lleva al proceso el hecho constitutivo de infracción y a través del cual forma su conocimiento sobre la verdad histórica y de acuerdo con ese conocimiento dicta la resolución correspondiente”*<sup>10</sup>

Francisco Carnelutti, precisa que *“las pruebas (de probare) son hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado; la certeza se resuelve, en rigor, en una máxima probabilidad. Un juicio sin pruebas no se puede pronunciar; un proceso no se puede hacer sin pruebas”*<sup>11</sup> Lino Enrique Palacio sobre la prueba señala que es *“el conjunto de actos procesales, cumplidos con el auxilio de los medios previstos o implícitamente autorizados por la ley, y encaminados a generar la convicción judicial acerca de la existencia o*

---

<sup>9</sup> Zavala Baquerizo, Jorge: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Editorial Edino, Guayaquil, 2004, p. 13.

<sup>10</sup> Zavala Baquerizo, Jorge: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Editorial Edino, Guayaquil, 2004, p. 13.

<sup>11</sup> Carnelutti, Francisco.

*inexistencia, la veracidad o la falsedad, de los hechos sobre los cuales versa la imputación*<sup>12</sup>.

Eduardo Jauchen conceptualiza a la prueba como “*el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir*”<sup>13</sup> El jurista lojano Walter Guerrero Vivanco dice que la prueba “*es la demostración legal de un hecho determinado*”<sup>14</sup>

Según las definiciones anteriores puedo señalar que los autores coinciden, en el sentido de que la prueba es el medio que lleva la Juez al convencimiento de la verdad, o a tener los elementos de convicción para juzgar. Así la prueba al hacer fe, es el medio idóneo y legal aceptado, para llevar al Juez a la certeza de la verdad, ya que mediante la prueba se logra que el Juez se enfrente a la realidad de los hechos, que la conozca para que pueda hacer Justicia, y que le corresponde exclusivamente al Juez realizar su verificación y comparación, por lo que las partes propone los medios de prueba, aportan prueba e interviniendo en el proceso; ya que sin prueba el Juez no tendría los suficientes elementos de convicción para resolver un proceso o juicio. De esta forma la prueba es una actividad

---

<sup>12</sup> Palacio, Lino Enrique: *La prueba en el proceso penal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 12

<sup>13</sup> Jauchen, Eduardo: *Tratado de la prueba en material penal*, Rubinzal – Culzoni Ed., Buenos Aires, 2002. p. 19.

<sup>14</sup> Guerrero Vivanco, Walter: *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Pudeleco Editores S.A., Quito, 2004, p. 13.

procesal de la demostración de un hecho, acto, o de su no existencia. La acción de probar es aquella por medio de la cual se produce la certidumbre mental de una o varias personas respecto de la existencia o no existencia de un hecho o acto determinado.

En los méritos del proceso es primordial la prueba aportada por las partes para justificar lo aseverado. Los hechos delictivos son perpetrados con intención de no dejar huellas o señales por quien los comete, por lo tanto se debe establecer y comprobar dentro del proceso penal tanto la existencia de la infracción como la culpabilidad de los acusados. La prueba y los medios probatorios, son elementos de cargo y de descargo, para sustentar una acusación o desestimar imputaciones formuladas.

#### **4.1.2. La Prueba Judicial**

Se puede definir a la prueba judicial en forma muy particular, como que es todo motivo, saber o razón aportada al proceso por los medios y procedimientos aceptados y dados en la ley, para llevarle al Juez al convencimiento o la certeza sobre los hechos o actos realizados. Esto se complementa con la capacidad legal que tiene el Juez o Tribunal para solicitar y realizar pruebas de oficio. Devis Echandía conceptualiza a las pruebas judiciales como: *“el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al*

proceso”<sup>15</sup>. Sentiz Melendo indica la posibilidad de que las partes tienen de presentar las pruebas *“sin la prueba el juez no podría tener un contacto con la realidad extraprocesal, así resulta difícil imaginar un proceso en el cual no se halla realizado algún tipo de actividad probatoria, por lo que se ha llegado a afirmar que sin la prueba no hay proceso”*<sup>16</sup> Manuel de la Plaza, sostiene que la prueba debe cumplirse en determinado tiempo y forma, que no está sujeta al arbitrio de las partes, que la *“prueba en materia jurídica es aquella en la cual los procedimientos, mecanismos y medios a través de los cuales se desarrolla la actividad probatoria en el seno de un proceso, vienen determinados y regulados por leyes”*<sup>17</sup>. Francisco Ramos resume el objetivo de la prueba, *“En pocas palabras la prueba procesal aspira a persuadir al Juez de la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes, siendo que las afirmaciones fácticas aparecen siempre mediatizadas por el propio lenguaje y por los juicios de valor que vierten las partes litigantes al realizarlas”*<sup>18</sup>.

De lo expuesto se puede entender por prueba judicial, al proceso de justificación de hechos controvertidos existentes en un juicio, que se manejan con un conjunto de normas legales, ya que la prueba es la parte del proceso que tiene como fin la reconstrucción de los hechos o actos que atenuaron el problema a efectos de determinar de una manera clara y

---

<sup>15</sup> Devis Echandía, Hernando: *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II, Editorial ABC, Bogotá 1978.

<sup>16</sup> Sentiz Melendo, Santiago: *Introducción al Derecho Probatorio*. Revista de Derecho Procesal.

<sup>17</sup> De la Plaza, Manuel: *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, 2ª Edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1985, pág. 747.

<sup>18</sup> Ramos Méndez, Francisco; *Derecho Procesal Civil*, Tomo I cit., pág. 540



precisa si el actor tiene razón de las acciones materia del juicio, y hasta qué punto tiene el demandado razón de oponer sus excepciones, ya que para lograr la defensa de un derecho, no basta la demanda al órgano juzgador, sino rendir pruebas de la existencia del derecho. La afirmación de una persona, no puede considerarse como verdad, porque es necesario afirmar y dar todas las pruebas pertinentes conforme lo señala la Constitución y las leyes. Un derecho, para que realmente exista, no solo hay que probarse, sino en realidad es como que no existiera, y por lo tanto, si el que demanda no prueba su acción, se puede declarar absuelto al demandado y viceversa si el demandado no prueba sus excepciones, se le ordenará cumplir obligaciones nacidas de la acción propuesta por el actor, siempre de que previamente este haya probado los fundamentos de su acción.

Las pruebas deben atenerse a los hechos alegados y no contar con el conocimiento personal que se pudiere tener del mismo, por lo que no puede el órgano jurisdiccional desechar pruebas fundamentando tener conocimiento de los hechos de manera extrajudicial. Sin embargo, en nuestro sistema de justicia contamos con el Artículo 118 del Código de Procedimiento Civil, dispone que: *“Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptuase la prueba de testigos, que no pueden ordenarse de oficio; pero si podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiese declarado legalmente.*

*Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.”<sup>19</sup>. Conforme esta norma, los jueces pueden ordenar prueba de oficio, no obstante en nuestro sistema de justicia por regir el principio dispositivo, los jueces omiten esta disposición o la aplican en contadas ocasiones, por temor de caer en prevaricato.*

#### **4.1.3. Clasificación de las Pruebas**

Realizaré una síntesis de las pruebas, tomando como referencia la clasificación realizada por Devis Echandía, quien las clasifica según su objeto, grado, forma, estructura, función, finalidad, resultado, origen, aspectos, oportunidad o momento en que se producen, utilidad y relación con otras pruebas.

*“Pruebas Directas.- Según su objeto, son las pruebas que ponen en contacto al juez con el hecho que se trata de probar, las que permiten a éste conocerlo a través de sus propios sentidos, es decir, por percepción, desde luego sometidas a las formalidades que la ley exige, el juez llega al conocimiento del hecho de probar de manera directa e inmediata, como ya lo indicamos, mediante su percepción. Un ejemplo de esta clase de prueba es la inspección judicial.*

---

<sup>19</sup> Ecuador. Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento 58, de 12 de Julio de 2005, art.118.

*Pruebas Indirectas.- Según su objeto, son aquellas por las que el juez no percibe directamente la realidad del hecho que se trata de demostrar, por ser un hecho ya sucedido, sino la comunicación o el informe que de la percepción de ese hecho tuvo otra persona. Estas son mediatas porque el juez no percibe el hecho por probar sino la comunicación o el informe que la percepción de ese hecho tuvo otra persona. Ejemplo: Peritaje.*

*Pruebas Principales.- Según el grado o categoría, son aquellas que tienen por objeto el hecho que se pretende demostrar, sea directamente o a través de otro hecho. Es decir, cuando el hecho al cual se refieren forma parte del fundamento fáctico y la pretensión o excepción, en cuyo caso la prueba es indispensable. Por ejemplo: para la interdicción por demencia, es imperativo que a la demanda se acompañe un certificado médico sobre el estado de salud del presunto interdicto.*

*Las pruebas Secundarias.- Según el grado o categoría, son aquellas que tienen por objeto otra prueba, es decir cuando con ellas se pretende probar otra prueba. Por lo que podemos deducir que son aquellas que están apenas indirectamente relacionadas con los supuestos de la norma por aplicar, por lo que su prueba tiene menor importancia. Ejemplo: la fotocopia de un documento que establece la existencia de una prueba.*

*Pruebas Escritas.- Según su forma, como su nombre lo indica deben ser escritas, es decir deben tener una formalidad, es así como tenemos de esta*

*clase, los documentos públicos y privados. La importancia de este tipo de pruebas es que la ley puede tener como requisito indispensable que se realice mediante instrumento público so pena de no tener el valor jurídico deseado, ejemplo la escritura pública de compra venta de un bien inmueble, si consta en un documento privado esta prueba no tendría valor dentro de una contienda judicial, a efectos de demostrar la propiedad del mismo.*

*Pruebas Orales.- Según su forma, son aquellas que se presentan de forma verbal, como por Ejemplo: la confesión judicial, los testimonios rendidos ante un Tribunal Penal. En nuestra legislación penal por los principios de inmediación y contradicción el testimonio debe ser rendido con las formalidades del caso ante el Tribunal Penal, solo así es considerado como prueba legalmente actuada. Vale tener en cuenta que según nuestra legislación este tipo de pruebas testimoniales tienen una obligación legal de decir la verdad con exactitud so pena de cometer un delito”<sup>20</sup>. El Artículo 270 del Código Orgánico Integral Penal señala “Perjurio y falso testimonio.- La persona que, al declarar, confesar, informar o traducir ante o a autoridad competente, falte a la verdad bajo juramento, cometa perjurio, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años; cuando lo hace sin juramento, cometa falso testimonio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. De igual modo, se comete perjurio cuando a sabiendas se ha faltado a la verdad en declaraciones patrimoniales juramentadas o juradas hechas ante Notario Público*

---

<sup>20</sup> Devis Echandía, Hernando: *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II, Editorial ABC, Bogotá 1978

*Si el perjurio se comete en causa penal, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.*

*Si el falso testimonio se comete en causa penal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.*

*Se exceptúan los casos de versiones y testimonio de la o el sospechoso o de la o el procesado, tanto en la fase preprocesal, como en el proceso penal.”<sup>21</sup>*

*“Pruebas Personales.- Según su estructura o naturaleza, son aquellas que son suministradas por personas. Ejemplos: los testimonios, la confesión judicial.*

*Pruebas Reales o Materiales.- Según su estructura o naturaleza, se tratan de cosas, como documentos, planos, dibujos, fotografías, etc.*

*La Prueba Histórica.- Según su función, es la que tiene una función representativa del hecho por probar. Es decir es aquella que representa claramente el hecho sucedido que se trata de demostrar. Ejemplo: una fotografía, este medio de prueba le suministra al Juez una imagen del hecho por probar, y éste aprecia la verdad del hecho a través de su representación sin esfuerzo mental alguno.*

---

<sup>21</sup> Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, última modificación 11 de Abril de 2014, art. 270.

*Las Pruebas Críticas o Lógicas.- Según su función, son aquellas que carecen de función representativa y no despierta en la mente del Juez ninguna imagen distinta de la cosa examinada, pero le suministra un término de comparación para el resultado probatorio mediante juicio o razonamiento. Tal es el caso de los indicios y la inspección. Ejemplos: las huellas dejadas en un robo.*

*Pruebas de Cargo y Descargo.- Según su finalidad, en esta clase debemos tener en cuenta, la parte que suministra la prueba puede perseguir una de dos finalidades: cuando la parte satisface la carga que pesa sobre ella o desvirtuar la prueba suministrada por la contraparte. En el primer caso podemos denominarla de cargo y en el segundo de descargo o contraprueba.*

*Pruebas Formales y Sustanciales.- Según su finalidad, son formales las que poseen un valor simplemente ad probationem, ó sea que tienen una función exclusivamente procesal; la de llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos del proceso, lo son casi todas las pruebas. Son sustanciales las que poseen un valor ad substantiam actus, es decir tienen un valor material o sustancial, puesto que son condiciones para la existencia o la validez de un acto jurídico material. Ejemplo una escritura pública.*

*Prueba plena.- Según su resultado, es aquella que además de ser completa, se debe presentar al juez como cierta e indudable la existencia de un hecho*

*o de un acto jurídico, es decir que mediante esta prueba se le da al juez la convicción de los hechos. En el derecho moderno no se admiten las pruebas secretas; para que una prueba pueda producir la certeza en el juez sobre la verdad del hecho litigioso, se requiere que haya cumplido con los requisitos llamados de publicidad y posibilidad de contradicción que la parte contra la cual se aduce haya desarrollado los principios indicados. Entendiéndose por principio de publicidad el dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso por el funcionario judicial, es decir que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el Juez en el proceso. Y por principio de contradicción se entiende que las partes del proceso, tengan la oportunidad de conocer y contradecir las pruebas presentadas, este principio se presenta en los procesos donde existe un demandante y un demandado, es decir, en los procesos de tipo contencioso.*

*Pruebas Imperfectas o Incompletas.- Según su resultado, son aquellas pruebas semiplenas, puesto que son aquellos elementos o motivos que llegan a la prueba con el auxilio de otros medios, que la complementan.*

*La Prueba de Oficio.- Según los sujetos proponentes de la prueba, es aquella en la que el juez debe o puede, según la respectiva legislación, acordar pruebas por su propia iniciativa, dentro de los límites del proceso y en cualquier momento. Pero esto no significa que las partes queden liberadas de la carga de la prueba. En nuestra legislación contamos con el*

*Art. 118 del Código de Procedimiento Civil, el cual faculta a nuestros jueces practicar la prueba de oficio.”<sup>22</sup>*

Como vemos la ley prevé el tiempo, forma y limitaciones a la actuación del juzgador, y que Devis Echandía las señala:

*“Las Pruebas a Petición de Parte.- Son aquellas que son practicadas, a petición justamente de las partes. Es decir las partes tienen la carga de probar los hechos que afirman en un proceso, es obvio que tengan el derecho probatorio de pedir las pruebas tendientes a demostrarlas. Ese derecho está sujeto a que se ejercite dentro de las oportunidades y con las formalidades que al efecto establece la ley, las cuales, tienden a que la contraparte pueda conocer las pruebas y ejercer su facultad de controvertirlas.*

*Pruebas en Procesos.- Según la oportunidad o el momento en que se produce, son aquellas que se practican, aducen y tienden a demostrar los hechos litigiosos en un proceso. Las pruebas judiciales, son las que se han producido ante el Juez en ejercicio de sus funciones, y cumpliendo con el principio de la inmediación.*

*Pruebas Extra proceso.- Según la oportunidad o el momento en que se produce, son aquellas que tienen origen fuera del proceso. Ejemplo: El*

---

<sup>22</sup> Devis Echandía, Hernando: *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II, Editorial ABC, Bogotá 1978.



*documento público y privado en que consten actos no procesales. La prueba extrajudicial no ha tenido concurrencia ante el juez, la prueba es obtenida fuera del proceso y sin la intervención de dicho funcionario, esta es precaria y debe acreditarse o mostrarse dentro de la actuación judicial.*

*Las Pruebas Pre constituidas o Causales.- Según el destino para que son creadas, si para servir de medios de convicción en un proceso o para fines extraprocesales y ocasionalmente son llevadas a un proceso. Las pre constituidas tienen la intención de acreditar en el futuro un hecho, estas llevan la intención preconstituyente o jurídicamente dispositiva y probatoria.*

*La Pruebas Sumarias.- Según su contradicción, con independencia del poder demostrativo que pueda tener, es aquella que no ha sido conocida por la parte contra la cual se presenta, y que por tanto no ha tenido oportunidad de controvertir. En principio, esta prueba carece de valor procesal, sin embargo, excepcionalmente el legislador les otorga méritos a pruebas que no han sido tomadas con audiencia de la parte contraria, quien tampoco ha dispuesto de autoridad procesal para discutirlos. Ejemplo: Las declaraciones extra proceso.*

*Las Pruebas Controvertidas.- Según su contradicción, son aquellas que han sido presentadas a la contraparte justamente para ser controvertidas. Por tanto si estas no han sido debidamente controvertidas por ejemplo en el proceso penal, no se podrá dictar resolución de acusación ni sentencia*

*condenatoria, ya que se estaría actuando en forma contraria al derecho de defensa y el debido proceso.*

*Prueba Lícita.- Según su licitud e ilicitud, es aquella obtenida acorde con la moral, las buenas costumbres, y la ley, por esta razón cuando la obtención de esta sea violadora de estos argumentos válidos, debe ser rechazada por el funcionario judicial. Nuestra Constitución de la República del Ecuador en su Art. 76, numeral 4 dispone que “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”<sup>23</sup>*

*Pruebas Ilícitas.- Según su licitud e ilicitud, son aquellas obtenidas de manera ilegal, contra la moral y buenas costumbres, sin embargo en la mayoría de veces la ilicitud de las pruebas no es causa de nulidad. Generalmente el único efecto jurídico procesal de su ilicitud consiste en la inadmisibilidad o la ineficacia de la prueba, si por error fue practicada; tal es el caso de la prueba tomada a pesar de existir prohibición legal, pero sin vicios de procedimiento, sin embargo, cuando la ilicitud consiste en el empleo de la violación física, moral o sicología para la obtención de la prueba, se produce su nulidad inmediata.*

*Pruebas Pertinentes.- Según su utilidad, solo serán pertinentes los medios de convicción que se invoquen para demostrarla. Para ser catalogada como prueba pertinente, debe cumplir ciertas características concretas para que el*

*juzgador pueda decretar la admisibilidad de la prueba propuesta al respecto. No todo medio probatorio, por el hecho de proponerse debe ser automáticamente admitido, razón por la cual, nuestras normas procesales requieren para dicha admisión que la prueba, sea pertinente. Nuestro Código de Procedimiento Civil, en su Art. 116 señala textualmente que “Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos a juicio.”*

*Pruebas Impertinentes.- Según su utilidad, diferencia de las pertinentes, son las pruebas que pretendan demostrar hechos diferentes a los que se debaten en el litigio o que no hayan sido afirmadas por las partes, serán impertinentes, y si la impertinencia es notoria, de bulto, ósea que se presenta a la mente del Juez sin esfuerzo alguno, este deberá rechazarlas cuando se le pidan. Además se las cataloga de impertinentes cuando existen vicios del objeto probatorio.*

*Pruebas Posibles.- Según su utilidad, son todas las que físicamente pueden practicarse; pruebas imposibles, las que no pueden ser practicadas en el caso concreto, aun cuando estén autorizadas.*

*Prueba Simple.- Según sus relaciones con otras pruebas, cuando tiene una existencia autónoma para llevarle al Juez por si sola a la convicción sobre el hecho por demostrar, ejemplo: la inspección judicial sobre el hecho mismo, la confesión en materias civiles cuando no existe norma legal que la excluya y reúna los otros requisitos para su validez y eficacia.*

*Prueba Compuesta o Compleja.- Según sus relaciones con otras pruebas, cuando esa convicción se obtiene de varios medios. Ejemplo: indicios complementados con otras pruebas.*

*La prueba Traslada.- Según la forma como obra en el proceso, es la que se lleva a un proceso tomándola de otro simultaneo o anterior. Para el traslado de la prueba se requiere reunir los siguientes requisitos: Que en el primer proceso se hayan practicado válidamente. Que el traslado al segundo proceso sea pedido y solicitado en tiempo oportuno. Sea expedida en copia autentica. Que en el proceso originario hayan sido practicadas a petición de parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.*

*La Prueba Prestada.- Según la forma como obra en el proceso, es aquella en la que el juez, conserva la facultad de apreciarla, valorarla y darle el mérito probatorio que en su juicio merezca.*

*La Prueba Originaria o Independiente.- Según la forma como obra en el proceso, es la que se practica y se hace valer en el mismo proceso, que es la regla general.”<sup>23</sup>*

---

<sup>24</sup>Devis Echandía, Hernando: *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II, Editorial ABC, Bogotá 1978.

#### 4.1.4. La Sana Crítica

El Artículo 115 del Código de Procedimiento Civil estipula que: *“La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.”*<sup>24</sup> Así se establece que la prueba debe ser valorada por el Juez con lógica y razonamiento, con los principios de la sana crítica, que son las reglas del pensamiento, la lógica y el referente de la experiencia de los jueces. No se impone al juez el resultado de la valoración de la prueba, pero sí le impone el camino, el medio, el método de valoración y éste no es otro que el razonamiento y la lógica, así la Constitución ecuatoriana, para controlar que el Juez exponga su valoración de la prueba, y exponga sus fundamentos de hecho y derecho presentados en un juicio, señala en el Artículo 76 numeral 7, literal I: *“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:...I) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren*

---

<sup>24</sup>Ecuador. Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento 58, de 12 de julio de 2005, art.115.

*debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados...*<sup>25</sup> La motivación pretende que los administradores de justicia demuestren que la decisión tomada en un juicio, es legal y racionalmente justificada en los elementos que la fundamentan.

Prueba proviene del latín *probadum*, significa "hacer fe"<sup>26</sup>; por lo tanto se puede inferir que prueba es hacer fe, es un medio idóneo para que el juez tenga certeza de la realidad, de la verdad; ya que con la prueba el juez se enfrenta a la verdad, que pueda hacer justicia. Con la prueba el Juez tendrá los elementos para resolver un juicio. Es un medio para demostrar la verdad de una afirmación, la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho, valorada por un Juez en estricto apego a la lógica y la razón. El Artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, señala que las pruebas deben ser valoradas de conformidad con los principios de la sana crítica, integrados en las reglas de la lógica, y el referente de la experiencia de los jueces; la sana crítica es razonamiento de un Juez lógico y experimentado, y no arbitrario. La lógica es el estudio de reglas y métodos del razonamiento válido y no válido. El razonamiento, o pensamiento es el producto de un conjunto de proposiciones en que una es la conclusión que deriva en otras premisas o proposiciones, que son consideradas como explicación de la primera. La experiencia es noción de dominio que integra el conjunto de práctica de la Sociedad.

---

<sup>25</sup> Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 449 del 20 de octubre de 2008, art. 76.

<sup>26</sup> Cabanellas, Guillermo: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1984, pág. 504.

*“La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.”*<sup>27</sup> La Constitución Política vigente de nuestro país en el Artículo 76 numeral 7, literal I, manda que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas, *en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados...*<sup>28</sup>; esta disposición sirve para controlar que efectivamente el Juez exponga su apreciación de la prueba, y fundamente en su resolución. Lo que garantiza a las personas que recurren a la Justicia, obtengan una tutela judicial efectiva de sus derechos y de sus intereses legítimos, ya que toda persona debe conocer las justificaciones de la decisión tomada por el Juez que conoció la causa, y que lo motivo a operar Justicia, como una verdadera justificación razonada de la sentencia en un sentido amplio. A pesar de que la motivación de la sentencia es una garantía constitucional, prevista tanto en la Constitución Política de 1998, así como

---

<sup>27</sup> Ecuador. Primera Sala, Corte Suprema de Justicia: Resolución No. 224, del 30 de julio de 2003, Registro Oficial 193, del 20 de octubre de 2003.

<sup>28</sup> Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.

en la Constitución de 2008, en nuestro sistema de justicia no se lo práctica, igualmente como se viola el Artículo 276 del Código de Procedimiento Civil, que obliga a los tribunales a expresar los fundamentos o motivos de la decisión: *“En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión.*

*No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia y de casación, por la mera referencia a un fallo anterior...”*<sup>29</sup> Los Jueces al dictar sus fallos de manera escueta, fundamentan su fallo en 2 ó 3 artículos, sin exponer de manera clara la valoración o apreciación de la prueba, a veces únicamente enumeran las pruebas practicadas, sin razonar de acuerdo a la *“sana crítica”*, no se realiza una verdadera motivación, ni una real apreciación de las pruebas, dejando en algunas veces la duda y la inconformidad del fallo.

La falta de valoración de la pruebas en la motivación de una sentencia, en un gran número de recursos de casación, en donde las partes señalan que los jueces no han valorado las pruebas presentas, la Corte los desecha señalando que no es de su competencia conocer y resolver, ya que los jueces de instancia valoraron la prueba, y que el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer una nueva valoración o apreciación de los medios de prueba incorporados al proceso ya que la valoración de las

---

<sup>29</sup> Ecuador. Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento 58, de 12 de julio de 2005.



pruebas es potestad exclusiva de los Jueces y Tribunales de Instancia. Para concluir, considero que la “sana crítica” es un sistema lógico de valoración de prueba, donde el juez valora la prueba sin sujeción a criterios establecidos, sin la interferencia de factores emocionales, fundamentando su decisión.

Couture, señala que las reglas de la sana crítica son "*las del correcto entendimiento humano. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y razonamiento*"<sup>30</sup>. Estas reglas son las que nos conducen a la verdad por los medios de la razón y la lógica; o sea, que deben respetarse los principios del ordenamiento lógico, la coherencia, la experiencia, el sentido común, e incluso la psicología. La sana crítica no está definida en la ley, por lo tanto permite la discrecionalidad del juzgador.

Lo cual se relaciona con el artículo 207 del Código de Procedimiento Civil que estipula: "*Las juezas y jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que éstos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurran.*"<sup>31</sup> El anterior Código de Procedimiento Penal, que no se encuentra vigente 2010 si señalaba en el

---

<sup>30</sup> COUTURE, Eduardo J: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Segunda Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1951.

<sup>31</sup> Ecuador. Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento 58, de 12 de julio de 2005.

artículo 86 “*Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo.*”<sup>32</sup> La sana crítica, faculta al Juez apreciar pruebas, le da libertad de examinar, ponderar, comparar unas con otras, preferir las de mayor credibilidad.

#### **4.1.5. La Libre Convicción**

Es un sistema donde el Juez tiene completa libertad para valorar pruebas. La ley no impone al Juez ningún tipo de regla para aplicar su apreciación de las pruebas; los elementos de convicción que obtiene el Juez no se encuentran sujetos a formalidades establecidas. Al valorar la prueba a su entender y saber, puede cometer y generar injusticias y arbitrariedades; bajo este sistema la autoridad no tiene la obligación ni deber de fundamentar los motivos para haber dictar la sentencia. Este sistema estaría reñido con nuestra Constitución, ya que ella manda que se motive las sentencias, fallos y todo acto judicial que genere responsabilidades.

La ex Corte Suprema de Justicia hoy Corte Nacional, en varios fallos se ha pronunciado señalando: “*El juez que debe decidir con arreglo a la sana*

---

<sup>32</sup> Ecuador. Código de Procedimiento Penal. Registro oficial Suplemento 360, de 13 de enero de 2010, reformado el 20 de marzo de 2010. No vigente.

*crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente.*

*Esta manera de actuar no sería sana crítica sino libre convicción.”<sup>33</sup>*

En resumen se puede decir que al establecer este sistema el Juez para obtener los elementos de convicción, se fundamenta en sus sentimientos, intuiciones, impresiones, o estado emocional, de su conocimiento personal; lastimosamente sin utilizar la lógica, la racionalidad y experiencia. Hay que recalcar que se tiende a confundir al sistema de libre convicción, con el sistema de la sana crítica, para lo cual hay que entender que el primero es un sistema de valoración arbitrario, que otorga absoluta libertad al Juez, pues éste puede apreciar con entera libertad las pruebas e incluso apartarse de ellas, dictando la sentencia conforme a lo que le dicta su conciencia o íntima elementos de convicción; este sistema no exige al Juez que exprese las razones por las cuales concede o no eficacia a una prueba. El segundo es un sistema que no autoriza al Juez a valorar las pruebas arbitrariamente, sino que al contrario, exige que valore las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas, con las reglas de la lógica, de su experiencia, buen sentido y entendimiento. Exigiendo al Juez fundamentar las sentencias, expresando y motivando las razones por las cuales concede o no eficacia probatoria a las pruebas.

---

<sup>33</sup> Ecuador. Primera Sala, Corte Suprema de Justicia: Resolución No. 261 del 3 de octubre de 2003, Registro Oficial No. 262, 29 de enero de 2004.

#### 4.1.6. La Prueba Tasada

En este sistema de valoración de prueba, el juzgador al momento que aprecia la prueba, esta sometido a reglas no muy claras preestablecidas por la ley; o sea, el legislador parte de ciertos supuestos determinados, y ha fijado de modo abstracto la forma de apreciar y dar su decisión, lo que separa al Juez de hacer libremente y por su cuenta la valoración. Cabanellas, señala al respecto: *“Régimen procesal opuesto en absoluto a la libre apreciación de las pruebas por lo jueces, y que era característico del antiguo procedimiento, donde la ley regulaba en cada caso la eficacia de los medios probatorios y la exclusión de los mismos; como la clásica odiosidad contra el testimonio de un solo testigo, y la aceptación, cándida en el fondo, del testimonio acorde de dos o más, quizás hábilmente confabulados. De no haber precepto limitador, el Tribunal aprecia en conciencia y según el resultado del juicio las pruebas sobre los hechos demostrados o verosímiles por vehementes indicios.”*<sup>34</sup>

*“Este sistema logra uniformidad en las decisiones judiciales en lo que respecta a la prueba. El valor de cada medio de prueba se encuentra establecido en la ley; es ésta la que le señala por anticipado al juez, el grado de eficacia que debe atribuirse a determinado elemento probatorio; por lo tanto, el juzgador se encuentra obligado a valorar las pruebas de acuerdo a las a las normas predeterminadas por el legislador en la norma*

---

<sup>34</sup> Cabanellas, Guillermo: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1984, pág. 504.

*jurídica. La tarifa legal de pruebas, generalmente llamado sistema legal, y que consiste en imponer al juez una cerrada y preestablecida valoración de la prueba, en forma que la ley le ordena si debe darse por convencido o no ante ella.*"<sup>35</sup>

Con lo que se puede determinar que la Prueba Tasada, consiste en vincular al juzgador a una valoración preestablecida judicialmente. Así, la ley exige al juez a elegir una prueba frente a otra, al valorar la prueba, se ve obligado a desechar o no tomar en cuenta, aquel medio de prueba "no tasado" frente a uno que sí lo es. El juez se acoge a la voluntad de la ley en cuanto al desarrollo de la actividad probatoria.

#### **4.1.7. La Prueba Ilícita**

El concepto de prueba ilícita es variable, no es aceptado generalmente, y no le atribuyen un mismo significado. Un régimen legal existe por un concepto de normas; resulta frecuente la existencia de un régimen legal, operando con concepciones jurisprudenciales o doctrinales, pero basados siempre en preceptos, como sucede en Brasil, en su Constitución Federal: "*Art. 5º, inciso LVI: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes:...*LVI - *são inadmissíveis, no*

---

<sup>35</sup> Falcón, Enrique M.: *Tratado de la prueba*, Editorial Astrea, Tomo I, Buenos Aires, 2003.

*processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” (Art. 5, inciso LVI: Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos:...LVI – son inadmisibles, en el proceso, las pruebas obtenidas por medios ilícitos)<sup>36</sup> y como lo señala igualmente el Artículo 32 de la Constitución de Portugal que prohíbe: “todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción u ofensa de la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva de la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones.”<sup>37</sup>. Así mismo, por ejemplo lo señala la Constitución de Colombia, que comprende la regla de exclusión en la violación del debido proceso, en el Artículo 29 que declara nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso. Todas ellas derivadas y que coinciden con las perspectivas del Artículo 8.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos; el Artículo 10 de la Convención Interamericana; y el Artículo 69.7 del Estatuto de Roma. México con reglas federales, y sin tener norma expresa, acude al “*principio de legalidad*” fundamentándose en los derechos humanos fundamentales o garantías individuales, constantes en los Artículos 14 y 16 de su Constitución de los Estados Unidos de México, las normas de los Estados Federados reformadas últimamente han incorporado el concepto de prueba ilícita, aunque sin mucho desarrollo de la ley. Argentina, no tiene norma en el Código Nacional, ni en sus Provincias, las más recientes reformas*

---

<sup>36</sup> Brasil. Constitución Federal.

<sup>37</sup> Portugal. Constitución.

contemplan disposiciones legales expresas al respecto, como ser el Artículo 211 del Código Procesal Penal de Buenos Aires; Artículo 207 del Código Procesal Penal de Mendoza; y Artículo 194 Ira del Código Procesal Penal de Córdoba.

Alemania diferencia las "*pruebas prohibidas legalmente*" de las "*reglas de exclusión*", sin precisar la vulneración de derechos fundamentales y señala que la prueba ilícita es una infracción de normas reguladoras de pruebas. El Código Procesal Penal de Uruguay tiene limitaciones probatorias, como las señaladas en el Artículo 185 sobre la coacción, amenazas o promesas.

La Corte Suprema Belga permite excluir las pruebas en infracciones sancionadas con nulidad, la señala como una manipulación probatoria grave y la sanciona como una violación de derechos humanos fundamentales.

En Francia se la conoce como "*preuve illégale*" (prueba ilegal) contempla a la violación de la regulación formal de la prueba, lo que acarrea nulidades; y, la vulneración de derechos humanos fundamentales, al romper el "*principe de loyauté*" (principio de lealtad), siendo ésta última acepción tomada como concepto clave y determinante. Al buscar pruebas, "*el Estado renuncia a determinados métodos en la lucha contra la criminalidad cayendo en las denominadas provocaciones policiales*"<sup>38</sup>; o realizando registros nocturnos, a los casos de criminalidad organizada, en los que se justifican necesidades

---

<sup>38</sup> Francia. Cass. crim. 2 octubre 1979, Bulletin criminologique. n° 266.

de flagrancias relativas a una infracción entrando en el campo de jugar con la libertad de las personas y la detención arbitraria, en donde a veces los Tribunales, Jueces o autoridades administrativas, autorizan y justifican este tipo de prácticas abusivas, que incluso son pesquisas, visitas domiciliarias y otras. Con ello no solo se vulneran derechos y principios garantizados en la Constitución, sino que se vulneran determinados procedimiento o métodos de investigación científica, ya que ellos se someten a determinadas exigencias, muchas de las veces políticas, en su aportación al proceso, y como tales sometidos a enormes y horribles contradicciones.

Se utiliza en España, por ejemplo, los términos: "*prueba ilícita, prueba prohibida, prueba irregular y prueba ilegal*", como sinónimos o iguales, aunque se refieren a circunstancias diversas. El *concepto amplio de prueba ilícita*, es común cuando se va más allá de lo obtenido legalmente, o practicado con menoscabo de derechos humanos fundamentales.<sup>39</sup>, el concepto de prueba irregular, se llama a las pruebas obtenidas con menoscabo de normas de rango ordinario. La *concepción amplia* comprende a la ilicitud, como a la violación de las garantías de los derechos fundamentales y a la infracción de los procesos o llamado "*debido proceso*"; exigencias que son tomadas en cuenta como causas, a la hora de valorar los efectos, de dicha prueba ilícita, la cual debe inadmitirse como medio probatorio.

---

<sup>39</sup> López Barja De Quiroga, Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Akal, Madrid, 1989



#### 4.1.8. La Prueba Prohibida

A la prueba prohibida se la ha definido jurisprudencialmente, y se la ha utilizado como sinónimo de prueba ilícita, *la prueba prohibida o ilícita es aquella prueba cuya, obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales. Reconociendo a la prueba prohibida como una clase de prueba que opera excepcionalmente y que trae consecuencias jurídicas, y señalando como un verdadero derecho fundamental constitucional: la prueba prohibida es un derecho fundamental [léase como derecho a la no utilización o valoración de la prueba prohibida] que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008.*<sup>40</sup> Debe observarse que la definición se refiere a la prueba “obtenida” o “actuada” vulnerando derechos fundamentales, por lo tanto, se dan dos fases en las que una prueba es ilícita o prohibida. La obtención de la prueba prohibida vulnera los derechos humanos: “...una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental”<sup>41</sup> de esta forma se puede concluir que la prueba prohibida es aquella obtenida ilícitamente y lo primordial es reparar el derecho fundamental individual o procesal violado, con el que obtuvo la prueba; por lo que se puede diferenciar entre obtención ilícita de la prueba o fuente de prueba, y la incorporación ilícita de la misma, medio de prueba. La definición de prueba prohibida no sólo se refiere a la vulneración de derechos fundamentales,

---

<sup>40</sup> Perú. Tribunal Constitucional. Expediente N° 655-2010-PHC/TC de 27 de octubre de 2010.

sino que es también una problemática en la aplicación de la norma penal, procesal e incluso penitenciaria.

Existen dos momentos en la prueba prohibida, cuando fue obtenida en la fase extra-procesal o previa al proceso, y al actuarse en el proceso. En lo civil las pruebas deben practicarse en Audiencia ante el Juez, por lo tanto es muy poco probable que se pueda practicar vulnerando los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional señala sobre la prueba prohibida que es aquella: *“que se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, más no de uno de rango legal o infralegal”*<sup>42</sup>

Denominando a la prueba prohibida como prueba inconstitucional, ya que tan prohibida lo es la una y la otra, ya que transgreden la Constitución o la ley; la correcta designación es cuando este concepto se lo utiliza en la jurisprudencia, y se lo denomina prueba prohibida, generalmente. Un contenido esencial da el Tribunal Constitucional: *“el núcleo mínimo e irreductible de todo derecho subjetivo, indisponible para el legislador y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia”*<sup>43</sup> Se encontró definiciones sobre la prueba prohibida en el primer y segundo artículo innumerado luego del 226 del Código Procedimiento Penal anterior, actualmente derogado. que disponía al respecto lo siguiente: *“ art. 225 - Adicionalmente, la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen a que se refieren los artículos 224 y 226, tiene las siguientes finalidades:*

---

<sup>42</sup> Ecuador. Tribunal Constitucional. Sentencia del 30 de noviembre de 2000. Expediente No. 1100-2000-AA/TC

1. Conocer de los vicios formales respecto de lo actuado hasta ese momento procesal, los mismos que, de ser posible, serán subsanados en la propia audiencia.
2. Resolver sobre cuestiones referentes a la existencia de requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso.
3. Los sujetos procesales anunciarán las pruebas que serán presentadas en el juicio, cada una tendrá el derecho a formular solicitudes, observaciones, objeciones y planteamientos que estimaren relevantes referidos a la oferta de prueba realizada por los demás intervinientes.
4. Resolver sobre las solicitudes para la exclusión de las pruebas anunciadas, cuyo fundamento o evidencia que fueren a servir de sustento en el juicio, hubieren sido obtenidas violando las normas y garantías determinadas en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, la Constitución y en este Código; y,
5. Los sujetos procesales podrán llegar a acuerdos probatorios con el fin de dar por demostrados ciertos hechos y evitar controvertirlos en la audiencia de juicio.

Art. (226.1) - Procedimiento de la audiencia preparatoria del juicio.- La ausencia del procesado no será causa para que la audiencia no se lleve a efecto, bastará la asistencia de su abogado defensor o del defensor público... Instalada la audiencia, el juez de garantías penales consultará a los sujetos procesales para que, directamente o a través de sus defensores, se

*pronuncien acerca de la existencia de vicios de procedimiento que pudieran afectar la validez del proceso; de ser pertinentes, el juez de garantías penales los resolverá en la misma audiencia...Realizadas las intervenciones del fiscal y del acusador particular, si lo hubiere, el procesado, directamente o a través de su defensor, alegará respecto del dictamen fiscal y pedirá la exclusión de las evidencias que considere ilícitas o ilegalmente obtenidas, especificando las normas o garantías constitucionales o procesales que considere han sido transgredidas. La intervención del procesado no excluye la de su defensor.*

*Los sujetos procesales pueden presentar la evidencia documental que sustente sus alegaciones.*

*Art. 80.- Ineficacia probatoria.- Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.*<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Ecuador. Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial Suplemento 360 de 13 de enero de 2000. Última reforma: 29 de marzo de 2010, art. 224 y 226

## **4.2. MARCO DOCTRINARIO**

### **4.2.1. PRINCIPIOS DE LA PRUEBA JUDICIAL**

Por lo general y de manera muy sucinta los principios generales aplicables a la prueba en lo penal son lo que a continuación los enunciare; algunos de estos principios, de acuerdo a lo expuesto por Davis Echandía; y, a la vez sintetizo aquellos que están constantes en la Constitución de la República del Ecuador y la legislación.

#### **4.2.1.1. Necesidad de la prueba**

Este principio es cuando la necesidad de que los hechos para una sentencia judicial, estén manifestados por las pruebas contribuidas al proceso por las partes o el Juez, si este tiene facultades para ello, sin que las supla con el discernimiento personal que tenga sobre ellos, porque sería excluir la publicidad y la contradicción vital para la eficacia de todo medio de evidencias. Este principio es una inapreciable precaución para la libertad y los derechos del ser humano, que de otra manera se encontraría a merced de jueces parcializados y entregado a las decisiones que no podrían ser examinadas por el superior.

#### 4.2.1.2. La eficacia jurídica y legal

Este principio perfecciona al anterior, ya que la prueba es ineludible para el proceso, debe tener validez jurídica para que el Juez esté convencido sobre los hechos que sirven de cálculo a las normas adaptables al litigio, a las pretensiones, o a la culpabilidad penal investigada. No se piensa en la prueba judicial, sin esa validez jurídica mostrada de acuerdo por la ley, en cualquiera sistema de valoración y de su aporte a los medios del proceso; ello no representa que se regule su grado de seducción, sino que el juez, libre o vinculado por la norma, le corresponde discurrir a la prueba como el medio aceptado por la ley, para concluir sobre la existencia o no de los hechos afirmados.

La Constitución de la República del Ecuador, en el Artículo 169 señala que: *“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”*<sup>45</sup> Un principio que es constitucional y que esta en concordancia con el Artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial que señala textualmente: *“SISTEMA - MEDIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación,*

---

<sup>45</sup> Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008 art. 169.

*uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.*<sup>46</sup> La eficacia es la capacidad para causar o para lograr un resultado establecido, aplicado a la prueba; se alcanza esclareciendo la existencia o no de los hechos afirmados; la eficacia se relaciona con los resultados, para lograr los objetivos planteados.

#### **4.2.1.3. El interés público**

La prueba debe ser certeza para que el Juez pueda hacer Justicia conforme al Derecho, por lo tanto hay interés general, social o público incuestionablemente por las partes a fin de que se persiga, con las pruebas la defensa, pretensiones o excepciones planteadas; la prueba en este campo no es lo mismo que la acción, se protege al interés social, público y general, interés estatal, en la garantización de los derechos a través de la vía judicial del proceso en el litigio, en forma debida y legal; accesoriamente o colateral se apremia la protección del interés particular de la parte en obtener la satisfacción de derecho privado, es decir, el triunfo de su petición o su particularidad. Semejante contexto se da respecto del desenlace propio del derecho de apelar: ya que se apremia que se enmienden errores de providencias judiciales, para concordarlas al texto de la ley y hacer el Derecho, este objetivo es sin dudas el interés público, pero que

---

<sup>46</sup> Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544, de 9 de marzo de 2009. Última modificación: 1 de noviembre de 2011. art. 18

accesoriamente persigue la protección de los importes del demandante, quien considera vulnerados sus derechos por una prueba realizada ilegalmente.

#### **4.2.1.4. Principio dispositivo**

Es el comienzo la causa que se produce a petición de la parte que desea una solución en un juicio; lo medular de un proceso o juicio lo determinan las partes, debido a que el Juez debe ser análogo a los intereses de las partes en sus fallos, esto debido a que las partes en cualquier etapa del juicio pueden terminarlo. El Principio de aportación de parte, es confundido usualmente con el principio dispositivo, pero los dos son independientes; ya que el principio dispositivo regla la tutela judicial, y el principio de aportación de parte, establece cómo debe ingresar en el proceso el material de prueba de los hechos, necesarios para que los conozca el Juez. Con estos dos principios, son las partes las que tienen la carga de probar los hechos que se alegan; sobre ellas recae la carga de la prueba, es decir, recae la carga de probar la existencia de estos hechos o presupuestos, para convencer al juez que actúe conforme normas de valoración legal. Al respecto la Constitución en el Artículo 168 numeral 6, establece “...*La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración,*



*contradicción y dispositivo.*<sup>47</sup> Lo que concuerda con el Código Orgánico de la Función Judicial, que en el Artículo 19 señala: *“Principios dispositivo, de inmediación y concentración.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley...”*<sup>48</sup> Por lo tanto en el Ecuador, tanto en la constitución como en el Código o Ley, se encuentra estipulado el principio dispositivo, donde las partes que son el sujeto activo del proceso, sobre ellos recae el derecho de iniciar, mientras que el juez dirige la litis y al final resuelve la controversia.

#### **4.2.1.5. La contradicción de la prueba**

Es un principio por el cual la parte contra quien se exterioriza una prueba debe tener la ocasión procesal para conocer y discutir, evitando desconfianzas, a lo que se suma el derecho de contradecir, es decir que la causa debe ser conocida y con la audiencia respectiva de las partes; se pueden esgrimir a su favor los medios proveídos por el contrincante, oportunidad para su práctica, y la oportunidad de objetarla. Este principio impugna la prueba secreta practicada a espaldas de las partes y de al menos una de ellas; el conocimiento privado del juez sobre hechos que no constan en el proceso, no gozan de notoriedad, por lo que el juez debe

---

<sup>47</sup> Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.

<sup>48</sup> Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544, de 9 de marzo de 2009. art. 19

colaborar con las partes en investigación de la litis; se debe negar valor a la prueba realizada con desconocimiento, así sea escrito por ejemplo el informe de peritos que no ha sido conocido por las partes, para que ejerciten aclaraciones o ampliaciones. El texto constitucional dispone en el artículo 168 que: *“La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:…6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”*<sup>49</sup> Todo lo cual concuerda con el Artículo 76 que manifiesta: *“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…h. Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra…”*<sup>50</sup>

#### **4.2.1.6. La publicidad**

Este principio da a conocer los autos realizados procesalmente por el operador judicial; que permite a las partes conocer, intervenir, objetar, alegar y discutir; para que el Juez las analice, examine y conceda conclusiones sobre el valor de las pruebas, por lo tanto deben ser conocidas por las partes

---

<sup>49</sup> Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

y a mano de cualquier interesado, así sean extraños, cumpliéndose la función social correspondiente; siendo la publicidad de la prueba un requisito para su eficacia.

El Artículo 168 de la Constitución de la República del Ecuador, señala sobre el principio de publicidad lo siguiente: *“La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:... 5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley...”*<sup>51</sup> Lo que concuerda con el Artículo 76 que estipula: *“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:...d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento...”*<sup>52</sup>

Al respecto la Ley de Casación, en el Art. 19 señala sobre la publicación y precedente: *“Todas las sentencias de casación serán obligatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la Ley, sin perjuicio de que dichas sentencias sean publicadas en la Gaceta Judicial o en otra publicación que determine la Corte Suprema de Justicia.*

*La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema.*

*Igualmente la Corte Suprema de Justicia podrá emitir resolución obligatoria sobre puntos de derecho respecto de los cuales existan fallos contradictorios de las cortes superiores y tribunales distritales, aunque no le hayan llegado por vía de casación. La Corte Suprema resolverá sobre los fallos contradictorios ya sea por su propia iniciativa o a pedido de las cortes superiores o tribunales distritales. El Presidente de la Corte Suprema emitirá un instructivo para el adecuado ejercicio de esta atribución.”<sup>53</sup>*

No opera el principio de publicidad, por ejemplo se lo veía en el anterior Código de Procedimiento Penal que establecía en el artículo 255, disposición que fue reformada por la Disposición Reformativa Tercera, numeral 1, de la Ley s/n, Registro Oficial 544-S, 9-III-2009; y, por la Disposición General Sexta de la Ley s/n, Registro Oficial 555-S, 24-III-2009; que: *“La audiencia del tribunal de garantías penales será pública; pero será reservada cuando el proceso tenga por objeto el juzgamiento de los delitos comprendidos en los Títulos I y VIII del Libro Segundo del Código Penal, y se realizará con la sola presencia del acusado, del acusador particular si lo hubiere, de los defensores, del Fiscal, y del secretario, y si fuere del caso, de los peritos y de los testigos, sin que pueda violarse la reserva,*

---

<sup>53</sup> Ecuador. Ley de Casación. Registro Oficial Suplemento 299 de 24 de marzo de 2004. Última reforma: 28 de noviembre de 2007.

*durante o después de la audiencia. No se admitirá la transmisión de la audiencia, a través de los medios de comunicación. En ningún caso, la jueza o juez o magistrado que conozca de una causa penal sometida a su resolución puede formular declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social, ni antes ni después del fallo. La violación de esta prohibición será sancionada con su destitución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que hubieren.”*<sup>54</sup>

En el actual Código Orgánico Integral Penal se observa esta disposición en el artículo 5, que sobre los principios procesales señala. *“El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 16. Publicidad: todo proceso penal es público salvo los casos de excepción previstos en este Código”*<sup>55</sup>, y que se reafirma en el Artículo 610 al tratar sobre los principios estipula: *“En el juicio regirán, especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria.*

*Asimismo, en su desarrollo se observarán los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física de la o el juzgador y presencia obligatoria de la persona procesada y de la o el*

---

<sup>54</sup> Ecuador. Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de marzo de 2009.

<sup>55</sup> Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014. Última modificación: 14 de julio de 2014.

*defensor público o privado, con las salvedades del juzgamiento en ausencia previstas en la Constitución.”<sup>56</sup>*

A lo que suma lo que manifiesta el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 13 sobre el principio de publicidad que: *“Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente.*

*No podrán realizarse grabaciones en video de las actuaciones judiciales.*

*Se prohíbe a las juezas y a los jueces dar trámite a informaciones sumarias o diligencias previas que atenten a la honra y dignidad de las personas o a su intimidad.* Por lo tanto se puede concluir que en el Ecuador las actuaciones y diligencias judiciales son públicas, salvo los casos en que la ley prescribe que sean reservadas.

#### **4.2.1.7. La formalidad y legitimidad**

Aquí se observan dos aspectos para que la prueba tenga validez, primero se requiere que se la lleve al proceso con los requisitos procesales de ley; y segundo que se utilicen medios honestamente lícitos, por quien tenga

legitimación para invocarla; rige para los procesos civiles, penales o de cualquier naturaleza. Las exactitudes son de tiempo, modo y lugar; se diferencian por la clase de juicio y el sistema ya sea oral o escrito, inquisitivo o dispositivo, que tenga cada cual. El segundo aspecto consiste, como dice Silva Melero, en que debe obtenerse la prueba "*por los modos legítimos y las vías derechas*"<sup>57</sup>, excluyendo las calificadas de "*fuentes impuras de prueba*"<sup>58</sup>; se contempla la moralidad, la licitud y la procedencia de la prueba.

Todo ello envuelve que la prueba tenga requisitos accidentales o interiores; lo primero son las circunstancias de tiempo, modo y lugar; lo segundo contempla la desaparición de vicios, como dolo, error, violencia, y de inmoralidad; además la reconstrucción total de un delito sexual o de una unión extramatrimonial para establecer la concepción; con ello se busca convencerlo al Juez, sobre los hechos y no lesionar el capital moral o económico de la parte contraria, como lo que ocurre en la exhibición de escritos sobre secretos familiares que no influyen en el litigio.

En el Código de Procedimiento Civil art. 117

*"Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio."*<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Melero, Silvia. La Prueba en el Proceso Penal. Editorial Forum, Oviedo, España. 1991. Pág. 7.

<sup>59</sup> Ecuador. Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005. Última reforma. 24 de noviembre de 2011.

En el anterior Código de Procedimiento Penal señalaba en el artículo 80 que: *“Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.”*<sup>60</sup> De igual forma el anterior Código de Procedimiento Penal señalaba en el artículo 83 que: *“La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito.”*<sup>61</sup> Estos argumentos actualmente se encuentran manifestados en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 que señala: *“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:*

- 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*

---

<sup>60</sup> Ecuador. Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de marzo de 2009.



2. *Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*

3. *Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*

4. *Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.”<sup>62</sup> De igual forma se encuentran manifestadas en el actual Código Orgánico Integral Penal en el Artículo 457 que señala: “Criterios de valoración.- La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales.*

*La demostración de la autenticidad de los elementos probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente.”<sup>63</sup>*

---

<sup>62</sup> Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>63</sup> Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014. Última modificación: 14 de julio de 2014.

#### **4.2.1.8. La legitimación de la prueba**

La legitimación es un principio que requiere que la prueba proceda de un sujeto legitimado para alegarla. No es importante el beneficio del particular que ha causado la prueba, sino de quien la alegue y tenga la legitimación para inmiscuirse en la diligencia demostrativa o probatoria de la causa, que se practique en tiempo eficaz, en la forma y lugar convenientes; incluyendo la atención de que la prueba se haya practicado para resultados del juicio, o de un incidente del juicio, aunque no sirva para efectos de sentencia.

#### **4.2.1.9. La inmediación del Juez**

La vigencia de la prueba, es el cumplimiento de formalidades, la rectitud e igualdad en el discusión y su refutación efectiva, donde es el Juez quien de manera inmediata la administre, solucionando su admisión y luego interviniendo en la práctica; el principio ayuda a la legitimidad, la sensatez, la circunstancia, la oportunidad y el valor de las pruebas; sino el lid probatoria sería una lucha privada, donde la prueba ya no tendría el carácter de acto procesal de interés público notorio. Este es un principio general procesal, que se acrecienta en la prueba, de igual forma en el proceso civil como en el penal. En lo oral se asignan la recepción en audiencia pública de las pruebas presentadas por las partes u ordenadas por el Juez, cumpliendo de mejor manera con la inmediación; la inmediación asiente al juez para una mas clara evaluación o tasación de la prueba,

fundamentalmente en los testimonios, inspecciones judiciales, sospechas, indagaciones, interrogatorios a partes y a expertos o peritos. Ello simboliza que el juez no permanece indiferente, ni es el simple receptor de pruebas, sino que tiene que estar dotado de jurisdicciones para inmiscuirse activamente en las pruebas solicitadas por las partes, como son los interrogatorios a testigos, a expertos o peritos y a las partes; ampliación de inspecciones judiciales; añadidura de copias de documentos, etc.; y para ordenar otras, así el juez dirige el debate de las pruebas; en lo penal y laboral de la mayoría de países, es satisfactoria la dirección del debate probatorio por el Juez.

#### **4.2.1.10. La imparcialidad en la dirección y apreciación**

El Juez impone en la dirección del proceso su relativa imparcialidad, siempre encaminado a indagar la veracidad, al solicitar pruebas por oficio o a solicitud de parte, así como cuando valora las pruebas llegados al juicio o proceso; esta imparcialidad debe suponerse siempre, a menos que exista legalmente impedimento o recusación, siendo la competencia subjetiva para el juicio, lo que obliga a dejar su conocimiento separándolo al Juez. Al respecto la Constitución de la República del Ecuador estipula en el artículo 75 que: *“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será*

*sancionado por la ley.*"<sup>64</sup> Ratificado en el artículo 76, numeral 7, literal k que señala: "*Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.*"<sup>65</sup>

#### **4.2.1.11. Principio de concentración**

La concentración es el encaminarse la practica de la prueba de una sola vez, en una sola etapa del juicio, como lo señala Schönke, al practicarse por partes o en forma repetida, "*pone en peligro no pocas veces la averiguación de la verdad*"<sup>66</sup> todo ello frena la debida contraposición y la mejor apreciación de las pruebas. Esto se da en encaminar la práctica de la prueba en primera instancia, limitándola en segunda, cuando es posible que en ella se traten los hechos ocurridos posteriormente; o cuando fue denegada por el juez; además lógicamente un tribunal lo considere necesario para verificar hechos. Al respecto señala la Constitución Política en el Art. 168 numeral 6 al referirse a éste principio lo siguiente: "*La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.*"<sup>67</sup> Por lo tanto el principio de concentración tiene como objetivo final, el conocimiento y la valoración de la prueba en una sola

---

<sup>64</sup> Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008

<sup>66</sup> Schonke A. Derecho Procesal Civil. 5 ed. Barcelona, España. 1950, pág. 51.

<sup>67</sup> Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008

instancia, para obviar demoras absurdas del juicio, a fin de lograr la continuidad, para que el Juez tome una sentencia que tenga una idea integral de los razonamientos presentados durante la discusión probatoria.

#### **4.2.1.12. La pertinencia y utilidad**

Esos principios limitan la independencia de la prueba, pero es inevitable, debido a la falta de tiempo y exceso de trabajo de los empleados judiciales; así como las dilaciones a las partes en la etapa probatoria del juicio, que no debe diluirse en la pericia de medios que por sí mismos o por su implícito no valen en absoluto, por ser improcedentes o no idóneos; ante ello la contribución de la concentración en la eficacia y utilidad en el juicio de la prueba. No hay que complicar la oportunidad o pertinencia de la prueba con la asignación de valor en la convicción del Juez; la pertinencia es la relación lógica y jurídica entre el medio y el hecho que se prueba, muy a pesar de que su convicción sea negativa, esto se da cuando al relatarse el testimonio de los hechos reñidos, su contenido no necesite de estimación debido a que al declarante no suministre razón de sus dichos. La habilidad del medio no es su convicción, ya que es la ley que permite probar o aplicar con dicho medio un hecho, sean testimonios o confesión; lo segundo es que esa idoneidad no tenga la prueba que se exige. Es muy posible que el Juez no resulte persuadido por la prueba; por lo tanto los requisitos de los principios de pertinencia y utilidad son complementarios e intrínsecos de la prueba.

#### 4.2.1.13. La evaluación o apreciación

En todo sistema de leyes de naturaleza civil o penal procesal, la prueba tiene que ser valorada por sus méritos, a fin de darle la convicción al Juez en sus sentencia, sobre los hechos que versan del juicio; la valoración probatoria no es la expresión de una simple creencia muy subjetiva del Juez, sino de los hechos que mediante pruebas sometidas, y que cualquier otro ciudadano desinteresado de resultado la misma convicción que le produjo a un Juez; lo que se denomina lo social del certidumbre; una situación delicada del juicio, ya que incluso las partes son simples colaboradoras, y a veces la suerte de la justicia depende del acierto o del error en la apreciación de la prueba.

Con respecto a la valoración o apreciación de la prueba, el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, estipula: *“La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.*

*El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.”*<sup>68</sup>

Lo que concuerda con lo señalado en el artículo 207 del Código de Procedimiento Civil que manifiesta: *“Los jueces y tribunales apreciarán la*

---

<sup>68</sup> Ecuador. Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005. Actualizado a mayo de 2006. art. 115

*fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que éstos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurran.*<sup>69</sup> Al respecto en anterior Código de Procedimiento Penal, actualmente derogado, en el artículo 86 disponía: *“Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo.”*<sup>70</sup> El actual Código Orgánico Integral Penal da por sobreentendida la sana crítica, y respecto a la valoración y apreciación estipula en el artículo 457 lo siguiente. *“Criterios de valoración.- La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales.*

*La demostración de la autenticidad de los elementos probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente.*<sup>71</sup> Por lo tanto, la valoración de la prueba es la operación intelectual del Juez para establecer si los hechos se hallan manifestados por los medios demostrativos o pruebas realizadas; desde luego conforme la legislación vigente en el país; la cual debe ser valorado en conjunto, y enunciadas en las sentencias judiciales.

---

<sup>69</sup> Ecuador. Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005. Actualizado a mayo de 2006. art. 207

<sup>70</sup> Ecuador. Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de marzo de 2009. art. 86

<sup>71</sup> Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014. Última modificación: 14 de julio de 2014.

#### **4.2.1.14. La carga de la prueba**

Este es un principio que llama a la autorresponsabilidad de las partes ante su eventual inactividad; la correspondencia de ocasiones en las pruebas no se resiste a que implique a cargo de una de las partes la necesidad de proveer la prueba para ciertos hechos, ya se trate a su favor, o que los pide, o esta contradictorio y goza de presunción de ley o de popularidad, o también porque es una inexistencia indiferente. La carga de la prueba es una pauta de diligencia para el Juez, por la que puede estropearse todo el proceso, cuando no hay la prueba del hecho que sirve de presunción a la legislación vigente que debe aplicarse. La autorresponsabilidad de las partes en el proceso, es de que tienen la libertad de disponer para llevar o no la prueba de los hechos que alegan y la contraprueba de los que probados por el inverso pueden afectarlas; ya que las partes pueden colocarse en una total o parcial ociosidad probatoria, por su balance y apuro.

#### **4.2.1.15. La oralidad**

Es un principio que de los juicios penales que predomina, ya que en lo civil es lo escrito, desde luego con pocas singularidades en las leyes modernas, así como en los sistemas norteamericano e inglés; lo ideal es lo oral, igual que en lo laboral, fiscal y contencioso administrativo, etc.; la práctica de las pruebas, sin excluir el aporte de escritos, actas, documentos, escritos de los testimonios, declaraciones e informes de peritos. Al respecto señala la



Constitución Política en el art. 168 numeral 6 al referirse a éste principio lo siguiente: *“La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”*<sup>72</sup> Lo cual es corroborado con lo tipificado en el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 5: *“Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 11. Oralidad: el proceso se desarrollará mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia; se utilizarán los medios técnicos disponibles para dejar constancia y registrar las actuaciones procesales; y, los sujetos procesales recurrirán a medios escritos en los casos previstos en este Código.”*<sup>73</sup>

De igual forma se lo recoge en el artículo 560: *“Oralidad.- El Sistema procesal penal se fundamenta en el principio de oralidad que se desarrolla en las audiencias previstas en este Código. Deberán constar o reducir a escrito:*

- 1. La denuncia y la acusación particular.*

---

<sup>72</sup> Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, art. 168

<sup>73</sup> Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014. Última modificación: 14 de julio de 2014, art. 5

2. *Las constancias de las actuaciones investigativas, los partes o informes policiales, informes periciales, las versiones, testimonios anticipados, testimonios con juramento y actas de otras diligencias.*
3. *Las actas de audiencias.*
4. *Los autos definitivos siempre que no se dicten en audiencias y las sentencias.*
5. *Interposición de recursos.*<sup>74</sup>

De igual forma se lo señala en el Artículo 610: *“Principios.- En el juicio regirán, especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observarán los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física de la o el juzgador y presencia obligatoria de la persona procesada y de la o el defensor público o privado, con las salvedades del juzgamiento en ausencia previstas en la Constitución.”*<sup>75</sup>

En todos ellos se pueden evidenciar que en todas las etapas, actuaciones y sentencias que afecten derechos de las partes se adoptará las audiencias de manera oral; lo que no afecta el debido proceso y el principio de contradicción. Es prohibido utilizar por parte del Juez, elementos de convicción producidos fuera de la audiencia oral.

La oralidad de los juicios, en el Código Orgánico de la Función Judicial señala en el artículo 18 lo siguiente: “*Sistema-medio de administración de justicia.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.*”<sup>76</sup> Por lo tanto, la sustanciación procesal es obligatoria bajo el sistema oral, aunque de cierta forma no se ha introducido en las otras materias.

#### **4.2.1.16. La lealtad y veracidad**

Este principio es un resultado de los primeros, la prueba es normal cuando posee unidad y es de interés colectivo, ya que no puede ocultarse o deformar la situación de los hechos, caso contrario se estaría induciendo al juez al error o engaño; ello significa no proceder con rectitud, integridad o autenticidad, por cualquiera de las partes, como también puede darse extremadamente por la propia diligencia investigadora del Juez. La lealtad y probidad no solo vale para la prueba, sino para todo el proceso en general; se manifiesta en la demanda, en las excepciones, en los recursos y en todos los actos del juicio; ya que la prueba tiene específica categoría. Ineludiblemente existe el interés de las partes y del Juez, que es diferente al interés público sobre la Justicia, por lo los intereses individuales deben

---

<sup>76</sup> Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009. Última modificación: 18 de marzo de 2014.

subordinarse a los colectivos; ya que una cosa es tratar de defender los propios derechos, y otra hacerlo con mala fe y deslealtad.

En definitiva las partes procesales deben actuar lealmente y de buena fe, tristemente en la experiencia judicial no es frecuente, ya que se ha evidenciado la mala fe, la deslealtad, la rutina de prácticas de retardos, hasta la solicitud de pruebas redundantes y no necesarias; los derechos subjetivos procesales de las partes, como la acción, contradicción, y prueba son de libre utilización para la protección o defensa, pero éticamente se las debe utilizar en lo extraprocesal, ejerciendo con lealtad, probidad y buena fe. El derecho civil exige la buena fe contractual y extracontractual, y con mayor razón en los actos procesales penales; por ello el principio de lealtad y veracidad se refiere a la conducta de las partes, para alcanzar la justa administración de los derechos; que se concretan a que las partes no utilicen el juicio el engaño o el dolo, se diriman hechos no reales y medios que dificulten la marcha del juicio.

### **4.3. MARCO JURÍDICO**

#### **4.3.1. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR**

Se puede señalar que la prueba ilícita es la que se obtiene como producto o resultado de la violación de un derecho fundamental o garantía constitucional, en los casos en que para la obtención de prueba se vulnere

uno de los derechos consagrados en nuestra Constitución, dígame derecho a la inviolabilidad de domicilio, derecho a la inviolabilidad de correspondencia, derecho a no autoincriminarse, derecho a la intimidad personal, derecho a la asistencia legal obligatoria, derecho a no ser incomunicado entre otras, que son garantías básicas del debido proceso prescritas en el Artículo 76 de nuestra Constitución de la República y en los Tratados Convenios o Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el Ecuador, y que también son texto constitucional.

*“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:*

- 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*
- 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*
- 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*

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

*5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*

*6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*

*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.*

*d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.*

*e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.*

*f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.*

- g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.*
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.*
- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.*
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.*
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.*
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”<sup>77</sup>*

---

<sup>77</sup> Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Precisamos de esta manera, que la característica singular de la Prueba Ilícita, es la existencia de un menoscabo o lesión a una garantía constitucional o derecho fundamental en la obtención de un medio de prueba, porque de lo contrario su trato procesal varía considerablemente ya que saldría del concepto de prueba ilícita, sometiéndose a otra ponderación por parte del Juez o Tribunal Penal como prueba irregular o prueba ilegal.

#### **4.3.1.1. LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que solicita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se declare a un Estado responsable, especialmente por la violación del Artículos 4 numeral 1, que es el derecho a la Vida, así como por el Artículo 5 numerales 1 y 2, que tratan sobre el derecho a la integridad personal; todo ello en relación respecto con las obligaciones generales y garantías contenidas en el Artículo 1 numeral 1 de la Convención Americana. Esta Convención tiene entre sus normas las garantías judiciales que se estipulan en el Artículo 8 numeral 1, y la protección judicial en el artículo 25 numeral 1, a todo lo que se suma el establecimiento de indemnizaciones a las víctimas.

Es así que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede presentar ante el Tribunal de la Corte, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda en contra de cualquier Estado; la petición inicial debe ser presentada ante la Comisión, por cualquier persona



natural o jurídica, ella aprueba el Informe de admisibilidad y fondo; declarando la admisibilidad del caso y formulando diversas recomendaciones para un Estado. Este Informe es notificado, luego puede presentar información el Estado, se puede conceder prórrogas a la solicitud y la contestación. Tras considerar con la información disponible que el Estado no ha cumplido con las recomendaciones formuladas en el informe de admisibilidad y fondo, la Comisión Interamericana decide someter el caso a la jurisdicción del Tribunal.

#### **4.3.1.2. CASO VERA VERA**

Una demanda fue presentada contra el Estado ecuatoriano por falta de atención médica adecuada, el sufrimiento físico y psíquico y la posterior muerte de Pedro Miguel Vera Vera bajo custodia estatal, demanda presentada por la CEDHU de Ecuador, como representante de las víctimas, donde la Comisión señaló que los hechos aún no han sido esclarecidos ni los responsables identificados y sancionados por el Ecuador. Se presentaron el escrito de solicitud, los argumentos y pruebas ante la Corte. En general, el representante coincidió con lo alegado por la Comisión Interamericana en la demanda solicitando al Tribunal que declare la responsabilidad internacional del Ecuador por la violación de los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1 numeral 1 del mismo instrumento, por no haber brindado adecuada atención médica a Pedro Miguel Vera y salvarle la vida, así como por no haber garantizado una adecuada

investigación que permita sancionar a los responsables, en perjuicio de la familia de Pedro Miguel Vera, más las reparaciones.

En el 2010 el Estado presentó su escrito dando contestación de la demanda y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos, alegando que no hubo agotamiento de los recursos de jurisdicción interna y rechazó su responsabilidad; señaló que los gastos y los montos compensatorios solicitados eran excesivos. Luego se presentaron las excepciones. El Presidente de la Corte ordenó recibir, a través de declaración rendida ante fedatario público, llamado "*afidávit*", las declaraciones de dos presuntas víctimas y los dictámenes de tres peritos, dos de ellos ordenados de oficio por el Tribunal y otro propuesto por el representante de las víctimas. El Estado tuvo la oportunidad de formular preguntas a las presuntas víctimas y a los peritos previamente a la rendición de las declaraciones y peritajes respectivos, así como de presentar observaciones sobre los mismos. Ninguno presentó preguntas ni observaciones. Asimismo, el Presidente convocó a la Comisión, al representante y al Estado a una audiencia pública para escuchar la declaración de una presunta víctima, así como los alegatos finales orales del representante y del Estado, respectivamente, y las observaciones finales de la Comisión Interamericana, sobre la excepción preliminar y los eventuales fondo, reparaciones y costas del caso. La audiencia fue pública en la sede de la Corte; el representante y el Estado remitieron sus alegatos finales escritos, mientras que la Comisión Interamericana presentó sus observaciones finales escritas al presente caso.

Tales escritos fueron transmitidos a las partes para que el representante y el Estado hicieran las observaciones que estimaran pertinentes sobre determinados documentos nuevos remitidos y algunos solicitados por el Tribunal a las partes durante la audiencia pública como prueba para mejor resolver.

El Estado solicitó que se rechace la demanda con fundamento en que los recursos de jurisdicción interna no habían sido agotados; que en el presente caso el recurso adecuado y efectivo era iniciar una investigación por los hechos alegados por las presuntas víctimas y que supuestamente son violatorios de los derechos consagrados en la Convención. Asimismo, alegó que nunca se determinó con precisión la figura penal que debía ser aplicada en el presente caso, en razón de la complejidad que conlleva el tema, por relacionarse con una muerte que se dio en el contexto de una intervención quirúrgica y la atención médica de varios facultativos, en procura de salvar la vida del señor Vera. Finalmente, que el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente a la fecha de los hechos, tenía un sistema procesal inquisitivo, en el cual llevar adelante el proceso era facultad del juez. Sin embargo, como posibilidad de saneamiento ante cualquier tipo de omisión y fundamentalmente desconocimiento de la perpetración de un delito por parte de las autoridades, que se garantizara la facultad de que las personas pudieran poner en conocimiento del Estado las violaciones de las cuales hayan podido ser víctimas, con lo que no se deja de lado la obligación del Estado de poner en marcha una investigación de oficio.

Se declaró la extemporaneidad de los argumentos del Estado, porque antes del pronunciamiento sobre la admisibilidad del caso, no presentó defensa alguna relacionada con la falta de agotamiento de los recursos internos. Por esta razón Ecuador argumentó que correspondía a los familiares de Pedro Miguel Vera presentar una denuncia para activar la actuación del Estado, pero sin resultados. El Código Procesal Penal vigente a la fecha de los hechos señalaba que la acción penal es pública y que se la ejercía de oficio. Por lo tanto, a la fecha de muerte de la presunta víctima, el Juez de lo Penal o los Comisarios de Policía tenían competencia para instruir el sumario de ley tendiente a investigar una infracción "*pesquisable*" de oficio, toda vez que tanto el Juez Décimo Primero Penal de Pichincha y el Comisario Quinto de Policía, quien realizó el levantamiento del cadáver en la ciudad de Quito, tuvieron conocimiento de los hechos. En consecuencia, no era necesaria la denuncia por cuanto los hechos ya eran de conocimiento de dichos funcionarios. Finalmente, se señala que un familiar de la víctima en forma oportuna sí puso en conocimiento del Estado que Pedro Miguel Vera se encontraba herido por arma de fuego y que estaba detenido en un calabozo policial.

Los artículos 44, 45 y 46 de la Convención Americana señalan que para que una petición presentada y sea admitida por la Comisión, se requerirá, entre otros, "*que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente*

*reconocidos*<sup>78</sup>. El Estado perdió la posibilidad de presentar esa defensa ante este Tribunal, ya que no interpuso debidamente como excepción el agotamiento de recursos internos y que el proceso no había sido remitido a un Juez de lo Penal de la jurisdicción donde fue cometido el supuesto delito. Por lo tanto, la Corte observa que existe una contradicción del Estado, ya que los alegatos presentados ante la Comisión Interamericana relativos al no agotamiento de los recursos internos versaron sobre un supuesto proceso judicial que se encontraba en trámite, mientras que los alegatos esgrimidos por el Ecuador ante el Tribunal como fundamento de dicha excepción preliminar se refieren a que no se ha realizado ninguna actividad judicial tendiente a investigar y eventualmente sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos de la presunta víctima y sus familiares porque éstos no han interpuesto denuncia alguna. Y que la situación era generalizada en el Ecuador de sobrepoblación de presos en establecimientos del sistema penitenciario, con pobre dotación de las clínicas de salud en los centros penitenciarios en términos de equipos y medicinas, así como de falta de requerimientos mínimos y acceso a atención médica, entre otros, violaciones de derechos humanos sufridas por el señor Pedro Miguel Vera en 1993.

El señor Pedro Miguel Vera, de 20 años de edad, fue detenido el 12 de abril de 1993 luego de que fue perseguido por un grupo de personas que lo habrían sorprendido cometiendo un presunto robo e intentaban lincharlo o

---

<sup>78</sup> Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Registro Oficial 801 de 6 de agosto de 1984.

quemarlo vivo. Mientras lo perseguían, el señor Vera recibió un impacto de bala efectuado a larga distancia en la región superior anterior izquierda, no se cuenta con elementos suficientes para establecer si la bala provino del grupo de personas que lo perseguía o de los agentes de policía que lo detuvieron en el mismo contexto. Que bajo custodia del Estado, padeció graves consecuencias para su salud, miedo e impotencia mientras percibía el deterioro progresivo de su condición, y posteriormente, la muerte en un hospital público. En consecuencia, el Estado incumplió su obligación de garantizar la integridad física de Pedro Miguel Vera, de no someterlo a tratos crueles e inhumanos y de tratarlo con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, de conformidad con el Artículo 5 numerales 1 y 2 de la Convención Americana.

#### **4.3.1.3. REGLAS MÍNIMAS DE NACIONES UNIDAS PARA EL TRATAMIENTO DE RECLUSOS**

La Corte recuerda que numerosas decisiones de organismos internacionales invocan las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos a fin de interpretar el contenido del derecho de las personas privadas de la libertad a un trato digno y humano. Aquellas prescriben las normas básicas respecto al alojamiento, higiene, tratamiento médico y ejercicio de los privados de la libertad. En cuanto a los servicios médicos que se les deben prestar, dichas Reglas señalan, inter alia, que el médico deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y

ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, y tomar en su caso las medidas necesarias.

En vista de los hechos probados en esta sección, la Corte observa que las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos ya mencionadas, además de exigir la realización de exámenes médicos tan a menudo como sea necesario, también señalan, inter alia, que: se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, estos estarán provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados. Además, el personal deberá poseer suficiente preparación profesional.

#### **4.3.1.4. PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN**

También es pertinente recordar que el Principio 24 para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión establece que: *"se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán*

*atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos*"<sup>79</sup>. En relación con este primer internamiento del señor Vera en el Hospital Regional de Santo Domingo de los Colorados, la Corte observa que de acuerdo con el peritaje de los señores Hans Petter Hougen y Onder Ozkalipci, no objetado por las partes, durante este período los médicos que atendieron a la presunta víctima incurrieron en varias omisiones que constituyeron "*grave negligencia médica*". Por un lado, los peritos referidos indicaron que no existen registros de que se haya realizado una evaluación de signos vitales, incluida la presión arterial, en el día de su alta del hospital. Asimismo, dado que el registro de la sala de emergencias indicaba que la presunta víctima tenía una bala alojada en el tejido subcutáneo en el lado izquierdo, se necesitaban más exámenes a fin de determinar la trayectoria de la bala y si era necesario iniciar un tratamiento quirúrgico. Según los peritos, esto es de conocimiento médico general. Por otro lado, tales peritos refirieron que al constatar que el señor Vera vomitó con residuo alimenticio color café, debieron verificar si existía o no una hemorragia gastrointestinal o intraperitoneal mediante algún reconocimiento médico como ultrasonido, rayos X, lavado peritoneal diagnóstico (LPD), laparoscopia, hemograma básico o comprobación hematológica del vómito.

---

<sup>79</sup> Organización de los Estados Americanos. Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Registro Oficial 530 de 8 de septiembre de 2011.



#### 4.3.1.5. CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL

En el anterior Código de Procedimiento Penal señalaba en el artículo 80 que: *“Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.”*<sup>80</sup>

De igual forma el anterior Código de Procedimiento Penal señalaba en el artículo 83 que: *“La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito.”*

De igual forma se encuentran manifestadas en el actual Código Orgánico Integral Penal en el artículo 457 que señala: *“Criterios de valoración.- La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales.”*

---

<sup>100</sup> Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial 2000, última reforma 12 de septiembre de 2014, art. 457

*La demostración de la autenticidad de los elementos probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente.”<sup>81</sup>*

Especialmente en la sentencia se debe valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en cumplimiento con lo que dispone el Código, la motivación de la sentencia para ser correcta, debe referirse al hecho y al derecho, suministrando las condiciones a que arribe el Tribunal sobre su examen, respecto de la función del hecho comprobado en un precepto penal, y de las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan. El juez debe consignar las razones que lo llevan a tener por acreditados o no, e históricamente, ciertos o falsos los hechos que constituyen los elementos materiales del delito, enunciando las pruebas de que se sirve en cada caso y expresando la valoración que haga de ellas, es decir, la apreciación que lo conducen relativamente al supuesto del hecho investigado, a una conclusión afirmativa o negativa. La falta de motivación en derecho puede consistir en la ausencia de descripción del hecho que debe servir de sustento a la calificación, es decir cuando se aplica una norma jurídica diferente a la que corresponde en un proceso de correcta adecuación típica. Para ser motivada en los hechos, la sentencia debe suministrar las pruebas en que se fundan las conclusiones fácticas, esto es, demostrarlos. Para que sea fundada en derecho, la sentencia debe explicar los hechos objeto de la adecuación típica, esto es, describirlos. Otra exigencia para que la motivación sea

---

<sup>81</sup> Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, última reforma 12 de septiembre de 2014.

legítima es que debe basarse en prueba válidamente introducida en el juicio, es una consecuencia del principio de verdad real y el de inmediación que es su derivado el cual supone la oralidad, publicidad y contradicción. Si es controlable en casación el grado de convencimiento que expresa el juez. La sentencia debe basarse en la certeza, es decir, en la convicción razonada y positiva de que los hechos existieron y ocurrieron de cierta manera. Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, ésta si controla el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento. El Tribunal de casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley, a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la motivación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas de la lógica, del razonamiento y de la experiencia o conocimiento. La garantía de motivación consiste en que mientras por un lado se deja al juez libertad de apreciación, queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente los argumentos, demostrando su conclusión para prevenir la arbitrariedad.

En el proceso la prueba que existe sobre la existencia de un presunto delito por ejemplo de violación que ha sido practicada sin disposición ni actuación del Fiscal y antes de que se inicie el proceso. En cuanto a la prueba introducida al proceso por el Fiscal y de manera concreta en lo relacionado con el informe médico presentado por los peritos no se puede concluir que haya existido ningún acto de violación pues del certificado médico que obra

del proceso se habla de una presunta violación, lo que del proceso no está científicamente demostrado, violando con ello lo dispuesto en el artículo 24 numerales 10 y 14 de la Constitución Política del Estado, en relación con el Código Orgánico Integral Penal que se refiere al principio de legalidad de la prueba, es decir, que es una prueba "*inutilizable*" como suele llamar la doctrina. Al efecto, el maestro Pedro Pablo Camargo señala: "*Se da una nulidad constitucional ipso iure o de efectos inmediatos que dejan sin valor legal una prueba recaudada con violación del debido proceso, o sea obtenida por encima o con desconocimiento de las garantías procesales a las que tiene todo acusado... pruebas ilegalmente trasladadas, testimonios obtenidos en el exterior por la Fiscalía General de la Nación sin la presencia del acusado y su defensor, testimonios arreglados de testigos arrepentidos.*" Por su lado, el procesalista César Martín Castro al referirse a la prueba ilícita señala: "*Se define por prueba prohibida aquella que se obtiene con infracción de los derechos fundamentales, entendiendo por obtención, aquella labor tendiente a llegar a un resultado probatorio al proceso, esto es tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales: aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial*"<sup>82</sup>. En este aspecto es unánime la doctrina y la jurisprudencia al sostener que la obtención de pruebas violando preceptos constitucionales y de manera especial garantías fundamentales del debido proceso deben ser "*inutilizables*" y por consiguiente no se las puede

---

<sup>101</sup> Castro, César Martín.

incorporar a un proceso penal. En el presente caso el examen médico legal al que se hizo alusión anteriormente fue realizado en un Hospital y sin la orden del Fiscal ni la presencia del imputado por lo que carece de valor probatorio. Por ello, en nuestro sistema procesal penal se excluye la prueba ilícita, así lo contemplan el Código Orgánico Integral Penal.

La comprobación conforme a derecho, tanto de la existencia de la infracción como de su responsabilidad penal, no se limita a transcribir el contenido de los informes periciales, así como de los testimonios rendidos durante la audiencia; sino que la sentencia siendo una manifestación de voluntad debe ser clara y razonada; de ella se predica el principio de racionalidad motivo por el que resultaba necesario realizar una operación mental o una construcción racional de cada una de las pruebas que le permitieron llegar a la convicción sobre la existencia de un delito, en el grado que sea y de quien es el responsable del delito que se le imputa. Además, se debe manifestar que se contraviene el texto del Código Orgánico Integral Penal en concordancia con la Constitución. Con respecto a la inmediación especialmente lo relacionado con la práctica de prueba, hechos que se produjeron o no y que, consecuentemente, se probaron o no. La prueba ilícita debe ser excluida del proceso penal y, consecuentemente, no considerada en la sentencia por adolecer de eficacia probatoria según lo determina el Código Orgánico Integral Penal en concordancia con la Constitución; lo que sirve de base para condenar o no al procesado, considerando además que en virtud de la denuncia que sirvió como

antecedente de la indagación previa. Ocurridos los hechos, permite que cualquier huella o vestigio que hubiera podido dejar el delito que se imputa, por su naturaleza, desapareciera o pudiera haber sido alterada. Para demostrar las alegaciones, el recurrente puede puntualizar las siguientes pruebas ilícitas: a) el testimonio, cuya condición debe ser no ex condenado por la justicia penal y de su condicionada individualidad ya que durante la audiencia de juzgamiento, le restan idoneidad y credibilidad a su testimonio; b) el reconocimiento del lugar de los hechos que se realizó con notificación de su práctica y con designación de un defensor público; c) el valor probatorio a un examen médico, por ejemplo, que se practicaron a raíz de que fue encontrada una presunta víctima y que fue sustentada en la audiencia de juicio por un perito acreditado por el Ministerio Público.

#### **4.3.2. LEGISLACION COMPARADA**

Me permito hacer una breve comparación de los siguientes cuerpos legales: Código de Procedimiento Penal de la República del Perú y Código de Procedimiento Penal Ecuatoriana los mismos que cumplen el objetivo dar cumplimiento al debido proceso establecidas en los diferentes códigos de procedimiento penal que existen en cada país. Es decir que en cada código se encuentra tipificado el correspondiente tramite a darse en cada delito determinando algunos preceptos sancionadores con la amenaza de una pena que inicia con una nueva tendencia destinada a delimitar los elementos que son esenciales en la estructura jurídica del delito que es la infracción de

la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que resulta de acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso.

El Código de Procedimiento Penal Peruano vigente cuerpo legal que es de dos clases público y privado que en su estructura determina en su libro tercero se encuentra el procedimiento a darse en un juicio, el juicio es oral y público cada sala está compuesta de tres vocales, además cuentan con Tribunales Especiales esto es el funcionamiento de Tribunales Correccionales Especiales están presididos por un magistrado titular y de jueces especiales, intervención del Ministerio Público, al Fiscal se lo llama Fiscal Superior, de acuerdo al art. 230 con respecto a las omisiones, retardos en los plazos y faltas los jueces pueden ser suspendidos o destituidos, cuando un testigo o perito que no haya concurrido a la audiencia y han sido citados por el tribunal puede ser penalizado y multado, además cuando un testigo a incurrido en falsedad en la declaración el Tribunal de oficio o a petición del Fiscal ordenan su detención hasta que se pronuncie la sentencia y si hay méritos se abrirá la instrucción contra él, existe el Recurso Póstumo que se lo conoce como Recurso de Revisión se lo puede interponer aunque el condenado haya muerto esto se lo hace para rehabilitar su memoria.

Con respecto a nuestro Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano es de dos clases pública y privada, en la acción penal pública corresponde al

Fiscal realizar la investigación que corresponda, mientras que la acción privada únicamente le corresponde al ofendido mediante querrela, nuestro cuerpo legal cuenta con jueces de garantías penales, agente fiscal y con tribunales de garantías penales que están integrados por tres jueces.

Con estos antecedentes puedo indicar con exactitud que en nuestro País nuestras leyes son garantistas con los cuales podemos acudir a otras instancias, mientras que en la República del Perú sus leyes son limitadas, procedo a realizar la siguiente comparación de los dos Códigos.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL PERUANO.-Con respecto a la SENTENCIA, Título IV, en el art. 280 Textualmente dice “La sentencia que ponga término al juicio deberá apreciar la confesión judicial del acusado y demás pruebas en la audiencia, así como los testimonios, peritajes y actuaciones de la Instrucción”.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO.-Capitulo V.- SENTENCIA en su art. 304A (304.1).- Reglas Generales.-La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado.

Es fácil determinar que los dos Códigos de Procedimiento son totalmente diferentes en sus contenidos en el primer Código no garantiza al debido proceso y la eficacia en la administración de justicia.



El Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano en su estructura y contenido tiene un sistema procesal que hace efectivo las garantías del debido proceso dando cumplimiento a los principios de inmediación, celeridad y eficacia en la administración de justicia.

---

<sup>102</sup> . Perú. Código de Procedimiento Penal, vigente 2015

#### **4.3.2.1. PERU**

En el Perú la discusión sobre la prueba prohibida e ilícita en el Derecho frente al cambio social, se ha centrado actualmente en no permitir la impunidad. Es la Corte Suprema de Justicia la que se ha pronunciado al respecto, especialmente en los procesos penales contra funcionarios públicos por la comisión de delitos de corrupción, ya que es frecuente el conocimiento público en grabaciones telefónicas interceptadas o en videos obtenidos con cámaras ocultas. En una sentencia definió a la prueba prohibida o ilícita como: “*La prueba prohibida o ilícita es aquella prueba cuya, obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales...*”<sup>83</sup>. Reconociendo a la prueba prohibida como un tipo de prueba en caso opere alguna de las excepciones a las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida; ubicando a la prueba prohibida como auténtico derecho fundamental: “*...No obstante ello, en consideración de este tribunal, la prueba prohibida es un derecho fundamental, léase como derecho a la no utilización o valoración de la*

---

<sup>83</sup> Perú. Corte Suprema de Justicia. Recurso de Nulidad N° 05-02-2008-LIMA de 4 de Mayo de 2009.

*prueba prohibida, que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución...*<sup>84</sup>

La Corte se ha pronunciado diferenciando la prueba irregular y la prueba prohibida o ilícita; la prueba prohibida es aquella que es obtenida o actuada, con vulneración de derechos fundamentales; pero pueden haber pruebas que no vulneran normas constitucionales en su obtención, sino solamente normas de rango inferior al constitucional; a ello la Corte se refiere como prueba irregular: *“...quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales; resultando de ello que si la prueba se obtuviera de forma ilícita, pero sin afectar tales derechos fundamentales, sería admisible y desplegaría todos sus efectos, por tanto se admite la validez y eficacia de la prueba incorporada al proceso de forma irregular o ilegal sin vulneración de derechos fundamentales...”*<sup>85</sup> Igualmente se puede distinguir dos conceptos: *“...Que, el cuestionamiento de la constitucionalidad de una prueba incide en su valorabilidad y es de mérito, por lo que la vía para hacerla valer no es la tacha, destinada específicamente a cuestionar la falsedad o nulidad de un documento por carecer de una formalidad esencial, sino su inutilización o exclusión por razones constitucionales al ser constitutiva de una prueba prohibida (...)*<sup>86</sup> Observando que se sostiene que la prueba irregular es

---

<sup>84</sup> Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente N° 655-2010-PHC/TC de 27 de Octubre de 2010.

<sup>85</sup> Perú. Corte Suprema de justicia. Ejecutoria N° 342-2001-LIMA de 17 de Setiembre de 2004.

<sup>86</sup> Perú. Corte Suprema de Justicia. Ejecutoria en recurso de nulidad N° 9-2006 de 14 de Mayo de 2007.

aquella que se cuestiona por vicios en una formalidad esencial, es decir, violación de una norma legal, mientras que la prueba prohibida es aquella que vulnera una norma constitucional.

El Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 11 de diciembre de 2004, sostiene que: *“para la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales debe aplicarse la “regla de la exclusión”, es decir, no se debe valorar la prueba; mientras que para la prueba que deriva de ella, se debe aplicar “la doctrina de los frutos del árbol prohibido o envenenado”, la cual excluye, también, a las pruebas que tienen un nexo causal con la prueba ilícita originaria”*<sup>87</sup>. Las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida son convertir a la prueba en ineficaz, nula, inutilizable, inapreciable, inefectiva, etc.; distinguiendo los efectos procesales y constitucionales de la prueba prohibida, que en el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159º del Nuevo Código Procesal Penal, planteando la prohibición al juez para que no pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales.

El literal h del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución estipula que *“el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato” tiene “como fin enervar el*

---

<sup>87</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso penal. Bosch: Barcelona. 1999. pág. 107.

*valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas*<sup>88</sup>. A lo que la Corte en lo procesal de la prueba prohibida sostiene sobre la inadmisibilidad e ineficacia de la misma: “... quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales, que la vulneración de un derecho en la aportación del material probatorio al proceso de la prueba impide la valoración de la misma.”<sup>111</sup> más adelante, desde una perspectiva constitucional, señala que la prueba prohibida genera la imposibilidad de valoración de prueba, y que la prueba prohibida no produce efecto jurídico alguno ni que pueda ser utilizada procesalmente: “...de modo que la misma, la prueba prohibida, deviene procesalmente inefectiva e inutilizable...”<sup>89</sup>; todo lo cual determina que la ilegitimidad constitucional de la prueba genera su exclusión: “...por lo que es evidente la lesión de éste último derecho fundamental, lo que determina la exclusión de la prueba por su evidente ilegitimidad...”<sup>90</sup>.

#### **4.3.2.1.1. Caso Gerardo Castro**

Mediante sentencia de 21 de diciembre de 2011, la Corte Superior de Justicia condenó a cinco años de privación de la libertad y cinco años de inhabilitación, al ex Viceministro de Justicia Gerardo Castro por el delito de

---

<sup>88</sup> Perú. Constitución.

<sup>89</sup> Perú. Corte Suprema de Justicia. Ejecutoria de recurso de nulidad N° 05-02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009

<sup>90</sup> Perú. Corte Suprema de Justicia. Ejecutoria del Recurso de Nulidad N° 9-2006 de 14 de mayo de 2007

cohecho de funcionarios, debido a que entregó dinero para obtener el incremento del porcentaje de captura de anchoveta. Alejandro Ríos denunció ante las autoridades de que le habían ofrecido dinero a cambio de resoluciones administrativas en forma indebida; por ello se inició una investigación fiscal y un operativo; para obtener pruebas sobre las reuniones que se dieron, donde se efectuaron video-vigilancias el 1 y 2 de febrero de 2011, sin contar con autorización judicial. Sólo se otorgó autorización judicial para realizar grabaciones el 31 de enero, por ello en el proceso penal no se valoró el contenido de los videos y audios obtenidos el 1 y 2 de febrero, por ser consideradas pruebas prohibidas. A continuación un extracto de la sentencia sobre la prueba prohibida: "1. Valoración de la prueba *"La valoración probatoria es el momento culminante del desarrollo procesal en el que el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis crítico y razonado sobre el valor que acredita los elementos probatorios introducidos tengan...Como es fácil de comprender, un paso previo a la valoración de las pruebas actuadas en el juicio, es verificar si las mismas se encuentran revestidas de licitud, y que en su caso no constituyan pruebas prohibidas, entendidas éstas como aquellas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Si bien esta labor debe ser emprendida de oficio por la judicatura, debido a nuestra primaria y necesaria sujeción a la Constitución, en el caso que nos ocupa, resulta más que imperativo, al haber alegado los abogado defensores la existencia de esta figura, en lo que respecta a las grabaciones de audio y video realizadas los días 01 y 02 de febrero en el salón de reuniones del séptimo piso del Ministerio de Industria, al ser producto de video-vigilancias*

realizadas en lugar cerrado, sin que se haya contado con autorización judicial.2. Sobre la prueba prohibida“...siendo la libertad el principio natural del individuo, la posibilidad que la autoridad establezca restricciones a ella, si bien justificadas por su integración a la sociedad, debe cumplir ciertas condiciones...En ese sentido, en caso la autoridad establezca restricciones a la libertad, entre otras cosas, deberá hacerlo a través de una norma expresa y clara que posibilite a sus ciudadanos la cabal comprensión de tal limitación...En este sentido, la exigencia que los actos invasivos en la libertad del individuo se encuentren plasmadas en una norma legal, expresa su adecuada relevancia cuando la confrontamos con el poder de policía que tiene todo Estado y que, sin temor a equivocarnos, constituye el mecanismo que más restricciones puede generar en el derecho de los ciudadanos...En efecto, el proceso penal en un Estado Constitucional de Derecho no solamente debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado...el maestro Muñoz Conde dice: “el respeto a las garantías y derechos fundamentales del acusado puede suponer y, de hecho supone efectivamente, un límite a la búsqueda de la verdad que obviamente ya no puede ser una verdad a toda costa.”...Entonces, de todo lo precedentemente expuesto, se concluye que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad sólo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos...Es por ello que nuestro máximo intérprete de la

Constitución tiene dicho sobre el particular que: “la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: ...Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba...”<sup>91</sup>3. Sobre los actos de video-vigilancia“...nuestra nueva legislación procesal penal ha previsto la posibilidad que la autoridad encargada de la persecución del delito pueda realizar acciones dirigidas a la obtención de medios de prueba que le permitan un adecuado ejercicio de la acción penal. (...) nuestro ordenamiento ha establecido la posibilidad de que el señor representante del Ministerio Público, por propia iniciativa o a pedido de la Policía, pueda ordenar la realización de video-vigilancias, cuando la misma resultase más provechosa a la investigación conforme al artículo 207, 1° del CPP. (...) la realización de tal acto de investigación tiene implicancia con ciertos derechos del individuo (...). Alguno de los derechos que se pudieran ver restringidos por el uso de medios tecnológicos que permitan el registro de la imagen y/o voz del individuo, son el respeto a la vida privada o el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen e incluso se habla de afectación a la libertad ambulatoria.(...) [una] previsión que deberá tener en cuenta el funcionario persecutor del delito será en los casos en que las video-vigilancias deberán efectuarse al interior de inmuebles o de lugares cerrados. En estos casos, conforme los dispone el artículo 207, 3° CPP,

---

<sup>91</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 2000, p.107.

*[para lo cual] se requerirá de autorización judicial. Ello (...) se debe a que el uso de este procedimiento genera una mayor afectación a los derechos fundamentales antes mencionados dado el escenario donde se producen las mismas, contrario a lo que sucede en lugares distintos a éstos (públicos), donde producto de la propia convivencia social, estos deben ser relativizados. (...) La autorización judicial importa un examen previo respecto de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida solicitada. (...) En el caso que nos ocupa, ha quedado claramente establecido en la secuencia de las audiencias que las video-vigilancias efectuadas los días 1 y 2 de febrero en el salón de reuniones del Séptimo Piso del Ministerio de la Producción no contaron con autorización judicial. Si bien hubo un pedido autorizado judicialmente para el 31 de enero, el mismo caducó al extinguirse ese día (...). (...) En atención a lo expuesto, es que en análisis de los medios de prueba actuados en las audiencias del juicio oral materia de la presente resolución, no se procede a valorar el contenido de los videos y audios correspondientes a las video-vigilancias del 1 y 2 de febrero (...).<sup>92</sup>*

La libertad personal es un valor fundamental del ordenamiento por ello las restricciones a ésta, deben cumplir requisitos para ser legales; se debe exigir que las restricciones a derechos fundamentales se encuentren previstas claramente en una ley. La libertad personal es la base primordial del ejercicio de los derechos fundamentales; por lo tanto la Policía Nacional o Ministerio Público en el Perú, es uno de los que más restricciones pueden generar a

---

<sup>92</sup> Perú. Corte Superior de Justicia. Sentencia de 21 de diciembre de 2011, expediente N° 017-2001.



los derechos de los ciudadanos. Las grabaciones o videos provenientes de vigilancias deben considerarse “*prueba prohibida*” por el hecho de que se hayan realizado en un recinto cerrado o privado y lo más importante sin autorización judicial previa; a fin de precautelar el ejercicio del derecho a la intimidad, privacidad e imagen de las personas, conforme al artículo 207 del Código Procesal Penal peruano.

Una sala de reuniones de un ministerio no es un recinto cerrado y privado, como lo es un despacho privado, donde se desempeñan funciones públicas, con deberes de integridad y probidad, pero sus conductas íntimas o privadas no pueda ser susceptible de control estatal; un ministerio es una institución pública y las actividades que se desempeñan dentro de ésta son a su vez de carácter público; y distinto sería el interceptar telefónicamente las conversaciones privadas de un funcionario realizadas desde su número privado de celular. Tomando en cuenta los altos niveles de corrupción, el permitir que haya cámaras que graben las instalaciones de instituciones públicas, hasta en los servicios higiénicos de un ministerio, es una medida que parece eficiente y acertada de control y transparencia de la función pública, pero no legal.

Uno de los supuestos para considerar lícitas las grabaciones secretas, será cuando al menos uno de los que intervienen en la conversación tiene conocimiento de ello, lo admite y, cuando una prueba haya sido provocada por el órgano encargado de la persecución penal. En el presente caso se

debería permitir o admitir un video secreto como prueba; en razón de que el asesor del ministerio, denunció inmediatamente a las autoridades el ofrecimiento de dinero para emitir resoluciones administrativas de modo ilícito.

Al organizarse un operativo de video vigilancia, donde el cohechado tenía conocimiento y había permitido que se le grabe el ofrecimiento indebido y recibimiento de dinero; el ofrecimiento de dar dinero a un funcionario para que incumpla sus funciones lo que constituye conductas que configuran el delito de cohecho; así las conductas que fueron grabadas no violarían el legítimo derecho a la intimidad o privacidad, por el contrario, son conductas delictivas que han sido captadas en un lugar público como lo es una institución del Estado. En este mismo sentido se pronunció la Corte Superior de Justicia de Lima en la sentencia recaída en el proceso penal contra Vladimiro Montesinos Torres por el delito de tráfico de influencias, en videos que fueron grabados en la sala del Servicio de Inteligencia Nacional, ya que a consideración de la Corte, las filmaciones fueron realizadas por uno de los intervinientes y no se vulneró el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, cuando el contenido de las conversaciones eran sobre hechos delictivos y no de temas que pertenecen al ámbito íntimo o privado.

#### 4.3.2.1.2. Caso El Polo

En un atentado terrorista denominado caso “El Polo”, producido el 20 de Marzo de 2002, con nueve muertos y cuarenta heridos; la Policía Nacional efectuó seguimientos a personas sospechosas, incursionando el domicilio de Giovanna Anaya, hallando material subversivo vinculado con al atentado. La defensa cuestiona el acta de registro, ya que se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad de domicilio, por no contar con orden judicial por ende la prueba allí obtenida es ilícita. La Justicia peruana consideró que: “...*los materiales hallados durante la referida diligencia, fueron obtenidos con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, es decir, fueron obtenidos ilícitamente, pues en el acta en cuestión no constaba que el registro se halla producido con el consentimiento de la encausada y aún cuando en la misma estuvo presente la representante del Ministerio Público, ... se estima, que no sólo los policías procedieron de manera inconstitucional, sino también la Fiscal, quien desconociendo su función de defensora de la legalidad y de estar obligada a cumplir la Constitución, avaló el ingreso al domicilio de la encausada sin autorización judicial...*”<sup>93</sup> La Sala consideró que el ingreso al domicilio de la encausada infringe el inciso 9 del Artículo 2 de la Constitución del Perú, y que las fuentes de prueba recogidas en el acta de registro domiciliario, practicada en el interior de la vivienda, eran ilícitas y no podían ser valoradas, debiendo por tanto ser absuelta la acusada. Pero el Tribunal Supremo consideró que son “*lícitas las fuentes de*

---

<sup>93</sup> Perú. Sala Penal Nacional. Expediente 295-2002 del 1 de septiembre de 2005.

*prueba, halladas durante la cuestionada diligencia, el derecho de la inviolabilidad de domicilio no es absoluto, ya que la Constitución Política en su Art. 2 párrafo 9, parte in fine, señala los casos en los que excepcionalmente podrá ingresarse a un inmueble, sin que exista autorización del propietario o sin mandato judicial, en los casos de flagrancia o peligro muy grave de perpetración de un delito.*<sup>94</sup> Para valorar el material subversivo o prueba, descrito en el acta de registro domiciliario, el Tribunal recurrió a la regla de la Teoría de la Ponderación de Interese.

#### **4.3.2.2. COLOMBIA**

El Derecho Penal en un Estado social de derecho como Colombia, busca un adecuado funcionamiento de la justicia sin impunidad, sin fallos arbitrarios, garantizando los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal; la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino también al goce efectivo de otros derechos constitucionales, como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal. Es en la jurisprudencia y en la doctrina donde se han venido aceptando los criterios independientes, del vínculo atenuado y del descubrimiento inevitable como excepciones, para preservar la existencia jurídica de las pruebas lícitas derivadas y no afectarlas con la exclusión. El artículo 455 del Código

---

<sup>94</sup> Perú. Supremo Tribunal Peruano. Sentencia R.N.N°4826-2005 del 19 julio 2007.

Procesal Penal de Colombia sobre la ineficacia de los actos procesales, estipula: *“Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del art. 23 (“Cláusula de exclusión”) se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.”*<sup>95</sup>

*El descubrimiento inevitable consiste en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito.”*<sup>96</sup> Esta regla de exclusión no es aplicable cuando el Estado colombiano demuestra que la evidencia fue obtenida en virtud de una fuente independiente de la intervención ilegal; si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad. El ámbito de aplicación de la doctrina del vínculo atenuado depende de tres factores: el propósito y la intensidad de la conducta ilegal, la *“proximidad temporal”* entre la conducta ilegal y la obtención del fruto, y la existencia de circunstancias o eventos interventores entre la ilegalidad inicial y la obtención del fruto.

Como excepciones a la exclusión de prueba ilícita y no caer en conexiones de antijuridicidad, la justicia colombiana señala: *“...Toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía,*

---

<sup>95</sup> Colombia. Código de Procedimiento Penal, Ley 906. 2004.

*queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales.*<sup>97</sup> Así, la ilegitimidad constitucional se extiende también a las pruebas reflejas e indirectas, sólo si se establece un nexo con las pruebas directas contaminadas. Es decir, no es contraria al derecho procesal, la prueba lícita de la confesión derivada de la entrada y registro ilícito, si lo que existe es una desconexión de antijuridicidad entre la prueba derivada y la ilícita originaria; como lo realiza *“La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acude a la valoración conjunta de la prueba, lícita e ilícita, para ponderar a partir de ahí la existencia de un proceso justo en el que la eventual condena del acusado resulte fruto de un proceso de tales características.*<sup>98</sup>

En Colombia se toma en consideración el delito que se persigue, de modo que mientras más grave sea éste, más estricto debe ser el criterio para aceptar la exclusión de la prueba ilícita; inclusive tomando en cuenta el principio de proporcionalidad, desarrollado principalmente por la jurisprudencia alemana, que en lo esencial coincide también con la exigencia de razonabilidad que progresivamente han reconocido los tribunales superiores norteamericanos. La pregunta por la licitud o ilicitud de las pruebas en el proceso penal implica definir cuáles son las actuaciones de

---

<sup>97</sup> Colombia. Supremo Tribunal Constitucional. Sentencia 81 del año 1998.

<sup>98</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Schenk, 1988.

las autoridades públicas que desbordan un ámbito de actuación previamente autorizado y cuáles son las consecuencias de estas conductas para el proceso. En materia probatoria, aquel conocimiento obtenido de manera ilícita o que por medio de su valoración atenta contra los derechos de las personas sometidas a un proceso penal ha tenido una interpretación del juez constitucional que ha variado en el tiempo a partir de la Constitución colombiana de 1991, en la cual se consagró expresamente la nulidad de pleno derecho de aquella prueba obtenida por fuera del debido proceso.

Con respecto a las pruebas el artículo 29 de la Constitución colombiana contempla la nulidad de pleno derecho como sanción a las pruebas obtenidas por fuera del debido proceso; donde la actuación de las autoridades públicas, no puede estar por fuera del debido proceso y no puede ser obtenido conocimiento alguno y de hacerlo, este deberá excluirse. La garantía de la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida es parte procesal penal de la Constitución colombiana, por lo tanto es parte integrante del debido proceso en materia penal, entendido este como un “*derecho fundamental, que dice cuáles son las condiciones sin las cuales resulta absolutamente ilegítimo cualquier acto de persecución penal, es decir, a cuáles son las condiciones de cuándo y cómo juzgar*”<sup>99</sup>. Así, para la obtención y valoración de cada prueba, se debe recorrer de manera estricta los procesos que constitucional y legalmente han sido autorizados; y cuando se sale de este marco, lo que resulta es conducta ilegítima. El sistema penal

---

<sup>99</sup>Calle, A. Bases para una fundamentación político-constitucional del debido proceso. Nuevo Foro Penal, (63), 2000. Pág. 45.

acusatorio, diseñado en la Ley 906 de 2004, acogió el modelo norteamericano de la “*exclusionary rule*”, enunciando que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será sancionada con la nulidad y deberá ser excluida del proceso. En conjunto, con la adopción del sistema norteamericano se adoptaron algunas de sus excepciones: la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el vínculo atenuado. “*En suma, la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye una auténtica garantía de los derechos fundamentales que alcanza a todos los procesos y mediante la cual no solo se excluyen las pruebas que derivan directamente de la lesión de un derecho, sino también aquellas otras que derivan indirectamente de la misma*”<sup>100</sup>.

#### **4.3.2.2.1. Sentencia T-008 de 1998**

La Corte Constitucional, considera nulas las pruebas obtenidas fuera del debido proceso, mediante esta sentencia, que es un caso en el que se obtiene una declaración de un testigo con reserva de identidad, que origina un allanamiento en la que se recoge material probatorio que sustenta la condena; el testimonio fue practicado sin la presencia de un representante del Ministerio Público y efectuar el levantamiento de un acta separada de la declaración, en la cual figure el nombre y otros datos personales del declarante, conforme ley. La Corte considera que los requisitos son

---

<sup>100</sup>Gascón, M. ¿Libertad de prueba? (¿Freedom of proof?): El incuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Jueces para la democracia: Información y debate, (52), 2005, pág. 77.



condiciones de validez de la declaración de testigo con reserva de identidad, para que la prueba realizada no resulte nula de pleno derecho y debe ser excluida. El que un juez tenga en un proceso una prueba absolutamente viciada, no implica que la sentencia sea calificada como vía de hecho; ya que por su jurisprudencia, no todo vicio implica descalificación del acto judicial; solo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado. La inexistencia de la declaración del testigo con reserva de identidad no tiene y otros elementos como el hallazgo de armas homicidas en una finca de propiedad del condenado; la subordinación y confianza entre el tenedor del arma en el allanamiento a la finca “Los Naranjos”, quien huye; los testimonios que afirmaban la participación del actor en el delito; el interés del actor en la ejecución de la masacre, etc. Con independencia del valor de cada uno de estos elementos de juicio la prueba que debió ser excluida no resulta determinante a la hora de resolver el caso.

*“En resumen, esta Corporación ha estimado que la validez constitucional de las declaraciones de testigos con reserva de identidad depende, por entero, de la aplicación cabal de las garantías que rodean la realización y valoración de la prueba, así como de la posibilidad cierta de que esta pueda ser ampliamente controvertida por la defensa técnica. Por lo tanto, si durante la declaración del testigo secreto no está presente el representante del Ministerio Público; si no se levanta el acta separada con la identidad del declarante; si el juez no puede conocer esa identidad para valorar*

*adecuadamente la declaración; si, por ello, la defensa no puede contrainterrogar al testigo, la prueba será nula por violación del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso”<sup>101</sup>*

En el criterio de la Corte, una prueba ilícita no da responsabilidad penal, y por el Artículo 29 de la Constitución, debe ser excluida y por lo tanto se inutiliza el material allegado de forma o por medio de actos ilícitos, tiene eficacia relativa; en el proceso permanecen las pruebas que tienen vínculo de causalidad con la ilícitamente practicada y que pueden explicarse en razón de su existencia, es decir, *“que aquellas pruebas derivadas de la prueba ilícita no pueden ser valoradas en el proceso”<sup>102</sup>*; en el juicio de la Corte no es discutida la conexidad entre un testimonio practicado sin los requisitos legales y un arma de fuego obtenida a partir de dicho testimonio.

#### **4.3.2.2.2. Sentencia SU-159 de 2002**

El caso es una conversación entre dos ministros, ilícitamente obtenida y publicada en un medio de prensa nacional, la investigación culminó con sentencia condenatoria por parte de la Corte Suprema de Justicia de los ministros; por la tutela que el ex ministro considera que se tuvo en cuenta la conversación ilícitamente, las pruebas que se derivaron y que se afectó su derecho al debido proceso. EL derecho comparado menciona tres tipos de regulación de la prueba ilícita: el de los países de tradición anglosajona,

---

<sup>101</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-008 de 1998.

<sup>102</sup>Bolaños, C. A. El debilitamiento de la regla de exclusión probatoria en el ordenamiento jurídico penal colombiano. Diálogos de derecho y política, (1), 2009.

referencia al sistema de la exclusionary rule de Estados Unidos; el de regulación alemán, y el de países de tradición romana. En la sentencia, la Corte se inclina por el sistema norteamericano; distingue las fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas entre pruebas inconstitucionales e ilícitas: *“La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado”*<sup>103</sup>; se realiza un estudio de las actas de la Asamblea Constituyente que construyó el inciso final del Artículo 29, concluye que los delegatarios se propusieron *“incluir en la Carta Política una restricción que disuadiera a los agentes del Estado y a cualquier persona, de recurrir a medios violentos, inhumanos, crueles y degradantes, como métodos para obtener información sobre la comisión de delitos”*<sup>104</sup>; aquí es donde se comienza la Corte a adherirse a la tradición angloamericana de tratamiento de la prueba ilícita, *“asumiendo como fines de la norma constitucional los efectos disciplinantes o preventivos –deferrent effect- que esta tiene sobre sujetos públicos y privados, para desalentar la actividad de persecución penal contraria a los principios constitucionales; esta se considera la tesis dominante que ha asumido la Corte Suprema de los EE. UU. Sobre la regla de exclusión.”*<sup>105</sup> En Estados Unidos la disuasión ocupa un lugar preponderante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ella ha reconocido que no existe evidencia empírica para que la regla de

---

<sup>103</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SU-159 de 2002.

<sup>105</sup> Guariglia, F. Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Buenos Aires: del Puerto. 2005, pág. 46.

exclusión desaconseja a la *“Policía de violar las garantías constitucionales, ha sostenido que mientras no se refute científicamente su potencial disuasivo, se debe presumir que cumple dicha función”*<sup>106</sup>, se trata de algo parcialmente cierto: *“Es verdad que los efectos preventivos sobre la actividad policial han sido el fundamento principal de la regla de exclusión frente a la violación de los derechos consagrados en la IV Enmienda de la Constitución Federal de los EE.UU. (arresto, registro y secuestro –arrest, search & seizure-) y, por consiguiente, el eje de la discusión dogmática. La opinión mayoritaria de la Corte ha acentuado reiteradamente este punto.”*<sup>107</sup> Ello, sin embargo no es trasladable, sin más, a las prohibiciones derivadas de la lesión a los derechos previstos en las Enmiendas VI (derecho a la defensa técnica –right to counsel) y, sobre todo, V (protección contra la autoincriminación – privilege against self-incrimination). Incluso varios escépticos en cuanto a la eficiencia de la supuesta función preventiva, en el caso de las confesiones obtenidas mediante coacción o sin la posibilidad de asistencia legal; donde la prohibición de valoración encuentra su fin en la *“obvia inconfiabilidad”* de estas declaraciones; estas *“deficiencias en el debido proceso”* afectarían el *“procedimiento de averiguación de la verdad”*, y solo por ello la prueba obtenida de ese modo debe ser excluida.

Con lo preventivo o disciplinante de una norma que declara la nulidad de las pruebas ilícitamente obtenidas, la Corte compara el método de exclusión de EE. UU. y Alemania, que en el primero hay una discrecionalidad judicial, ya

---

<sup>107</sup> *Ibíd.*

que los jueces aplican reglas de excepción creadas por la Corte Suprema de forma rigurosa, *“sin introducir un análisis de ponderación en el caso concreto, así este pueda conducir a evitar que un crimen grave quede impune y que se sacrifique la verdad real”*<sup>108</sup>. En el caso alemán, la aplicación de la exclusión es la ponderación en cada caso concreto: *“...la seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego dentro de los cuales se destaca el interés en que la violación de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no quede en la impunidad sacrificándose la verdad real...”*<sup>109</sup>. Así, Estados Unidos es más favorable a la exclusión de pruebas viciadas que Alemania porque está dispuesto a sacrificar la verdad real y la justicia en el caso presente y porque el juez carece de discrecionalidad para dejar de excluir una prueba que según las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia debe ser excluida.

Finalmente, la Corte menciona las excepciones que existen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU.: la doctrina de la atenuación, la doctrina de la fuente independiente, la doctrina del descubrimiento inevitable y la doctrina del acto de voluntad libre (autoincriminación). Para resolver, indica que la prueba de la interceptación ilegal fue correctamente excluida del proceso por la Fiscalía y la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, las pruebas subsistentes y que de alguna forma tuvieron una

---

<sup>108</sup> *Ibidem.*

<sup>109</sup> *Ibidem.*

relación de causalidad con la originaria –ilícita- son aceptadas en el proceso, argumentando o que se trata de pruebas independientes, o con un vínculo atenuado o irrelevante, o que fueron obtenidas en un acto de voluntad libre. Por lo que no se tiende la tesis de la tutela en el sentido de que pruebas que sirven de fundamento a las decisiones judiciales, están viciadas por derivarse de la grabación ilícita tantas veces referida. Se tratan de pruebas separadas e independientes cuyo vínculo con la grabación se revela. Se demuestra que las pruebas impugnadas como derivadas no lo fueron realmente y tampoco fueron determinantes para fundar la resolución de acusación o la sentencia condenatoria, lo cual lleva inevitablemente a la conclusión de que ni la Fiscalía General ni la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrieron en vías de hecho.

#### **4.3.2.2.3. Sentencia C-591 de 2005**

En esta sentencia la Corte Constitucional analiza el modelo de exclusión de pruebas ilícitas y sus excepciones, entendiendo que la Constitución de Colombia en el artículo 29 no consagra excepciones a la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación al debido proceso, esto quiere decir que son nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas en desmedro del proceso constitucional, como aquellas que se desprendan. El artículo 232 del Código de Procedimiento Penal ordena excluir la evidencia y pruebas que provinieran “*directa y exclusivamente*” de una orden de registro y allanamiento indebidamente emitida por la Fiscalía; para la Corte, una

orden de registro y allanamiento que carece de alguno de los requisitos legales exigidos para la actuación de la Fiscalía, es una violación del debido proceso “*por tratarse de una diligencia afectada de invalidez*”<sup>110</sup>; por tanto, todo elemento o evidencia que se encuentre debe ser excluida, las que sean consecuencia de la ilegalidad y las derivadas; con base en el Artículo 232, que excluye del proceso penal las pruebas que provengan de violación del debido proceso, y también de las indirectas o provenientes.

Por vínculo atenuado se entiende que si el nexo existente entre prueba ilícita y derivada es tenue, entonces la derivada es admisible de acuerdo al principio de buena fe, tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad. Si la evidencia tiene origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol venenoso; y si el descubrimiento es inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenida por un medio lícito. La Corte Constitucional para establecer vínculos entre una prueba “ilícita” con relación a otra prueba que se pretende hacer valer en el proceso, establece un mecanismo de detección “*que son consecuencia de las pruebas excluidas o que solo pueden explicarse en razón de su existencia. Para tales efectos, el juez deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre unos y otros; y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no en alguna de las reglas legales dispuestas*

---

<sup>110</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 591 de 2005.

con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso concreto"<sup>111</sup>. El juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, para examinar el nexo causal o no de una prueba y otra, y ponderar factores, como los derechos fundamentales del procesado, de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito.

#### **4.3.2.3. CHILE**

Al obtenerse en forma ilícita la fuente de la prueba ese produce una clara opción valorativa que en los ordenamientos jurídicos comparados, se observa los derechos esenciales de la persona humana, frente a la obtención a toda costa de la verdad como fin y propósito único del proceso; es en la doctrina chilena donde se tiene un consenso respecto del "*derecho a la prueba*", frente a la concepción tradicional de la mera carga procesal. El "*derecho de defensa*"<sup>112</sup>, que consagra el artículo 19 numeral 3, inciso 2°, de la Constitución de 1980, asegura a todas las personas el derecho a intervenir en un proceso jurisdiccional, formulando pretensiones y contradiciéndolas en igualdad. Carocca dice que "*la garantía constitucional autónoma, que confiere a todo litigante, la facultad de producir las probanzas que requiere para demostrar la efectividad de sus alegaciones de hecho*"<sup>113</sup>; por lo que su observancia es obligatoria para el propio legislador, para el juez y para las partes en juicio. En el inciso 5° del artículo antes citado,

---

<sup>111</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 591 de 2005.

<sup>112</sup> Chile. Constitución Política de Chile. 1980.

<sup>113</sup> Carocca.



consagra también como derecho fundamental el "*debido proceso*", señalando que "*toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*"<sup>114</sup>, agregando que "*corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*"<sup>115</sup>. La decisión de un asunto comprende todas las acciones u excepciones que hagan las partes, en un proceso racional y justo, que asegure el derecho a la prueba y a través de él, los elementos que permitan una sentencia. El derecho a la prueba, presupone admitir la prueba ofrecida, que sea practicada en el proceso con intervención de las demás partes; y que sea debidamente ponderada.

No tendrá derecho alguno a la prueba en casos en que para obtenerla se ha violentado derechos fundamentales, en tal caso ese derecho no ha llegado siquiera a existir; como lo dice Sanchis: "*si el órgano jurisdiccional entiende que debe inadmitir un medio de prueba es porque considera que no se tiene derecho a utilizarlo. Cualquier consecuencia ulterior –como es la de inadmitir motivada, razonable y no arbitrariamente– está presuponiendo la inexistencia del derecho, por lo que mal puede integrar su contenido*"<sup>116</sup>.

La infracción de los derechos fundamentales puede presentarse en la pesquisa de la prueba, como el derecho a la vida y la integridad física y psíquica, la libertad de conciencia, el derecho a la libertad personal y seguridad individual, sin perjuicio de aquellos reconocidos en los Tratados

---

<sup>114</sup> Chile. Constitución Política de Chile. 1980.

<sup>116</sup> Sanchis.

sobre Derechos Humanos ratificados por Chile. La figura de la prueba ilícita surgió en el marco del proceso penal norteamericano, como creación jurisprudencial tendiente a controlar los excesos de un sistema procesal en donde la instrucción se encuentra entregada al Ministerio Público y también a la Policía. Por lo mismo, se restringe las facultades del Ministerio Público y Policía en sus investigaciones, ya que el acusado puede asumir la calidad de objeto de prueba; donde la prueba ilícita, en la tarea de búsqueda de la verdad material y existencia del delito por el Estado, viola derechos esenciales del acusado, como la declaración obtenida con tortura; interceptación de conversaciones telefónicas no autorizadas; registros corporales, etc. En lo civil el principio dispositivo y de oportunidad, son las partes las encargadas de obtener las fuentes y aportar los elementos de prueba al proceso, la condición de igualdad procesal que existe necesariamente entre litigantes, en esta clase de conflictos no ocurre la actividad de los órganos de instrucción como en el proceso penal, no existe todo un aparato estatal que ejerza de manera privativa la investigación.

El derecho a la intimidad y el honor, están en la Constitución, como derechos fundamentales, en el Artículo 19 numeral 4 y numeral 5, que señala: *“La Constitución asegura a todas las personas:...4. El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de su persona y de su familia.5. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados*

*interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por ley*<sup>117</sup>.

La protección de la vida privada es considerada como un derecho de la personalidad, todo lo relativo al santuario íntimo de la persona y a su propio honor; la exclusión de la prueba ilícita limita el seguimiento, la interceptación y grabación ilegal de señales telefónicas, la sustracción de comunicaciones postales, el registro de bienes personales, la filmación clandestina de imágenes mediante artefactos o instrumental tecnológico; prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos al proceso o a las partes; la protección al domicilio y a las comunicaciones; los bienes de uso personal, el equipaje, etc.; la correspondencia o mensajes epistolares, telegráficos, telefónicos, radiales, por télex y los emitidos por cualquier otro medio, y los documentos privados que lleven consigo, mantengan en su vivienda o tengan en su lugar de trabajo y de que sean dueñas o tenedoras legítimas.

En Chile se ha optado en el nuevo Código Procesal Penal y en la Ley sobre Juzgados de Familia, el estatuto garantista a las personas, antes que la verdad sustentada en elementos de prueba obtenidos por vías o actuaciones constitucionalmente ilegítimas; aunque en Chile no existe un derecho fundamental a la no estimación de la prueba ilícita. Su reconocimiento explícito se da en el Código Procesal Penal a partir de que en materia de prueba, cualquier elemento probatorio puede ser aportado al juicio para

---

<sup>117</sup> Chile. Constitución Política de Chile. 1980.

establecer los hechos imputados o los que se invocan en la defensa. Señala este artículo :*"art. 295. Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley"*<sup>118</sup>. Y lo que interesa en esta investigación, es que sea obtenida sin infringir derechos fundamentales del imputado o de terceros, como se desprende del artículo 276 inciso tercero del Código Procesal Penal, que señala: *"artículo 276. - Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.*

*Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.*

---

<sup>118</sup> Chile. Código de Procedimiento Penal.

*Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.*

*Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral*<sup>119</sup>. En este sentido en función del bien común y dignidad del hombre, con un estatuto político institucional caracterizado por un control a los órganos del poder, la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos, representa una tarea del Estado y que en la búsqueda de la verdad como mecanismo de defensa social, debe observar la atención y cuidado de los derechos y garantías constitucionales.

En aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Chile, falla de la siguiente manera: *"...siendo declarada ilegal una detención, toda la prueba obtenida en razón de dicho acto es ilícita, por obtenerse con inobservancia de garantías constitucionales, debiendo quedar excluida del juicio oral, corriendo igual destino los elementos probatorios que se hayan obtenido en forma derivada..."*<sup>120</sup>; declarando la ilicitud de la prueba obtenida con infracción del derecho a la intimidad o privacidad de las personas, consagrado en Constitución Política de la República. Igualmente señala: *"CUARTO. ...las excepciones a que alude la norma (se refiere al art. 19 N°*

---

<sup>120</sup> Chile. Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Chile, sentencia 81 de 2 de abril de 1998.

5) solo pueden encontrar su legitimación en leyes sustantivas expresas, predispuestas por el legislador para casos especiales y que deben cumplirse con las formalidades que las mismas establecen. Es el caso de las normas del párrafo 3º del Título I del Libro II del Código Procesal Penal en cuanto en la etapa de investigación permite la entrada y registro en lugares cerrados con autorización de juez competente contenida en una orden formal, en horas determinadas, dejándose constancia escrita y circunstanciada de lo actuado por el ente investigador, obligando a la custodia y sello de los objetos y documentos que se incauten, con entrega de recibo detallado al propietario o encargado del lugar. ...Así las cosas, las piezas signadas con las letras C. y D. del fundamento tercero, en cuanto sirvieron a los jueces de medios probatorios para dar por acreditado en autos la comisión del delito de almacenamiento malicioso de material pornográfico infantil como también la participación de autor del mismo del recurrente (considerando undécimo), en circunstancias que debieron ser excluidas por haberse obtenido con inobservancia de garantías fundamentales, como lo declara el artículo 276 en su inciso 3º del Código Procesal Penal, transformándola en prueba ilícita. En este caso, y en otro sentido, al negar los sentenciadores lugar a la incidencia que al respecto promovió en el juicio oral la defensa (fundamento decimosexto), infringieron también el principio del debido proceso contemplado en el inciso 5º del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ya que al permitir la incorporación y ponderación de prueba ilícita en el proceso lo despojaron de legitimidad"<sup>121</sup>. Luego con

respecto de la restante prueba allegada al proceso penal, se agrega: *“SEXTO. Que el recurso en esta parte mira más allá aún. Partiendo de la base de la ilicitud de la prueba inicial, siguiendo la doctrina de los "frutos del árbol envenenado" acuñada por los fallos de los tribunales Norteamericanos, pretende que se le dé el mismo trato a la prueba obtenida posteriormente por la policía investigadora del delito que hasta ahora se ha hecho caudal. Sin embargo, estos sentenciadores no concuerdan en ello. En efecto, como ya se ha dejado establecido, el resto de los elementos probatorios fueron logrados cuando el hecho ya se había válidamente judicializado, cuando se encontrada controlada la actividad policial por un Juez de Garantía competente, y obrando además premunidos de las órdenes e instrumentos legales correspondientes. En tal caso no se divisa la derivación directa de este actuar con la anterior, por ende, no puede ser esta una razón más para considerar conculcadas garantías constitucionales y legales del imputado”<sup>122</sup>.*

La sentencia sustenta el sentido de excluirlo antijurídico, y no la relación de causa; la oportunidad para excluir la prueba ilícita, le confiere al Juez el considerar su facultad de ponderar la prueba y la de excluir la obtenida con infracción de garantías fundamentales: *“15. - Que, así las cosas, la pretensión del recurrente en cuanto se ha vulnerado a su respecto la garantía del debido proceso como consecuencia de la "exclusión de su prueba" por ilícita, amén de ser equívoca, ya que el tribunal luego de*

*recibirla durante el curso de la audiencia, la valoró en la etapa procesal correspondiente y conforme a los razonamientos que se consignan en el mismo, procedió a restarle mérito o valor probatorio, situación que como se dijo, satisface las exigencias de fundamentación del fallo y no puede ser considerada como lo pretende el recurrente, un acto de exclusión de la misma, correspondiendo por el contrario y precisamente, a aquel proceso intelectual razonado y lógico, que conforme con las disposiciones legales aplicables, han hecho los sentenciadores, sin que la distinta apreciación del órgano persecutor, pueda significar o importar la configuración del vicio que sirve de sustento al recurso intentado por esta causa "<sup>123</sup>.*

Finalmente, en relación con la prueba ilícita en el proceso penal el Código Procesal Penal señala: *“artículo 9º. - Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.*

*En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.*

*Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y*



*otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquella, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió".* Por lo tanto, se prohíbe la prueba ilícita y faculta al juez excluirla incluso, en la audiencia de preparación del juicio oral; y se faculta al Juez que autorice diligencias de investigación para que no pudieren llegar a privar al imputado, o a un tercero, de un derecho garantizado constitucionalmente; la prueba es ilícita de cualquier prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales, sea quien sea el autor, y sea quien sea el que aporte la prueba al proceso.

#### **4.3.2.4. ARGENTINA**

Es en la jurisprudencia argentina, donde se encuentra una rica fuente sobre la prueba, la admisibilidad de la misma y los actos prohibidos e ilícitos que violan los derechos y que dan paso a la exclusión de pruebas.

##### **4.3.2.4.1. Caso Ilic Dragoslav.**

Este caso trata sobre la prueba, a través de correo electrónico (e-mails), copias enviadas anónimamente al estudio de uno de los abogados patrocinantes del recurrente; donde se discute el acceso ilegítimo a la cuenta

del correo, la violación a la privacidad y inadmisibilidad de la prueba:

*"Advierten los suscriptos que la pretensión del recurrente parte de un enfoque equivocado: es que se considere o no al hecho como típico del delito de violación de correspondencia -debate que, inversamente a lo sostenido, no se encuentra zanjado en la jurisprudencia...no es lo que en su caso determinará la inadmisibilidad como prueba en el proceso de los elementos de tal forma adquiridos, sino la circunstancia de haberse obtenido mediante la transgresión a un derecho constitucional...Sentado lo anterior, cabe recordar que el artículo 19 de la Constitución Nacional -también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos- consagra el derecho a la privacidad y con ello la existencia de un ámbito de autonomía individual reservado a cada persona sólo penetrable por su libre voluntad, comprensivo de los sentimientos, hábitos, costumbres, aspectos de la personalidad y en suma de aquellas acciones, hechos o datos no destinados a ser difundidos...Una adecuada y progresiva exégesis de las cláusulas involucradas revela entonces sin mayor dificultad que los intercambios que mantienen los individuos mediante el uso de nuevas tecnologías, como el correo electrónico, están comprendidas en el ámbito de autonomía propio del derecho a la privacidad, que como tal importa un límite al poder estatal, pero también a la acción de los particulares, sólo franqueable por el consentimiento libre de su titular o en los casos que mediante una*

*reglamentación razonable se establezcan por ley. Tal es, por otra parte, el criterio también adoptado por otros tribunales.*"<sup>124</sup>

Esta situación de excepción se presenta por el acceso a la cuenta de correo electrónico de donde se extrajeron copia de los mails, que no fue autorizada por su titular, como tampoco por alguna autoridad judicial en el regular ejercicio de su jurisdicción, por lo que se concluye que los elementos arrojados anónimamente al estudio de uno de los abogados patrocinantes del recurrente fueron obtenidos merced una ilegal intromisión en la privacidad, que puede ello reputarse como un delito penal, ya que constituye un acto ilícito en los términos del Código Civil, Libro Segundo, Sección Segunda, Título VIII "*De los actos ilícitos*", Artículo 1071bis; en franca violación de un derecho constitucional y, por ello, se procede a declarar como deviene inadmisibile su incorporación al proceso, peor como prueba válida de la contraparte.

#### **4.3.2.4.2. Caso Lanata Jorge.**

Este caso es una desestimación que se deja sentado un concepto que definir al correo electrónico, que con el avance de la tecnología, pareciera haber dejado obsoleto el bien jurídico que tutela la protección de los papeles privados y la correspondencia; quedando claro que el tan difundido "*e-mail*" actual es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de

---

<sup>124</sup> Argentina. Corte Suprema de Justicia Nacional. Causa 25.062, Sala II, de 5 de junio del 2007.

mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc.; es decir, es una amplia la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario para que tenga acceso a un nuevo sistema de comunicación; el correo electrónico posee características de protección de la privacidad diferentes a la veterana vía postal tradicional y a la que estábamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador de servicio, el nombre de usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivarse; con estas bases preliminares, se lo define como un medio de comunicación electrónico y como un verdadero correo en versión actualizada. En tal sentido, la correspondencia y todo lo que por su conducto pueda ser transmitido o receptado, goza de la misma protección que quiso darle el legislador en la época de redacción del código sustantivo, es decir, cuando aún no existían estos avances tecnológicos. *“En el caso de autos la querrela reprocha al periodista Jorge Lanata el haberse apoderado indebidamente de una correspondencia para publicarla posteriormente, cuando no estaba destinada a tal fin. Esta habría sido enviada a través del correo electrónico definido precedentemente y por tales maniobras la parte se considera agraviada...La Sala entiende que la decisión del Juez Correccional, si bien sólidamente fundamentada de acuerdo a su criterio es, por lo menos, prematura. En este razonamiento e independientemente de las consideraciones que se efectúan en el alegato acerca de la colisión de bienes jurídicos en este caso específico, sobre la libertad de prensa el Tribunal ya ha tomado posición en la causa N° 27472 "Kimel, Eduardo G.,*

*Rta. el 19-11-96" por lo que no se detendrá en esta ocasión a efectuar consideraciones al respecto...En cambio, la eventual violación de los preceptos contenidos en los arts. 153 y 155, en que prima facie se ha encuadrado la presunta acción del imputado y que podrían haber causado el perjuicio potencial que la conducta típica requiere, merece que ese profundice la pesquisa y de este modo , brindar la oportunidad al periodista querellado de ejercer su derecho de defensa y ser oído en cualquiera de las formas que el código adjetivo lo autoriza, amén de llevar a cabo las medidas probatorias que el Juez Correccional estime pertinentes para esclarecer los entretelones del caso, cuyos alcances aún no pueden vislumbrarse, pero que tampoco puede ser materia de una desestimación in limine"<sup>125</sup>. En tal sentido el hecho de que el periodista recibió un correo electrónico y lo introdujo como prueba, no es motivo de excepción, o de que se declare ilícita la prueba, ya que él la recibió en su computador y aportó al juicio.*

#### **4.3.2.4.3. Caso Telleldín, Carlos Alberto y otros.**

Este caso se trata del atentado terrorista a la Asociación Mutualista Israelita Argentina, AMIA, que versa en general sobre la nulidad procesal, ante la existencia de en la instrucción; a lo que se suma la violación a la garantía de imparcialidad, por el pago oculto al principal imputado de la causa, por parte del magistrado instructor, a cambio de realizar una ampliación de su declaración indagatoria. Esta coacción moral, las entrevistas informarles con

---

<sup>125</sup> Argentina. Corte Suprema de Justicia Nacional. Causa 10389, Sala VI, de 4 de marzo de 1999.

el imputado en su lugar de detención con el fin de obtener información de los hechos, entrevistas filmadas sin el consentimiento del detenido; se contraponen con la validez de la prueba grabada siempre y cuando se respeten las restricciones previstas en la legislación y sea introducida de forma legal, estas medidas no constaron en el expediente, se obtuvo declaraciones testimoniales incriminantes de encausados. *“La cinta da cuenta de cómo el juez instructor (en presencia de los secretarios Spina y De Gamas), violando las disposiciones procesales que regulan la prueba relativa al reconocimiento de personas (arts. 270 y ss. del C.P.P.N.), le exhibió al imputado Carlos Alberto Telleldín las fotografías del personal policial agregadas al expediente y le preguntó si los reconocía como partícipes de los hechos investigados. Cabe destacar que, cuando Telleldín no reconocía a alguna de las personas o tenía dudas respecto de quién se trataba, era el propio juez quien le hacía conocer al mencionado imputado sus identidades (como sucedió respecto de los policías Leal, Ibarra y Casas), a los efectos de “facilitar” sus reconocimientos.”*<sup>126</sup> Se realizan reuniones en las que se exhiben videocasetes, en un marco de inusual confianza, entre Telleldín, acusado, y el Dr. Galeano, Juez instructor, las entrevistas no se ajustan a un interrogatorio a un imputado, por lo que en la indagatoria se violan las formalidades del acto, previstas en el Código Procesal Penal de la Nación. En los videos el juez acuerda la versión de los hechos en la indagatoria, luego se amplió sus dichos una vez que recibió el pago acordado para respaldar a las hipótesis del juzgado, en consecuencia,

---

<sup>126</sup>Argentina. Corte Suprema de Justicia Nacional. Causa 5667, “Telleldín, Carlos Alberto y otros s/ recurso de casación”, Sala II, 19 de mayo de 2006.

la irregularidad que se detalla, constituyeron los pilares fundamentales sobre los cuales se concluye el armado arquitectónico de la imputación. Telleldín condicionó su cooperación a exigencias y suscribió su declaración indagatoria una vez que constató que se había efectivizado el pago.

*“Además, el tribunal a quo valoró no sólo que los magistrados mencionados demostraron su intención de obtener los dichos de Telleldín, incluso mediante un pago, sino que también hubieron otras personas interesadas en "comprar" la versión del principal imputado en la causa...De conformidad con lo requerido por las partes (fiscalía, querellas y defensas) y sobre la base de que los dichos de Telleldín no fueron libres ni espontáneos, el tribunal oral decretó la nulidad de la declaración indagatoria por él prestada el 5 de julio de 1996...este Tribunal considera que los agravios de la parte querellante deben ser rechazados. En primer término, toda vez que ha sido acreditado que Telleldín recibió un pago por parte del Estado para brindar una determinada versión de los hechos e inculpar a los policías en la recepción de la camioneta.”<sup>127</sup>* La Constitución dispone que nadie pueda ser obligado a declarar contra sí mismo y lo mismo la ley penal procesal, que regula dicha garantía, ya que un imputado puede abstenerse de declarar, no se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión. Todo ello hará nulo el acto, y en el

interrogatorio el Juez informa detalladamente cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad. Telleldín fue coaccionado, no físicamente sino moralmente, ya que los dichos del imputado no fueron libres ni espontáneos; luego de recibir un pago, ese acto se encuentra viciado y es nulo.

*“La parte recurrente intenta distinguir los términos de “consenso” y “coacción” para hacer valer los dichos de Telleldín en contra de los policías imputados. Pero, como se dejó en claro más arriba, ese acto fue declarado nulo y por ende también los actos que fueron su consecuencia, según la doctrina de los frutos del árbol venenoso, que acogió la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre otros, en los fallos “Rayford” (Fallos: 308:733) y “Francomano” (Fallos: 310:2402), que dispone que no se puede utilizar una prueba en la que se violaron las garantías constitucionales de una persona para inculpar a otros imputados.”<sup>128</sup>*

Un mes después de que se difundiera en la televisión el video que muestra la negociación entre el juez y el imputado, por 400.000 dólares, con el objeto de ocultar las irregularidades, se presentó un pedido de recompensa en favor de Telleldín por haber colaborado con la investigación. Galeano, el Juez instructor, entró en pánico, destruye el material fílmico sin dejar constancia en autos, so pretexto de que no constituía medio de prueba, sino



tan sólo un elemento que podría compararse con papeles de trabajo; luego pidió apoyo y solicitó que firmaran un legajo de recompensa para justificar el pago previamente realizado. Por ello, la Sala considero que ha quedado evidenciada la falsedad del incidente de recompensa, y la garantía a la imparcialidad del juez de la que goza todo imputado; se separa y aparta del conocimiento del expediente al juez Galeano, por sospecha de parcialidad.

Otro medio ilegítimo utilizado son las reuniones de diversos funcionarios con el padre de uno de los imputados, para convencerlo para que declarase en contra de Ribelli, su hijo. Se individualizó a personas que luego serían procesadas, siendo el juez el que intenta involucrar al personal policial de la Brigada de Lanús y a Anastasio Irineo Leal; esto es, a imputar al personal policial su participación en la recepción y posterior entrega del utilitario que estalló en la mutual judía. Para analizar la validez de los actos procesales citados, resulta de aplicación el método de la supresión hipotética, consistente en *“la eliminación hipotética de la prueba ilegal o del razonamiento vicioso, para apreciar si las pruebas válidas restantes o los demás argumentos lógicos son suficientes para justificar el fallo y alcanzan a constituir motivación legal”*<sup>129</sup>Dicho método es de aplicación en el análisis de la validez de una sentencia definitiva, donde se considera que también debe ser utilizado para establecer la fundamentación del auto de procesamiento y de los requerimientos de elevación a juicio, toda vez que, por disposición legal, dichos actos también deben ser debidamente fundamentados, por lo

---

<sup>129</sup>De la Rúa, Fernando. La Casación Penal, Ed. Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 258.

tanto, es dable concluir que con las pruebas nulas cae de por sí la endeble acusación a Telleldín como partícipe del atentado. Carlos Alberto Telleldín haya sido el último tenedor del motor del coche bomba, y teniendo en cuenta las actividades de “doblaje” de automotores en las que intervenía, no existen elementos de prueba que permitieron vincular válidamente al nombrado respecto a su participación en el brutal atentado, esto es, no existe probanza alguna en su contra para atribuirle la entrega del carro a los policías, para el fin que fue utilizado. Para concluir, se puede afirmar que el *“debido proceso es aquél que se tramita ante el juez natural, independiente e imparcial y competente según las reglas específicas...producción probatoria que no vulnere garantías, tales como la incoercibilidad del imputado, inviolabilidad del domicilio y de los papeles, entre otros, y con pleno ejercicio del derecho de defensa, comprendiendo dentro de tal, el conocimiento de la atribución delictiva, la posibilidad efectiva de producir prueba de descargo y de aportar elementos para contradecir la imputación, tendiente a asegurar los fines del proceso”*<sup>130</sup> Es preciso destacar que el fin del proceso no es culpar al sindicado como posible autor de un hecho ilícito, sino llegar a la verdad, y ésta sólo es posible luego de una investigación imparcial, situación contraria a un proceso parcializado como una idea previa de culpabilidad de los imputados.

---

<sup>130</sup> Chiara Díaz, Carlos; Vázquez Rossi, Jorge; Pessoa, Nelson. Código Procesal Penal de la Nación, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina. 1992, pág. 22.

#### 4.3.2.5. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

En la evolución del derecho norteamericano, con respecto a las pruebas prohibidas se pueden observar tres momentos: el primero que va de 1886 a 1961, llamado de la expansión de la “*exclusionary rule*”, donde se prohíbe la utilización de la prueba obtenida de forma ilícita; el segundo, que se da en 1961 donde se llega a constituir “*prohibición absoluta*”; y el tercero, que nace en el mismo 1961 y que va hasta 1984.

El llamado “*balancing-test*”, pone en el arbitrio judicial la capacidad de sopesar en cada caso los supuestos para aplicar la “*exclusionary rule*”, donde se excepciona la realizada de buena fe “*good-faith exception*”. Por ejemplo no se excluye del proceso pruebas obtenidas por un agente policial que actuó de forma razonable y creyendo que lo hacía de forma legal. Para aplicar el principio de ponderación se toma en cuenta “*la intensidad de la infracción; la cantidad de invasión producida en la esfera de la intimidad y la conciencia de la violación*”<sup>131</sup>.

Se admite como pruebas válidas, por ejemplo el encontrar heroína en un automóvil que es detenido por infringir una norma de tránsito, como lo es el caso: *United States versus Williams*, del año 1980. Igualmente el registro es autorizado sólo como causa probable, basándose en que en el caso los agentes actúan de forma objetivamente razonable, como la jurisprudencia

---

<sup>131</sup> Díaz Cabiale, J.A. La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal, editorial Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1992, pág. 48.

del caso León, de 1984; o la autorización de registro formulada de forma muy amplia, como la jurisprudencia que fue dictada en el caso del estado de Maryland versus Garrison en el año 1987.

*“... Una regla de exclusión obligatoria es indeseable en principio porque contradice el deber de conseguir la condena del culpable. La exclusión obligatoria no tiene en cuenta las circunstancias del caso particular. Podría resultar que un peligroso criminal quedase libre a pesar de que la irregularidad fuese trivial.”*<sup>132</sup>Una regla de exclusión obligatoria podría dar la impresión de que, para el Derecho de los Estados Unidos, que el agente que actúa con exceso de celo representa un mayor peligro para la sociedad que un asesino, un malversador o un chantajista que quedan sin castigo.

Una impresión similar puede enredar seriamente el respeto de la población hacia la Administración de Justicia. La actuación del funcionario que obrando de buena fe conculca derechos fundamentales, en la creencia razonable que está obrando de modo lícito y correcto. Por ejemplo, creen actuar bajo la cobertura de un auto de autorización judicial correctamente motivado.

La doctrina americana de la “*good faith exception*” excepción de buena fe, como la que fue absuelta en el caso del estado de Massachusetts versus Shepard, en el año 1984. Williams es nuevamente condenado al demostrarse que al momento en que daba sus declaraciones, ya una

cuadrilla de la policía buscaba el cuerpo a sólo dos millas del lugar dónde se encontró y procederían a revisar esa zona en las próximas horas, de tal manera que el cuerpo sería localizado de todas maneras y en las mismas condiciones. Admitió la Corte Suprema, con votación de 7 a 2, que incluso no se requería probar la buena fe de los policías en sus actuaciones, ya que el policía nunca estará en posición de calcular si la evidencia buscada será inevitablemente descubierta.

#### **4.3.2.6. ESPAÑA**

La figura de la obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso en el ordenamiento jurídico español y la evolución jurisprudencial ha tenido su explícito reconocimiento por el Tribunal Constitucional de dicho país, por una parte el sistema de derechos fundamentales que modelan la convivencia social en un Estado de Derecho, y por la otra el contenido y alcance del denominado "*derecho a la prueba*", con sus manifestaciones y consecuencias. Sentis señala "*la fuente de la prueba es un concepto metajurídico, extrajurídico o ajurídico, que corresponde a una realidad ajena al proceso y anterior al mismo. Por lo mismo, la fuente existirá aun cuando el proceso no llegue siquiera a existir, aunque en tal sentido carece de consecuencias jurídicas. El medio de prueba, en cambio, importa un concepto jurídico y puramente procesal, que nace junto y por el proceso.*"<sup>133</sup> Carocca señala al respecto: "*el punto de partida de la actividad probatoria,*

---

<sup>133</sup> Sentis.

es que las partes acuden al tribunal realizando afirmaciones de hecho, cuya prueba no podrá lograrse si no contando con algo que preexista al proceso, por ejemplo, un vecino que vio el hecho, una fotografía, una escritura pública, etc., que son las que constituyen lo que podemos denominar fuentes de prueba".<sup>134</sup> Lo primero es la fuente de la prueba que luego se incorpora al proceso a través de los medios legales; una cosa son las fuentes que existen antes del proceso y no se enumeran en la ley; y otra distinta es la forma de llevar al proceso para convencer al Juez. En la prueba de testigos la fuente es el testigo y el conocimiento de los hechos es el medio de su declaración en el juicio. Por lo tanto la búsqueda de fuentes es ante-procesal y extraprocesal, no sujeta a garantías de orden procesal, sino a garantías de orden jurídico de derechos humanos.

En el Derecho español lo ilegal de la prueba es la obtención de la fuente con infracción de derechos fundamentales, por lo mismo su ineficacia y exclusión es elemento procesal; la ineficacia de las pruebas obtenidas infringiendo derechos o libertades fundamentales tiene clara inspiración en la denominada "*exclusionary rule*", aplicada en los Estados Unidos de América; en la cual las fuentes de prueba "*evidence*" obtenidas por las fuerzas del orden público en una investigación criminal que violenten derechos y garantías procesales reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales

---

<sup>134</sup> Carocca.

o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. La regla solamente es aplicable al proceso penal, no en lo civil, administrativo, ni impuestos. En España sobre la obtención ilícita de la fuente de prueba y sus consecuencias en el proceso está señalado en el Artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "*11.1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales...No surtirán efecto, en ninguna clase de procesos, los medios de prueba obtenidos, directa o indirectamente, de modo contrario a la ética o al Derecho.*"<sup>135</sup>

La obtención ilícita de la fuente de prueba de manera directa recogen la doctrina anglosajona del "frutos del árbol envenenado" (fruit of the poisonous tree doctrine); que fue recogida por primera vez en España en la sentencia del Tribunal Constitucional número 86 de 6 de junio de 1995. Por lo general, los países de la "*common law*" o de la comunidad europea hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del Derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien solo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público.

---

<sup>135</sup> España. Ley Orgánica del Poder Judicial. 1985.

## **5.- MATERIALES Y MÉTODOS**

### **5.1. Materiales Utilizados.**

Conforme se estableció desde la fase de proyección, el presente trabajo en lo principal se orienta por la metodología científica de la investigación, y por ello parte del planteamiento de una hipótesis general, así como de un objetivo general y tres específicos en torno a los cuales se ha construido todo un amplio acopio teórico y empírico que permita su contrastación y verificación como requisito para la validación del presente trabajo.

El presente proceso investigativo se dirige a la observación pormenorizada de la problemática jurídica relacionada con las insuficiencias normativas del Código Orgánico Integral Penal, en lo relacionado a la valoración de la prueba ilícita y prohibida.

Luego de desarrollado del proceso investigativo, se ha procedido a la redacción del informe final, contemplando los lineamientos metodológicos idóneos para el efecto, así como la normativa vigente en la Universidad Nacional de Loja, y las instrucciones impartidas para el efecto por el correspondiente Reglamento de Carrera de Derecho del Área Jurídica, Social y Administrativa.



## 5.2. Métodos

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

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

Dentro de los métodos que se utilice el método científico que ha permitido abordar los problemas jurídicos que devienen de la normatividad jurídica laboral que regula los derechos y garantías para los integrantes del núcleo familiar; así mismo a partir de la inducción y deducción, del análisis y de la síntesis de cada uno de sus componentes, y la aplicación de método exegético analítico, que fue de singular utilidad en el análisis sistemático de las correspondientes disposiciones legales.

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

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

Además para el tratamiento de los datos obtenidos en el campo de investigación fueron de singular valía los métodos analítico y sintético, especialmente en lo referente al análisis comparativo de los datos y frecuencias obtenidos a partir de la aplicación del instrumento de investigación, esto es, de la encuesta. Para ilustrar de mejor forma los resultados de la investigación de campo se utilizaron tablas de frecuencias y porcentajes, análisis comparativos y de graficación estadística.

### **5.3. Técnicas y Procedimientos.**

Dada la naturaleza teórica y fáctica de la presente investigación, se requirió de un complejo proceso de recopilación de elementos conceptuales, doctrinarios, normativos y analíticos, con respecto a la problemática de investigación, para la recolección y organización de los cuales ha sido indispensable la utilización de fichas nemotécnicas y bibliográficas, en las que se ha sistematizado el universo de información recopilada, para ser usada conforme a los requerimientos en el desarrollo del discurso de este trabajo.

En el ámbito de la realidad social del Ecuador, me permitio obtener algunos elementos de juicio con respecto a la observación práctica de los derechos constitucionales y legales de todas las personas.

Para la recolección de datos del campo de investigación, utilice la técnica de la encuesta, preguntas que se orientaron en función de los criterios requeridos para la contrastación de la hipótesis propuesta y la verificación de los objetivos oportunamente planteados en el Proyecto de Investigación.

En cuanto a la metodología de presentación del informe final, ésta se rige en general por los lineamientos que determina la metodología de la investigación científica, así como también en el marco de lo que dispone el

Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, y a las instrucciones específicas que en este campo determina el Área Jurídica, Social y Administrativa.

## 6.- RESULTADOS

### 6.1. Resultados de la Encuesta.

Para la obtención de los resultados de las encuestas elaboré un banco de ocho preguntas, relacionadas a los objetivos e hipótesis, interrogantes que fue aplicada a sesenta profesionales del Derecho de la ciudad de Loja, de quienes obtuve las siguientes respuestas:

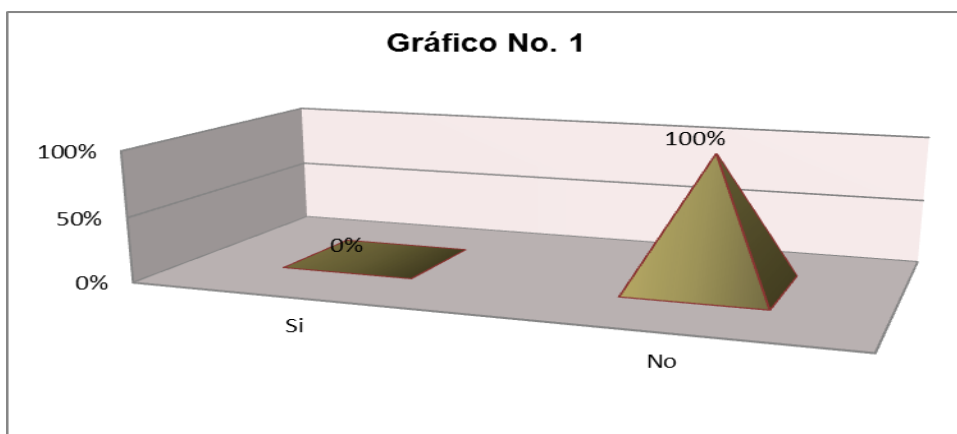
#### Primera Pregunta:

¿Considera Usted que en el sistema oral las palabras que se utilizan para persuadir al Juez de la verdad por parte de los que participan en el proceso penal son exactas?

**Cuadro No. 1.**

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
SI	0	0%
NO	60	100 %
<b>Total</b>	60	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la profesión y docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja; Secretarios de los Juzgados de Garantías Penales, Jueces de Garantías Penales, y Jueces miembros de los Tribunales de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja  
Autor: Fanny Elizabeth Salinas Livisaca



**Análisis:**

En esta pregunta los sesenta profesionales del Derecho, lo que significa el 100% de la población encuestada, señalan que en el sistema oral las persuasiones verbales de las partes que participan en el proceso penal no son exactas a las pruebas procesales incorporadas al proceso; o sea, que difieren. Por lo que los jueces, tienen que realizar un enorme esfuerzo en desligarse de criterios y versiones que no tienen el sustento de prueba; y que contienen incongruencias jurídicas que inobservan las normas constitucionales, afectando el debido proceso y derechos humanos de las partes procesales, inclusive de la Función Jurisdiccional.

**Interpretación:**

Comparto la opinión de los entrevistados porque pese de haber transcurrido algunos años de vigencia de la Constitución, y del Código Orgánico Integral Penal, no se ha logrado que exista coherencia entre las normas y los hechos, especialmente en la motivación de las sentencias penales.

## Segunda Pregunta:

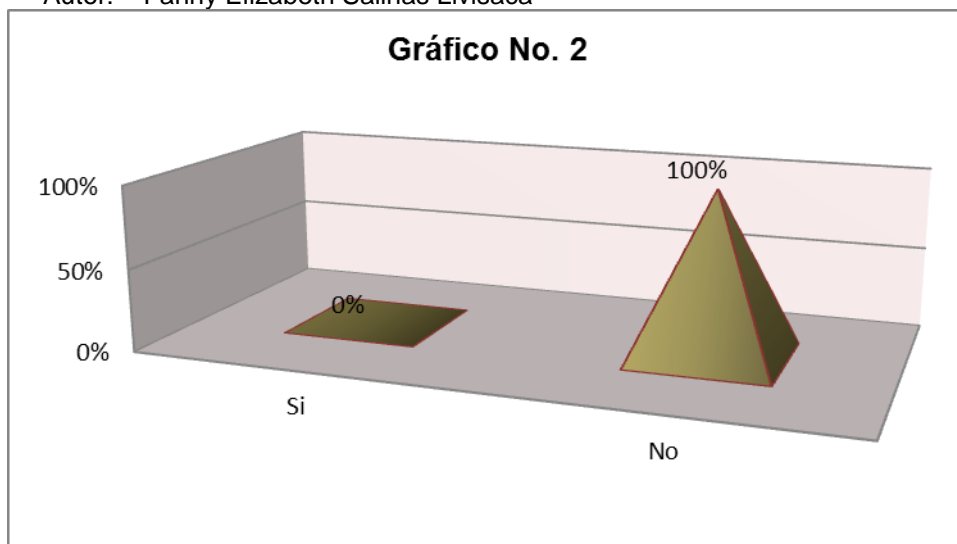
¿Considera Usted que las afirmaciones de las partes en el proceso que por estar dentro de un medio y con un lenguaje propio de quien las emite puede ser juicio de valor para el Juez?

**Cuadro No. 2.**

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
SI	0	0%
NO	60	100 %
<b>Total</b>	60	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la profesión y docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja; Secretarios de los Juzgados de Garantías Penales, Jueces de Garantías Penales, y Jueces miembros de los Tribunales de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja

Autor: Fanny Elizabeth Salinas Livisaca



### Análisis:

En esta pregunta los sesenta encuestados que corresponden al 100% de la población, señalan que las afirmaciones de las partes en el proceso que por

estar dentro de un medio y con un lenguaje propio de quien las emite no pueden ser juicio de valor para el Juez; sin embargo, el hecho de que el Juez no es ajeno al criterio de las personas, incluso que a veces se expresan en los medios de comunicación, con verdadera presión social, no está siendo garantizado el proceso penal; esta presión aumenta cuando existen factores políticos, que son verdaderamente los que a veces son influyentes, antes que los mismos criterios o versiones de las partes.

Interpretación:

El derecho de presunción de inocencia es un derecho en el hombre que nace con él; pese a existir normas Constitucionales y Tratados Internacionales que garantizan este derecho fundamental a todas las personas; sin embargo, en el proceso penal ecuatoriano existe abuso por parte de los Jueces al aceptar en el proceso penal pruebas prohibidas o ilícitas, acusando a personas que están siendo procesados sin darse cumplimiento, con lo dispuesto en el Artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.



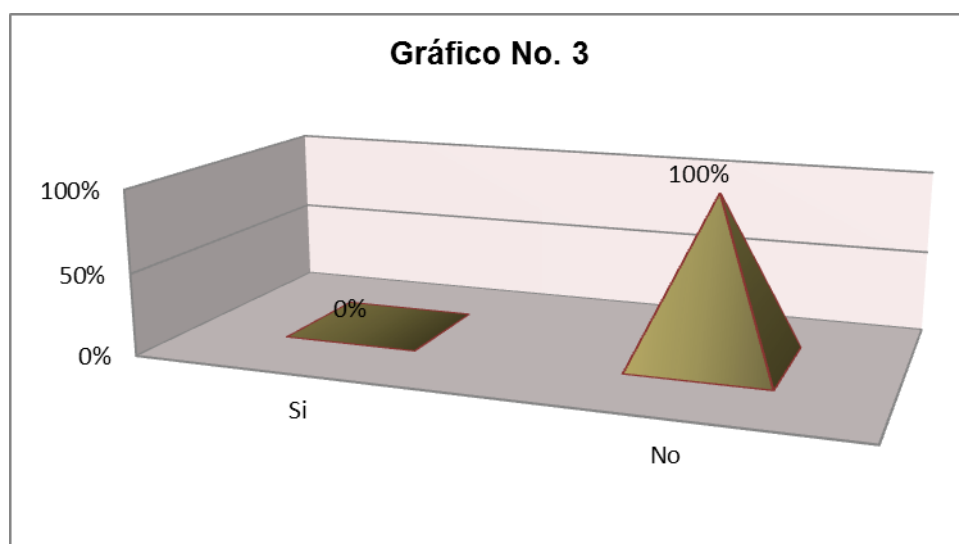
### Tercera Pregunta:

3.- ¿Considera Usted que los Jueces que no han pedido las pruebas a las partes estarían inclinándose a una de ellas produciéndose el prevaricato?

**Cuadro No. 3.**

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
SI	60 %	100%
NO	0 %	0 %
<b>Total</b>	60	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la profesión y docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja; Secretarios de los Juzgados de Garantías Penales, Jueces de Garantías Penales, y Jueces miembros de los Tribunales de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja  
Autor: Fanny Elizabeth Salinas Livisaca



**Análisis:**

En esta pregunta los sesenta encuestados lo que representa el 100% de la población, respondieron que consideran que los Jueces que no han pedido las pruebas a las partes están inclinándose a una de ellas, produciéndose el prevaricato. Porque se hacen a una de las partes, cuando ellos son los que tienen que dirigir la investigación, y no contentarse con lo que piden las partes para establecer la verdad; como elemento probatorio como son las versiones sin juramento, documentos, evidencias, entre otras. Los elementos probatorios deben ser judicializados en este sistema oral, que serán procesados y analizados por el Fiscal para lograr establecer la responsabilidad de una persona, en caso de existir suficientes elementos que establezcan indicios de responsabilidad, para que el Juez puede dictar la sentencia.

**Interpretación:**

Considero que los Jueces que no han pedido las pruebas a las partes estarían inclinándose a una de ellas produciéndose el prevaricato; ya que las pruebas le sirven para enterarse de los hechos que presuntamente se han sucedido. La responsabilidad penal debe ser declarada por el Fiscal pero con abundantes elementos probatorios y no únicamente con un parte policial que en algunos casos son elaborados por agentes que no presenciaron los hechos o con poca experiencia en criminalísticas. Pero siempre debe ser el juez ante todo el que dirija la investigación.

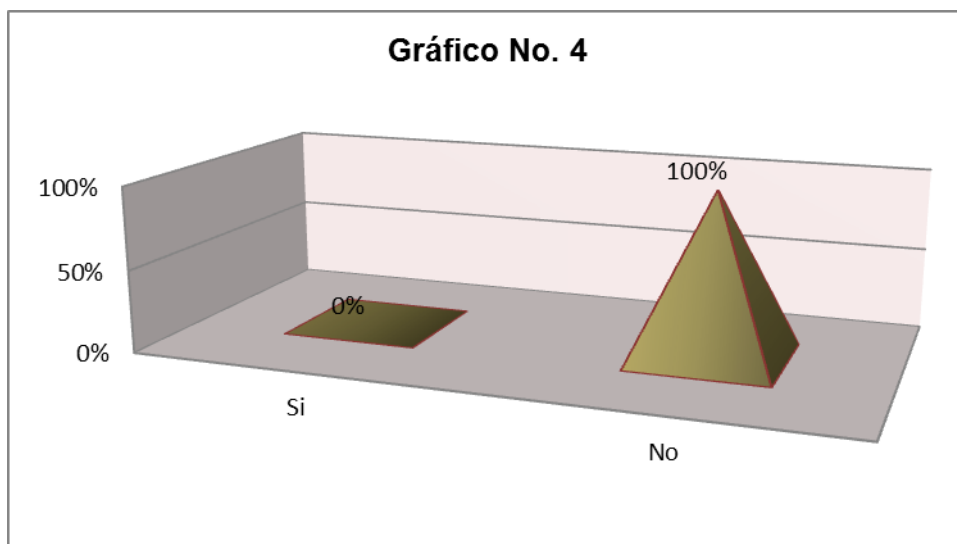
#### Cuarta Pregunta:

¿Considera Usted que se puede llevar al Juez pruebas que interesan al proceso pero que no han sido introducidas al proceso ilícitamente?

**Cuadro No. 4.**

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
SI	0	0%
NO	60	100 %
<b>Total</b>	60	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la profesión y docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja; Secretarios de los Juzgados de Garantías Penales, Jueces de Garantías Penales, y Jueces miembros de los Tribunales de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja  
Autor: Fanny Elizabeth Salinas Livisaca



#### Análisis:

Respecto a esta pregunta los sesenta encuestados que equivalen al 100%, responden que no se puede llevar al Juez pruebas que interesan al proceso pero que no han sido introducidas al proceso ilícitamente; ya que aquello le acarrearía responsabilidad penal al que lleva, como al que recibe; peor al juez que sentencia en base a ello y es descubierto.

#### Interpretación:

En esta pregunta, considero que no se puede llevar al Juez pruebas que interesan al proceso pero que no han sido introducidas al proceso ilícitamente; no se puede aplicar su discrecionalidad en la investigación aunque se debe contar con los suficientes elementos de convicción, que establezcan la responsabilidad del infractor, y no únicamente tomar como referencia lo señalado muchas veces por la Policía en su partes policiales, porque son arrancados con ilicitud y violando derechos humanos.

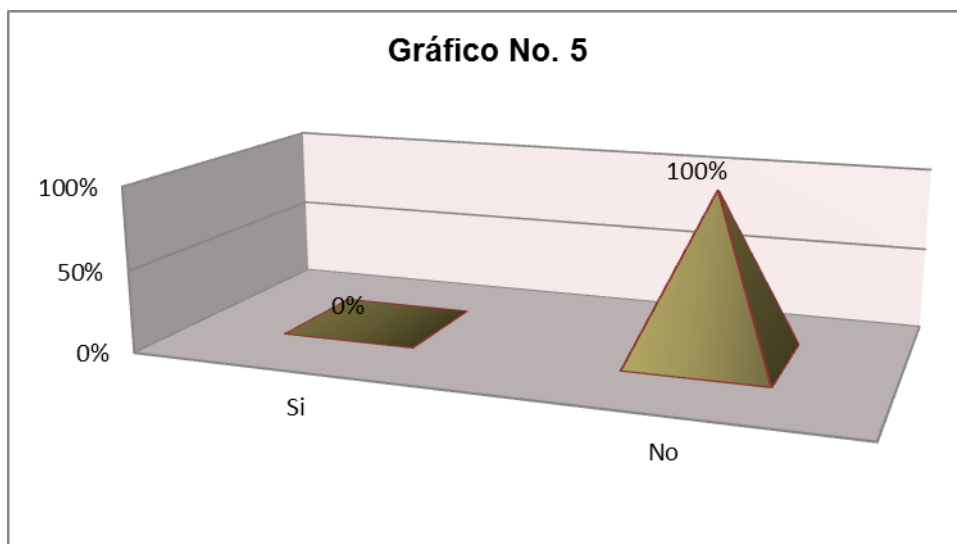
### Quinta Pregunta:

¿Está de acuerdo Usted que en las reglas de la sana critica que utiliza el Juez para valorar las pruebas se contradigan con las solemnidades procesales penales?

**Cuadro No. 5.**

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
SI	0	0%
NO	60	100 %
<b>Total</b>	60	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la profesión y docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja; Secretarios de los Juzgados de Garantías Penales, Jueces de Garantías Penales, y Jueces miembros de los Tribunales de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja  
Autor: Fanny Elizabeth Salinas Livisaca



### Análisis:

En la quinta pregunta de las sesenta personas encuestadas que corresponde al 100% me contestaron que no está de acuerdo, que las reglas

de la sana crítica que utiliza el Juez para valorar las pruebas se contradigan con las solemnidades procesales penales. Ya que en el proceso penal la prueba es parte fundamental, sin embargo deben ser relacionados con los demás elementos probatorios, ya que se constituye en una fuente de información de los hechos suscitados y la aplicación de la sanción; pero que debe ser realizada sin violar los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, en algunos casos ha sido considerada la prueba ilícita o prohibida, para acusar a una persona por motivos especialmente políticos.

### **Interpretación:**

Considero que las reglas de la sana crítica que utiliza el Juez para valorar las pruebas no deben contradecirse con las solemnidades procesales penales, especialmente al momento de tazar la prueba y observar que esta fue adquirida o realizada ilícitamente o en forma prohibida. Ya que en materia penal por tratarse de infracciones culposas deben ser analizados bien los indicios y elementos probatorios que presenta el Fiscal para solicitar al Juez que dicte la prisión, con la finalidad de no vulnerar el derecho a la presunción de inocencia. Recordemos que la privación de libertad es de última opción.

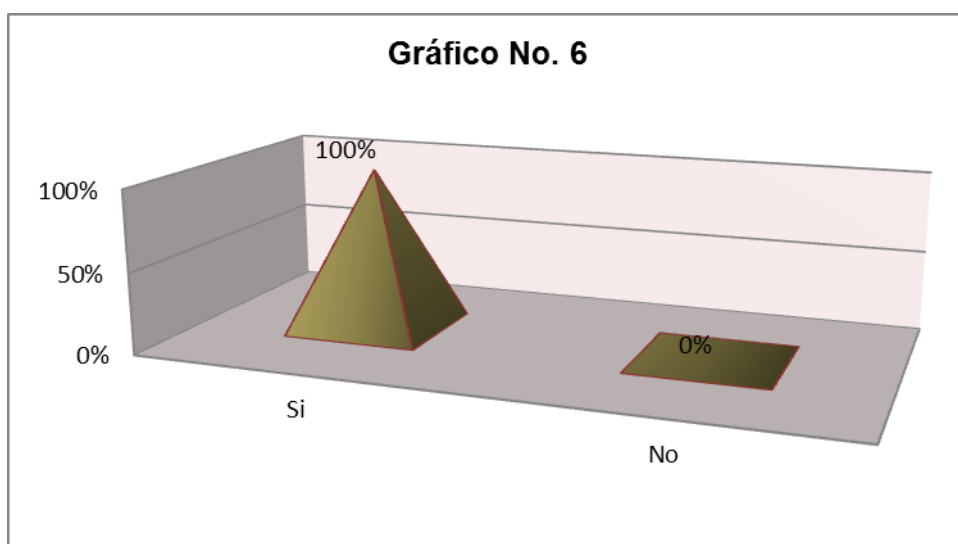
### **Sexta Pregunta:**

¿Considera Usted que una prueba prohibida e ilegal que ha sido tazada como tal incide de la libre convicción del Juez para lograr justicia?

**Cuadro No. 6.**

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
SI	60	100 %
NO	0	0 %
<b>Total</b>	60	100 %

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la profesión y docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja; Secretarios de los Juzgados de Garantías Penales, Jueces de Garantías Penales, y Jueces miembros de los Tribunales de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja  
Autor: Fanny Elizabeth Salinas Livisaca



Análisis:

En esta pregunta los sesenta encuestados que significan al 100%, consideran que una prueba prohibida e ilegal que ha sido tazada como tal, si incide de la libre convicción del Juez para lograr justicia; ya que el Juez

tratará de cualquier medio dirigir la investigación a ese aspecto que le cause sospechas, y que lo direcciona en un sentido. Aunque sabe que es una prueba ilícita o prohibida.

Entonces es necesario incorporar una propuesta de reforma en el Código Orgánico Integral Penal, con la finalidad de garantizar el derecho a la presunción de inocencia, de la tutela jurídica efectiva y de la seguridad jurídica; limitando al Juez la discrecionalidad o la aplicación de la sana crítica, en lo que respecta a la aplicación de medidas de privación de libertad.

### **Interpretación:**

Comparto las opiniones de los consultados, porque en el actual estado constitucional de derechos deben prevalecer los derechos fundamentales como el derecho a la presunción de inocencia por encima de los demás normas que se encuentran en leyes de menor jerarquía a la Constitución de la República; igual que el derecho a la tutela jurídica efectiva y la seguridad jurídica, en relación a la no violación de los derechos fundamentales. El derecho presunción de inocencia consiste de toda persona a no ser tratada como culpable mientras no se lo declare así en una sentencia motivada, producida después de un juicio y ante un juzgador imparcial.



**Séptima pregunta:**

¿En su práctica Judicial cuales considera que son las pruebas prohibidas y legales más comunes?

Entre las respuestas encontramos las siguientes: las escuchas telefónicas, las versiones policiales sin sustento, los videos no autorizados o montados, las grabaciones, las fotografías no autorizadas o montadas o trucadas, los testimonios falsos, las actuaciones de operadores de inteligencia de diferente índole, los reportes televisivos y de periódicos con noticias falsas o a medias, y los criterios políticos ideológicos sobre las causas. El acceso a correos electrónicos, el supuesto envío y recepción de correos o comunicaciones varias; la violación de la correspondencia, los chantajes y concomitantemente con ello la aparición de supuestas recompensas, preseas, alzas de sueldos, cambios o ascensos administrativos, o pagos por incriminar. El encubrimiento bajo el pretexto de la seguridad estatal.

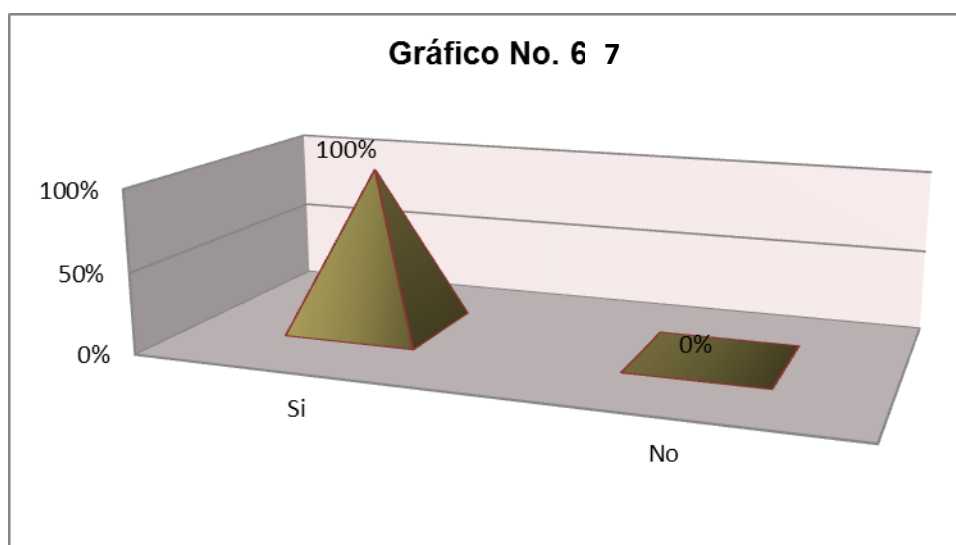
**Octava pregunta:**

¿Las pruebas prohibidas e ilegales vulneran el debido proceso?

**Cuadro No. 7**

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
SI	60	100 %
NO	0	0 %
<b>Total</b>	60	100 %

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la profesión y docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja; Secretarios de los Juzgados de Garantías Penales, Jueces de Garantías Penales, y Jueces miembros de los Tribunales de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja Autor: Fanny Elizabeth Salinas Livisaca



**Análisis:**

En esta pregunta los sesenta encuestados que significan al 100%, consideran que las pruebas prohibidas e ilegales vulneran el debido proceso, que es como los frutos de un árbol con frutos envenenados; que como nacen

deben terminar o anular todo un proceso. Que la investigación debe ser científica y bajo la dirección de un Juez, observándose la no vulneración de derechos humanos. Ya que ello implica la nulidad de todo el proceso y la sanción al Estado y a los funcionarios que participaron de cualquier manera en la obtención de dichas pruebas.

Interpretación:

La obligatoriedad de motivar basado en las pruebas, consagrada como principio constitucional, es un fenómeno relativamente reciente y todavía no normal. El principio constitucional de motivar las resoluciones es una garantía para la tutela de los individuos frente al poder estatal. Además de lo jurídico político es la exigencia de control del mismo pueblo, depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos.

## **7. DISCUSIÓN.**

### **7.1. Verificación de Objetivos.**

Los objetivos propuestos para ser verificados a través del desarrollo de este proceso investigativo fueron los siguientes:

#### **Objetivo General:**

**Realizar un análisis crítico teórico, doctrinario y jurídico el Código Orgánico Integral Penal sobre el procedimiento de la inadmisibilidad de la prueba prohibida y la prueba ilícita.**

La presente investigación ha sido fruto de un estudio de la realidad procesal penal jurídica, en lo que concierne a la admisión de la prueba tazada como ilícita o prohibida; para la verificación de los objetivos debo indicar que ha sido comprobado satisfactoriamente con el desarrollo de la revisión de literatura, específicamente con el marco conceptual donde desarrollo las temáticas sobre: las Pruebas y su clasificación; en lo que tiene que ver con el Marco Doctrinario, he prestado atención al estudio de algunos criterios relacionados al sistema acusatorio penal y la actividad probatoria, el Estado Constitucional de Derechos; en lo relacionado al Marco Jurídico, he analizado la normativa relacionada a mi tema de tesis que consta en la Constitución de la República del Ecuador; Tratados Internacionales, Código

de Orgánico Integral Penal del Ecuador; así mismo he realizado un estudio comparado entre las legislaciones del Perú y los casos Gerardo Castro y El Polo, de Colombia las sentencias T-008 de 1998, SU-159 de 2002, y C-591 de 2005, de Chile, de Argentina con los casos Ilic Dragoslaw, Lanata Jorge, y Telleldín, Carlos Alberto y otros; así como de Estados Unidos de Norteamérica y España.

### **Objetivos Específicos:**

**1. Determinar si nuestro sistema jurídico ecuatoriano impide que se valoren en el proceso penal, pruebas que se obtuvieron de manera prohibida e ilícita, vulnerando las garantías Constitucionales.**

Este objetivo lo he demostrado con el estudio de casos ecuatorianos y extranjeros, donde demuestro que el Juez por lo general no confirma la inocencia del procesado, quien ha sido responsabilizado un acto por el Fiscal, la Policía Nacional o el Estado; sin contar con las suficientes pruebas, únicamente con meras expectativas, que tienen el carácter de informativo. En definitiva no nulitan el proceso que llega a sus manos, donde existen pruebas ilícitas o prohibidas.

**2. Identificar y conocer sí en el ordenamiento Constitucional del Ecuador y en Derecho Comparado de otros países, se permite o si procede hacer excepciones a las exclusiones probatorias de la prueba prohibida y la prueba ilícita en materia penal.**

Este objetivo queda demostrado especialmente en el Marco Jurídico, en la parte del derecho Comparado y análisis de casos emblemáticos, donde han jugado un papel importante la aceptación o no de pruebas conseguidas en forma ilícita o prohibida; donde se estaría vulnerando derecho de las personas como el de presunción de inocencia, la seguridad jurídica, el debido proceso, la tutela efectiva jurídica; porque solo debe concederse valor de auténtico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio. Es necesario, que la administración de justicia tomen en cuenta este particular, porque si los Jueces del alto nivel llegan a determinar que las pruebas ilícitas o prohibidas, desde el inicio han servido o sirven al Fiscal para acusar y al juez para privar de la libertad se estaría hablando de una vulneración de los derechos humanos que debe ser subsanada.

**3. Realizar una propuesta jurídica al ordenamiento y legislación penal vigente del Ecuador; a fin de que sean inadmitidas, criminalizadas y penalizadas; bajo el principio de orden jerárquico del debido proceso; las pruebas prohibidas e ilícitas que se obtuvieren en la judicialización de las litis penales.**

Este objetivo lo compruebo con las respuestas en la aplicación de las preguntas de la encuesta, y especialmente en el Derecho Comparado y análisis de casos en diferentes países, donde se ha dictado jurisprudencia respecto a las pruebas ilícitas y prohibidas; donde se afirman que para prevenir que se continúe vulnerando los derechos humanos, por el simple hecho de presunciones o pruebas que nulitan el proceso. Por lo tanto, debe considerarse un cambio en el régimen penal con respecto a la sana crítica o discrecionalidad, especialmente del Juez. Por lo tanto debe elaborarse una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal, para garantizar el derecho a la presunción de inocencia, la tutela efectiva jurídica, la seguridad jurídica; especialmente en juicios donde interviene fuertemente la política.

## 7.2. Contrastación de Hipótesis

### ***“¿LA ADMISIÓN EN EL PROCESO PENAL, DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y LA PRUEBA ILÍCITA VULNERAN EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO?”***

Esta hipótesis ha sido demostrada con el desarrollo de toda la tesis, conforme se ha remarcado en el marco conceptual, doctrinario y jurídico, así como con los resultados de las entrevistas y estudios de casos, por lo que, he corroborado que la admisión en el proceso penal de pruebas prohibidas o ilícitas, vulneran el principio del debido proceso. Como variable independiente o causa me planteé si la admisión en el proceso penal de la prueba prohibida y la prueba ilícita , causan un efecto, en la variable dependiente, como es la vulneración del principio del debido proceso.

Además demuestro con la aplicación de las preguntas de la encuesta donde los encuestados responden, en un 100%, que en el proceso penal la no admisión de pruebas prohibidas o ilícitas es parte fundamental, y que no deben ser relacionadas con demás elementos probatorios, porque se constituye la vulneración de los derechos del debido proceso. Sin embargo, en algunos casos estas pruebas mal habidas, han sido consideradas para acusar a personas, por motivos políticos y de persecución ideológica o de lucha por el control del poder. Sin embargo, el Juez al encontrarse con casos de pruebas prohibidas o ilícitas en el proceso, debe dictar el sobreseimiento



definitivo del procesado y definitivo del proceso, o a su vez se confirma la inocencia del procesado. Para dar paso a la investigación de quien arrancó dichas pruebas y sea juzgado penalmente, por violador de los derechos humanos y del debido proceso.

### **7.3. Fundamentación Jurídica.**

La Constitución de la República del Ecuador garantiza en el numeral dos, del Artículo 11, que el ejercicio de los derechos se regirá por el principio de igualdad, señalando que todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. En el numeral 3 del mismo Artículo 11 se establecen los derechos y garantías estipulados en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo judicial, de oficio o a petición de parte. Es decir, los derechos humanos de las personas están por encima de las demás normas que lesionen cualquier Derecho.

La Constitución ecuatoriana en el Capítulo referente a los derechos de protección estipula que toda persona tendrá derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedara en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

La Constitución como máxima norma garantiza los derechos de protección sobre los cuales se ejercerá la gratuidad en la justicia promoviendo la celeridad y la inmediación para dar la defensa a las personas que lo necesiten. En el mismo cuerpo legal señala sobre las garantías básicas de derecho al debido proceso. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurara el derecho al debido proceso. En el Artículo 76 en el numeral dos, se establece que se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

El principio constitucional en el cual toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se compruebe su culpabilidad, sin embargo está siendo vulnerado constantemente por los jueces al no cumplir lo establecido por la ley, respetando las reglas del debido proceso y asegurando todas las garantías constitucionales. La presunción de la inocencia es uno de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en tratados internacionales sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

La falta de preparación por parte de los agentes de la policía como auxiliares del sistema penal, o los consabidos planes de inteligencia o contrainteligencia de la seguridad política de grupos irregulares y de países,

los lleva injustificadamente responsabilizar a un presunto infractor, por el cometimiento de un delito aunque su responsabilidad no ha sido declarada en sentencia, por encontrarse inmerso en la investigación fiscal, de esta manera se está quebrantando su derecho constitucional de presunción de inocencia. Hay que tener presente que el Agente de Policía es el encargado de llenar el parte policial; el mismo que sirve al Fiscal de Tránsito como elemento probatorio para causar al infractor, sin embargo existen casos en donde el Juez acepta pruebas ilícitas o prohibidas, y acusa, validando partes policiales o militares, que son simplemente un elemento informativo o noticia mal intencionada. Es aquí donde surge el problema que al procesado le imputan un delito del cual no es responsable, donde en el procedimiento se lesionó el debido proceso.

## **8. CONCLUSIONES**

Al finalizar mi trabajo de investigación con la gran satisfacción de haber cumplido con los requisitos exigidos en los Reglamentos de nuestra Universidad Nacional de Loja del Área Jurídica y luego de haber planteado un problema jurídico social sin lugar a equivocarme considero que mi tema de investigación va a servir de sustento legal para que en la codificación penal se incluya que las pruebas en todos los procesos deben de ser lícitas, en el artículo. 454 del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano (COIP).

Los criterios doctrinarios invertidos por los profesionales del Derecho de la ciudad de Loja, docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, a los Jueces de Garantías Penales y a Jueces de los Tribunales de Garantías Penales de la Corte Provincial de Loja, me han permitido poner de manifiesto un problema de relevante importancia sobre la necesidad de incorporar en el artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal que las pruebas presentadas por las partes procesales deben de ser lícitas, con lo cual llego a obtener las siguientes conclusiones:

- 1.** La presentación de pruebas ilícitas en los casos investigados en un proceso perjudica a terceros y obtienen provecho en una sentencia por haber presentado una prueba ilícita.

2. A más de la presentación de las pruebas ilícitas en los procesos investigados se da como resultado una sentencia con una valoración de la prueba ajena a la investigación.
3. Los documentos presentados ilícitamente en los casos analizados acarean consecuencias jurídicas que no demuestran una verdad y transgrediendo en unas falsedades.
4. He confirmado en el análisis que existe arbitrariedad y vulneración de derechos fundamentales, basta con examinar en los casos que existe la decisión discrecional y está no existe suficientemente motivación y para ello es suficiente mirar si en ella se ha dejado espacios abiertos a las pruebas prohibidas e ilícitas.

## 9. RECOMENDACIONES

Una vez planteadas las conclusiones a las que he llegado mi trabajo de investigación me permito presentar las siguientes recomendaciones, las mismas que serán tomadas en cuenta por todos los estamentos que conforman la sociedad y tenemos:

1. Se hace necesario que el Estado, establezca políticas de prevención y fiscalización a la vulneración de los derechos del procesado a la presunción de inocencia, al debido proceso, a la seguridad jurídica y especialmente se ponga énfasis en la producción de las pruebas. La falta de democratización de la Justicia es un gran problema en nuestro sistema democrático, lo cual es consecuencia en muchos casos, de la no capacitación de los jueces, pues la mayor parte de las judicaturas están conformadas por funcionarios que no han realizado una carrera judicial.
2. Recomiendo se controle la actuación de los operadores de Justicia, para ello son necesarias las auditorias permanentes al ejercicio judicial, ya que con ello se verificaría la buena o mala actuación judicial, sea ésta por falta de capacitación y conocimiento o por corrupción. Debiendo recalcar que es trascendental que los jueces estén investidos de probidad y ética, pues una conducta proba y honesta es requisito elemental para estar en condiciones de impartir justicia. Los administradores de justicia, al aceptar el cargo, deben

asumir el compromiso ético de conducirse con apego a los principios constitucionales, de objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.

3. Que por la falta de capacitación se dan errores en los fallos judiciales, especialmente en la arbitrariedad y la incongruencia de las sentencias con las pruebas, así como también que un gran número de fallos son copias de otros fallos, con ciertos cambios en las distintas partes de la sentencia. Se debe implementar una especialización, capacitar y preparación a jueces, a escuelas penales ya que es primordial que tengan conocimiento y destrezas para su actuación; lo cual conlleva una adecuada administración de Justicia, para lo cual es esencial también que se les otorgue los medios y herramientas necesarias.
4. Que los señores Asambleístas propongan reformas al Código Orgánico Integral Penal, incorporando normas que efectivicen el derecho a la presunción de inocencia del procesado, que no se viole el debido proceso, que se vele por la efectividad de tutela jurídica; en los casos de producirse pruebas ilícitas o prohibidas, en juicios penales. Armonizando las leyes con la norma constitucional respecto de los derechos fundamentales.
5. Que los Jueces Constitucionales, los organismos de derechos humanos, coordinen y vigilen con la Defensoría Pública, la Judicatura

y la Defensoría del Pueblo; para que conozcan los casos en los cuales como medio de pruebas, se produzcan pruebas ilícitas o prohibidas, y no han sido pronunciadas.

6. La Administración de Justicia debe preocuparse por presentar proyectos reformativos de leyes para cubrir los distintos vacíos legales que existe en nuestra legislación para que de cualquier manera contribuir con una regulación jurídica adecuada y así poder garantizar una correcta administración de justicia y los señores jueces y magistrados actúen con procedimientos verticales diáfanos y transparentes.
7. Todo documento presentado por una de las partes procesales esto puede ser documentos públicos o privados deberán ser comprobados si se tratan de documentos lícitos deberán ir debidamente certificados por el funcionario o funcionarios que los otorguen mientras que los ilícitos indudablemente se trataran de documentos forjados por ende ilegales.



### **9.1.1.1 PROPUESTA DE REFORMA**

#### **ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

##### **CONSIDERANDO**

QUE, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos consagrados en la Constitución y Tratados Internacionales.

QUE, el Artículo 76 en su numeral cuatro, de la Constitución de la República, establece que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

QUE, la presunción de la inocencia, la seguridad jurídica, el debido proceso y la tutela efectiva judicial, son derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre Derechos Humanos, que garantizan la dignidad del ser humano contra toda arbitrariedad o discrecionalidad.

QUE, el Código Orgánico Integral Penal señala que en la sustanciación de los procesos penales se garantizará la eficiencia de la Justicia, la tutela

efectiva de los derechos humanos y las garantías para las personas procesadas.

QUE, el derecho al debido proceso penal, al producirse pruebas ilícitas y prohibidas, a fin de lograr dudas a favor de un reo, u obtener el convencimiento de culpabilidad penal de una persona procesada, más allá de toda duda razonable, especialmente valiéndose de algún grupo de presión o poder político, estatal, comunal, partidario o de cualquier índole.

En uso de las atribuciones de que se halla investida la Constitución de la República del Ecuador de conformidad al Art. 120 numeral 6, EXPIDE la siguiente:

**LEY REFORMATORIA A CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL,  
COIP**

En el artículo 454 que estipula:

“Principio.- El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios:...6. Exclusión.- Toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley,

carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal.”

Agréguese el siguiente inciso que dirá:

A continuación del inciso 3 del numeral 6 del artículo 454:

Las pruebas presentadas por las partes procesales deberán ser lícitas y por ningún motivo se podrá agregar al proceso pruebas propuesta ilícitas o prohibidas ni siquiera como elementos referencial o de presunción de responsabilidad, caso contrario serán criminalizadas y penalizadas bajo el principio de orden jerárquico, para la cual la documentación se enviara a la fiscalía para la investigación.

Dado en la ciudad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los cuatro días del mes de enero de 2016.

.....

f. Presidenta

.....

f. Secretario.

## **10.BIBLIOGRAFÍA.**

AGUILAR J., Rodolfo. La verdad y la Prueba en Materia Penal. Loja, Ecuador. 1998.

BASANTES Santos, Jaime. El Debido Proceso Penal, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2009, Quito – Ecuador.

BENTHAM, Jeremías: Tratado de las Pruebas Judiciales, Buenos Aires, Ediciones Jurídicos Europa- América, 1959.

BOLAÑOS, C. A. El debilitamiento de la regla de exclusión probatoria en el ordenamiento jurídico penal colombiano. Diálogos de derecho y política, (1), 2009.

BRASIL. Constitución Política de la República Federativa de Brasil. 5 de octubre de 1988.

BUSTAMANTE Alarcón, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Ara Editores. Primera Edición. Lima. 2001.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, duodécima edición, Buenos Aires Argentina, 2001.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta. Edición actualizada, corregida y aumentado año 2011.

CALLE, A. Bases para una fundamentación político-constitucional del debido proceso. Nuevo Foro Penal, (63), 2000.

CAROCCA Pérez, Alex. Manual: el nuevo sistema procesal penal. 3ra. Edición. 2005.

CAMARGO, Pedro Pablo. El Debido Proceso, editorial Leyer 2000, Bogotá Colombia.

CASTRO, César Martín. Derecho Procesal Penal, editorial Jurídica Griley, volumen II, Lima 1999,

CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Parte General, Sección III, Volumen III, Bogotá, Editorial Temis, 1993

CARNELUTTI, Francisco. Como se hace el proceso. Editorial Juris. 20 junio 2011.

CASTRO Patiño, Iván. Citado por García Falconí, José. “La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección”. Quito-Ecuador. 2008.

COLOMBIA. Código de Procedimiento Penal, Ley 906. 2004.

COLOMBIA. Supremo Tribunal Constitucional. Sentencia 81 del año 1998.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SU-159 de 2002.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia 591 de 2005.

COUTURE, citado por Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias, Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. 26ª. Edición 2007. Buenos Aires – Argentina.

COUTURE, Eduardo J: Fundamentos del derecho procesal civil, Segunda Edición. Editorial De Palma. Buenos Aires, 1951.

CORRAL. B., Fabián. Diario El Comercio, “El Debido Proceso”, Editado el día jueves 9 de noviembre del 2006.

CUEVA Carrión Luis, “El Debido Proceso”, Tercera Edición, Editorial Impreseñal, 2006, Quito, Ecuador.

CHANJÁN, Rafael H. La Prueba Prohibida en la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Alerta Informativa. Lima, Perú. 2011.

CHIARA Díaz, Carlos; Vázquez Rossi, Jorge; Pessoa, Nelson. Código Procesal Penal de la Nación, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina. 1992.

CHILE. Constitución Política de la República de Chile. 1980.

CHILE. Código Procesal Penal. Ley 19696. 12 de octubre de 2000. Última modificación 8 de abril de 2011.

CHILE. Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Chile, sentencia 81 de 2 de abril de 1998.

DE LA PLAZA, Manuel: Derecho Procesal Civil, Vol. I, 2ª Edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985.

DE LA RÚA, Fernando. La Casación Penal, Ed. Lexis Nexis De palma, Buenos Aires, 2000.

DE VICENTE Y CARAVANTES, José; Sancho de Llamas y Molina. Comentario Crítico, Jurídico, Literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro, Volumen 2. Editorial Castile, España, 1853.

DEVIS Echandía, Hernando: Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Editorial ABC, Bogotá 1978.

DÍAZ de León, Marco Antonio: Tratado Sobre las Pruebas Penales. México. 2015

DÍAZ Cabiale, J.A. La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal, editorial Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1992.

DORSCH, Friedrich, y otros, Diccionario de Psicología, Editorial Herder, España, 1985.

DURAN Díaz, Edmundo. Manual de Derecho Procesal Penal. Volumen I, EDINO 1992.

ECUADOR. Código Penal Ecuatoriano, Pág.10, Editorial “El Fórum”, Quito-Ecuador.

ECUADOR. Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.

ECUADOR. Asamblea Nacional. Constitución Política de la República del Ecuador. Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998, última modificación: 17 de diciembre de 2004.



ECUADOR. Congreso Nacional. Ley Orgánica del Ministerio Público. Registro Oficial Registro Oficial 26, de 19 de marzo de 1997, reformado el 13 de abril de 2006.

ECUADOR. Asamblea Nacional. Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544, de 9 de marzo de 2009, reformado el 18 de marzo de 2014.

ECUADOR. Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento 58, de 12 de julio de 2005. No vigente.

ECUADOR. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, última modificación 11 de abril de 2014.

ECUADOR. Código de Procedimiento Penal. Registro oficial Suplemento 360, de 13 de enero de 2010, reformado el 20 de marzo de 2010. No vigente.

ECUADOR. Primera Sala, Corte Suprema de Justicia: Resolución No. 261 del 3 de octubre de 2003, Registro Oficial No. 262, 29 de enero de 2004.

ECUADOR. Tribunal Constitucional. Sentencia del 30 de noviembre de 2000. Expediente No. 1100-2000-AA/TC

ECUADOR. Ley de Casación. Registro Oficial Suplemento 299 de 24 de marzo de 2004. Última reforma: 28 de noviembre de 2007.

ECUADOR. Primera Sala, Corte Suprema de Justicia: Resolución No. 224, del 30 de julio de 2003, Registro Oficial 193, del 20 de octubre de 2003.

ECUADOR. Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005. Última reforma. 24 de noviembre de 2011.

ECUADOR. Asamblea Nacional. Constitución Política de la República del Ecuador. Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998, última modificación: 17 de diciembre de 2004.

ECUADOR. Congreso Nacional. Ley Orgánica del Ministerio Público. Registro Oficial 26, de 19 de marzo de 1997, reformado el 13 de abril de 2006.

EDWARDS, C. La prueba ilegal en el proceso penal. Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina.2000.

ESPAÑA. Supremo Tribunal Constitucional. Sentencia STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984.

ESPAÑA. Ley Orgánica del Poder Judicial. Ley 6 de 1 de julio de 1985.

FALCÓN, Enrique M. Tratado de la prueba, Editorial Astrea, Tomo I, Buenos Aires, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales. Editorial Trotta, España, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta S.A. Sexta Edición. 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales. Editorial Trotta, España, 2001, pág. 65.

FERNANDEZ, Whando. Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Volumen II.

FLORES, Fernando, citado por, García Falconí, José. La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección. Quito-Ecuador. 2008.

Francia. Cass. crim. 2 octubre 1979, Bulletin criminologique. n0 266.

GALLEGOS Gallegos, Simón Bolívar. La Responsabilidad en el Delito de Tránsito. Tomo I. Primera Edición. Imprenta y Publicidad. Quito – Ecuador. 2010.

GASCÓN, M. ¿Libertad de prueba? (¿Freedom of proof?): El incuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. *Jueces para la democracia: Información y debate*, (52), 2005.

GUARIGLIA, F. Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Buenos Aires: del Puerto. 2005.

GUERRERO Vivanco, Walter: Derecho Procesal Penal, Tomo III y IV, Pudeleco Editores S.A., Quito, 2004.

GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.

GUZMAN Lara, Aníbal. Diccionario explicativo del Derecho Penal, tomo 1, segunda edición, Editorial jurídica del Ecuador - Quito.

JAUCHEN, Eduardo: Tratado de la prueba en material penal, Rubinzal – Culzoni Ed., Buenos Aires, 2002.

JIMENEZ, Luis. Ley y el Delito, Buenos Aires, Editorial Heliasta. 1987.

LÓPEZ Barja De Quiroga, Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Akal, Madrid, 1989

Manual de Práctica Procesal Penal, La etapa del Juicio: La Audiencia de Debate; La Prueba y la Sentencia en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, Estudio Detallado del Proceso Penal Ecuatoriano, Primera Edición. Quito Ecuador 2002.

MELERO, Silvia. La Prueba en el Proceso Penal. Editorial Forum, Oviedo, España. 1991.

MIRANDA Estrampes, Manuel. El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso penal. Bosch: Barcelona. 1999.

MUÑOZ Conde, Francisco. Búsqueda de la verdad en el proceso penal. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 2000.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 1 de julio de 2002.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos. París. 10 de diciembre de 1948.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión. Washington. 1961.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José – Costa Rica), Editorial ESQUEL. Acuerdo Ministerial 202, Registro Oficial 801 de 6 de agosto de 1984.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de los Derechos Humanos. Washington, 1945.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Datscan, Guatemala. 2010.

OSORIO Fernández, Frank Suriel. Doctrina "del fruto del árbol envenenado". Editorial Ejea, Buenos Aires, 2012.

PALACIO, Lino Enrique: La prueba en el proceso penal. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

PAZQUEL Zambrano, Alfonso. Política Criminal, Editorial Jurista E.I.R.L, Año 2009, Lima-Perú.

PERU. Código de Procedimiento Penal de la República del Perú. 29 de julio de 2004.

PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N° 655-2010-  
PHC/TC de 27 de octubre de 2010.

PERÚ. Corte Suprema de Justicia. Recurso de Nulidad N° 05-02-2008-LIMA  
de 4 de Mayo de 2009.

PERÚ. Corte Suprema de justicia. Ejecutoria N° 342-2001-LIMA de 17 de  
Setiembre de 2004.

PERÚ. Corte Suprema de Justicia. Ejecutoria en recurso de nulidad N° 9-  
2006 de 14 de Mayo de 2007.

PERÚ. Constitución Política del Perú. 1993.

PERÚ. Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema recaída en los asuntos  
varios N° 342-2001-LIMA de 17 de septiembre de 2004.

PERÚ. Corte Suprema de Justicia. Ejecutoria de recurso de nulidad N° 05-  
02-2008-LIMA de 04 de mayo de 2009.

PERÚ. Corte Suprema de Justicia. Ejecutoria del Recurso de Nulidad N° 9-  
2006 de 14 de mayo de 2007

PISCOYA Silva, José. Procedimiento de Exclusión de la Prueba Ilícita. Derecho y Cambio Social. Lima, 2012.

PORTUGAL. Constitución de la República Portuguesa. 25 de abril de 1976.

RAMOS Méndez, Francisco; Derecho Procesal Civil, Tomo I. Editorial J.M. Bosch. 1993.

ROMBOLA, Néstor Darío y REBOIRAS, Lucio Martín. Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales. Colombia. 2005.

ROMERO Soto, Luis Enrique. Derecho Penal, Volumen II, Editorial Temis, Bogotá, 1969.

SANCHIS, Luis Prieto. Garantismo y Derecho Penal. Editorial Iustel. España. 2011.

SCHONKE A. Derecho Procesal Civil. 5 ed. Barcelona, España. 1950.

SENTÍS Melendo, Santiago. Qué es la prueba? naturaleza de la prueba. Revista de Derecho Procesal. Argentina. 2012.

SENTÍS Melendo, Santiago. Introducción al Derecho Probatorio. Revista de Derecho Procesal. Argentina. 2015.



SERRANO, José Luis. Validez y vigencia, Editorial Trotta, España 1999.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Schenk, 1988.

VACA Andrade, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2001.

VALDIVIESO Vintimilla, Simón. Derecho Procesal Penal. Ediciones Carpol. Primera Edición. Cuenca – Ecuador. 2007.

VOCABULAIRE JURIDIQUE, 7ma. Ed. Editor Gerard Cornu, editorial Presses Universitaires de France, París, Francia, 2005.

YAVAR, Fernando. Practica Explicita en Materia de Transito, Primera Edición, Ecuador- Litis.

ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal.- Tomo I.- Guayaquil-Ecuador, Editorial Endino, 2008.

ZAVALA Baquerizo, Jorge. El Debido Proceso Penal, Editorial EDINO, 2002.

ZAVALA Baquerizo, Jorge Enrique. La Pena. Cámara Ecuatoriana del Libro, núcleo de Pichincha. Quito, 2005.

## 11.ANEXOS



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**  
**ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**  
**CARRERA DE DERECHO**

### **ENCUESTA**

Por encontrarme realizando la presente Tesis, la cual se denomina **“FUNDAMENTOS PARA LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y LA PRUEBA ILICITA EN MATERIA PENAL”** acudo a Usted, con la finalidad de solicitarle, se sirva dar contestación a las interrogantes que le presento a continuación, la información obtenida, servirá únicamente para el desarrollo del estudio en cuestión. Desde ya le expreso mis más sinceros agradecimientos.

**CUESTIONARIO:**

**1.- ¿Considera Usted que en el sistema oral las palabras que se utilizan para persuadir al Juez de la verdad por parte de los que participan en el proceso penal son exactas a las pruebas procesales incorporadas al proceso?**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**2.- ¿Considera Usted que las afirmaciones de las partes en el proceso que por estar dentro de un medio y con un lenguaje propio de quien las emite puede ser juicio de valor para el Juez?**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**3.- ¿Considera Usted que los Jueces que no han pedido las pruebas a las partes estarían inclinándose a una de ellas produciéndose el prevaricato?**

.....  
.....  
.....

.....  
.....

**4.- ¿Considera Usted que se puede llevar al Juez pruebas que interesan al proceso pero que no han sido introducidas al proceso ilícitamente?**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**5.- ¿Está de acuerdo Usted que en las reglas de la sana critica que utiliza el Juez para valorar las pruebas se contradicen con las solemnidades procesales penales?**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**6.- ¿Considera Usted que una prueba prohibida e ilegal que ha sido tazada como tal incide de la libre convicción del Juez para lograr justicia?**

.....  
.....  
.....

.....  
.....

**7.- ¿En su práctica Judicial cuales considera que son las pruebas prohibidas y legales más comunes?**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**8.- ¿Las pruebas prohibidas e ilegales vulneran el debido proceso?**

**SI ( )**

**NO ( )**

**Porque**.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**GRACIAS POR SU COLABORACIÓN**

## ÍNDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO .....	VI
TABLA DE CONTENIDOS .....	II
1. TÍTULO .....	1
2. RESUMEN .....	2
ABSTRACT.....	4
3. INTRODUCCIÓN .....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	10
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	97
6. RESULTADOS.....	01
7. DISCUSIÓN .....	28
8. CONCLUSIONES .....	37
9. RECOMENDACIONES.....	40
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	42
10. BIBLIOGRAFÍA .....	45
11. ANEXOS.....	49
INDICE.....	53



# UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

*CARRERA DE DERECHO*

*“FUNDAMENTOS PARA LA INADMISIBILIDAD  
DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y LA PRUEBA  
ILÍCITA EN MATERIA PENAL”*

Proyecto de Tesis previo a la  
obtención del Título de Abogada.

*AUTORA: Fanny Elizabeth Salinas Livisaca*

*LOJA - ECUADOR*

*2014*

**1. TEMA**

***“FUNDAMENTOS PARA LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA  
PROHIBIDA Y LA PRUEBA ILÍCITA EN MATERIA PENAL”***



## 2. PROBLEMÁTICA

En algunas épocas hasta la actualidad la jurisprudencia de algunos países como el nuestro han rechazado a la prueba prohibida y a la prueba ilícita como prueba inconstitucional, principalmente bajo el fundamento de que al no estar prohibido por la norma, está permitido hacerlo sin perjuicio de la sanción penal o administrativa al responsable de la infracción a los derechos fundamentales. Y al ser uno de los temas probatorios más complejos que se plantean en la actualidad el de la ilicitud y la prohibición de las pruebas empleadas en los diferentes procedimientos penales, es que se trata de una terminología muy amplia que se la utiliza tanto para la doctrina como para la jurisprudencia y suele ser muy uniforme por que se suele utilizar o emplear términos como; prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba indebida, prueba viciada, prueba irregular o incluso prueba clandestina.

Al abordar el siguiente tema a cerca de la prueba prohibida y la prueba ilícita que violan garantías constitucionales directamente estudiare y analizare la “doctrina de los frutos del árbol venenoso, expresión que tiene el origen de connotaciones bíblicas donde expresa que *“Si el Árbol es bueno, su fruto es bueno; si el árbol es malo, su fruto es malo, porque por el fruto se conoce el árbol”* (Mateo 12: 33) o bien: *Todo buen árbol da buenos frutos, pero el árbol malo da frutos malos. No puede el buen árbol dar malos frutos, ni el árbol malo dar frutos buenos. Todo árbol no da buen fruto, es cortado y echado en el fuego. Así que por sus frutos los conoceréis.*”(Mateo 7; 17-20). Esta doctrina proviene del caso Silverthorne Lumber Co. vs. Estados Unidos de 1920. Y "Nardone" de 1939. En Argentina fue aceptada en los casos

"Montenegro, Luciano Bernardino s/Robo" y "Fiorentino".<sup>136</sup> Esta teoría americana conocida como "*frutos del árbol prohibido*" que nos explica, que no es posible valorar los efectos de dictar una condenatoria una prueba, que aun procediendo de un medio legítimamente obtenido, tenga su origen en otro obtenido con infracción de los derechos fundamentales. Si el árbol está envenenado, también lo estarán los frutos nacidos o provenientes del mismo. Al respecto, se han operado muy diversas soluciones e interpretaciones.

En la Constitución de la República del Ecuador en el numeral 4 del Artículo 76 manifiesta que "*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá la siguiente garantía básica: Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria*".<sup>137</sup> Así mismo dentro del nuevo Código Orgánico Integral Penal puedo señalar que en el numeral 13 del Artículo 5, indica los principios procesales que "*El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por uno de los siguientes principios: La Contradicción: los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra*"<sup>138</sup>. De la misma manera el mismo cuerpo legal en su Título III, Derechos, Capítulo Primero, Derechos De La Víctima, nos señala en el numeral 5 del Artículo 11 que: "*En todo proceso penal, la víctima de*

---

<sup>136</sup> Osorio Fernández, Frank Suriel. Doctrina "del fruto del árbol envenenado". Editorial Ejea, Buenos Aires, 2012, pág.2,

<sup>137</sup> Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 4449, de 20 de octubre de 2008, pág. 56.

<sup>138</sup> Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014.

*las infracciones gozará uno de los siguientes derechos: A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos.”<sup>139</sup>*

Tomando en cuenta la Constitución como los diferentes cuerpos legales hago una apreciación de lo que la persona ha tenido muchas definiciones sobre la materia de estudio en cada uno de los ámbitos a tratarse, empecare a manifestar que dentro del derecho todo ser humano tiene derechos y obligaciones. De lo que deduce que es todo hombre sujeto al derecho con capacidad para reclamar derechos y obligaciones pero con la obligatoriedad de responder por sus actos.

El presente trabajo investigativo, trata de determinar si se respeta el debido proceso sin vulnerarlo y si existen o se realizan exclusiones probatorias para la prueba prohibida y la prueba ilícita en materia penal. Siendo el problema principal que (En nuestro medio no se respeta el debido proceso, de una manera general, cuando se presenta como medio probatorio, una prueba prohibida o ilícita ya que no se argumenta la valoración debidamente).

---

<sup>139</sup> Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014.

### ***3. JUSTIFICACIÓN***

#### ***3.1. JUSTIFICACIÓN ACADÉMICA***

Entre los principales objetivos de la Universidad Nacional de Loja del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Carrera de Derecho, se establece en su malla curricular vigente, que se realicen investigaciones que permitan buscar alternativas de solución a los distintos problemas que atraviesa la Sociedad; así mismo busca formar profesionales críticos y autocríticos conscientes de la realidad nacional, es por ello que me ha impulsado a la realización del presente trabajo de investigación convencida de que nuestra sociedad enfrenta un sin número de adversidades generadas por problemas y vacíos jurídicos que deben ser investigados para desarrollar alternativas válidas para su solución.

La ejecución del presente trabajo permitirá poner de manifiesto los conocimientos adquiridos durante la formación profesional ya que el mismo constituirá la prueba fundamental de la aptitud para el ejercicio profesional en calidad de Abogada

Es por ello que la realización de la investigación me permitirá dar un aporte a la colectividad en general y sobre todo a los profesionales del Derecho.

#### ***3.2. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA***

Este trabajo pretende indagar sobre el origen de las exclusiones probatorias de la prueba prohibida y la prueba ilícita en materia penal, para luego agrupar y describir las

principales excepciones que se han establecido en materia penal y que tienen vigencia actualmente en el derecho positivo y judicial nacional y comparado para luego determinar si en nuestro sistema jurídico permite exclusiones a la prueba prohibida e ilícita, sin vulnerar los derechos y el debido proceso que se encuentran establecidos en la Constitución y la Ley.

### ***3.3. JUSTIFICACIÓN SOCIAL***

La situación en la que vive el país me obliga a investigar profundamente sobre el estado en el que se encuentran los diferentes procedimientos que se emplean en los Tribunales penales de Justicia, ya que en algunos ordenamientos no contienen una regla de derecho positivo expresa que prohíba en general la utilización de evidencias obtenidas en infracción Constitucional y por otra parte se hallan los que contienen una norma expresa que dificulta el empleo de la prueba ilícita.

Con la realización efectiva de esta investigación y su sociabilización ayudaré a que toda la ciudadanía haga respetar sus derechos que tienen ante el Estado, y obligar al mismo tiempo a las autoridades competentes que respeten el debido proceso y que sea calificada la prueba que va a ser empleada dentro de un proceso.

### ***3.4. JUSTIFICACIÓN CIENTÍFICA***

Se justifica la realización de la presente investigación, toda vez que luego de contrastar la teoría penal con la práctica jurídica; o sea, realizar un análisis entre los conocimientos adquiridos en la Carrera de Derecho y la realidad de la

praxis jurídica en la Sociedad, considero que es necesario, utilizando el método científico hipotético deductivo, que es necesario fundamentar la inadmisibilidad de la prueba prohibida y la prueba ilícita en materia penal. A fin de que sea el debido proceso garantizado en toda sentencia o fallo judicial, y que estos sean apegados a Derecho y Justicia. En todo caso mi trabajo se basa en una hipótesis o conjetura, que a través de la investigación deseo fundamentarla científicamente.

Me he planteado una hipótesis de trabajo, como es la argumentación de la violación del principio del debido proceso, por una no valoración adecuada de la forma de conseguir las pruebas que se las puede denominar: prohibidas e ilícitas, en el campo penal; lo cual es factible desde el punto de vista de revisar las fuentes, jurisprudencia, doctrina y teorías, para contrastarlos con la realidad, a través de una investigación de campo que me propongo hacerla con los abogados penalistas, y funcionarios de la Administración de Justicia del área penal en la ciudad de Loja. Además contrastar con algunos casos de sentencias y fallos que existan sobre el tema a desarrollar.

Todo ello me permitirá, ahondar mis conocimientos y reforzar mi práctica no solo jurídica, sino también de la metodología de la investigación científica, profundizar mis conocimientos teóricos impartidos por mis docentes y finalmente ver su comportamiento, las causas y efectos del no respeto del principio del debido proceso, en la práctica jurídica en lo penal.

## **4. OBJETIVOS**

### **4.1. OBJETIVO GENERAL**

- Realizar un análisis crítico teórico, doctrinario y jurídico al Código Orgánico Integral Penal sobre el procedimiento de la inadmisibilidad de la prueba prohibida y la prueba ilícita.

### **4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- Determinar si nuestro sistema jurídico ecuatoriano impide que se valoren en el proceso penal, pruebas que se obtuvieron de manera prohibida e ilícita, vulnerando las garantías Constitucionales.
- Identificar y conocer sí en el ordenamiento Constitucional del Ecuador y en Derecho Comparado de otros países, se permite o si procede hacer excepciones a las exclusiones probatorias de la prueba prohibida y la prueba ilícita en materia penal.
- Realizar una propuesta jurídica al ordenamiento y legislación penal vigente del Ecuador; a fin de que sean inadmitidas, criminalizadas y penalizadas; bajo el principio de orden jerárquico del debido proceso; las pruebas prohibidas e ilícitas que se obtuvieron en la judicialización de las litis penales.

## **5. HIPOTESIS**

“¿LA ADMISIÓN EN EL PROCESO PENAL, DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y LA PRUEBA ILÍCITA VULNERAN EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO?”

### **5.1. Variables:**

Variable Independiente: causa:

La admisión en el proceso penal de la prueba prohibida y la prueba ilícita

Variable Dependiente: efecto:

La vulneración del principio del debido proceso.



## **6. MARCO TEÓRICO**

### **6.1. La Prueba**

#### **6.1.1. Etimología sobre la prueba**

En cuanto a la etimología de la prueba José de Vicente y Caravantes se expresa así: “...para unos, procede del adverbio *probe*, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez quien prueba lo que pretende; y según otros, de *probandum*, de los verbos, *recomendar*, *aprobar*, *experimentar*, *patentizar*, *hacer fe*, según lo expresan varias leyes del *Derecho Romano*”<sup>140</sup>

#### **6.1.2. Noción de la prueba y diversas teorías acerca de ella**

Como uno de los fines primordiales que tiene el Estado Ecuatoriano es el de asegurar la convivencia pacífica entre su población y para ello los representantes del pueblo y de la justicia penal han interpretado los valores culturales, humanísticos y sociales de la nación basándose en una historia básica de normas jurídicas que garantizan las definiciones claras acerca de lo que es la prueba y de cómo se ha venido llevando sus procedimientos penales es por ello que el dentro de sus definiciones varias que establece el Autor Aguilar en su obra “*La verdad y la prueba en materia penal se entendía como prueba la*

---

<sup>140</sup> De Vicente y Caravantes, José; Sancho de Llamas y Molina. Comentario Crítico, Jurídico, Literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro, Volumen 2. Editorial Castile, España, 1853. Pág. 62.

*averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, o bien de la producción de los actos o elementos de convicción que somete el litigante, en la forma que la ley previene ante el juez que conoce el litigio, y que son propios, según derecho, para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito.”<sup>141</sup>*

En cuanto a la conceptualización de la prueba el autor Guillermo Cabanellas nos dice que la prueba es la “*Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho.*”<sup>142</sup>

Y según el Vocabulaire Juridique “*La prueba es la demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de una realidad de un hecho*”<sup>143</sup>

Tanto para el autor Cabanellas como el Vocabulaire Juridique podría decir que la prueba es una afirmación que implica demostrar la verdad de un hecho o de un acto y se pruebe según a lo que establece la Constitución y las leyes.

Así mismo tenemos al penalista ecuatoriano Dr. Jorge Zabala Baquerizo que nos dice textualmente que “*La prueba en general es pues, el medio de que se vale el juez en un procedimiento para conocer la verdad de un hecho sobre el que se debe dictar una resolución.*”<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> Dr. J. Rodolfo Aguilar J. La verdad y la prueba en materia penal, Loja, Ecuador, año 1998, pág. 63.

<sup>142</sup> GUILLERMO CABANELLAS DE LA TORRE, edición 2011 actualizada y actualizada, pág. 356.

<sup>143</sup> VOCABULAIRE JURIDIQUE, 7ma. Ed. Editor GERARD CORNU, editorial **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**, París, Francia, 2005. Pág 36.

<sup>144</sup> Zavala Baquerizo, Jorge Enrique. La Pena. Cámara Ecuatoriana del Libro, núcleo de Pichincha. Quito, 2005, pág 23.

### **6.1.3. La conceptualización de la prueba prohibida y la prueba ilícita**

#### **6.1.3.1. La prueba Prohibida**

Previo a analizar la conceptualización de la prueba prohibida debo manifestar que de un modo global, es una prueba ilegítima. Aunque para el abogado Rafael Chanján miembro de la Asociación Civil Iter Criminis nos manifiesta que es “*aquella prueba cuya, obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales (...)*”<sup>145</sup> Es decir que al tener o presentar una prueba prohibida se estaría infringiendo las normas que se establecen dentro de nuestra Constitución y de la misma ley penal.

#### **6.1.3.2. La prueba ilícita**

En el año 2003, el Tribunal Constitucional Nacional del Perú, definió la prueba ilícita en los siguientes términos: “*La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable*”<sup>146</sup>

En lo concerniente a este tema puede decir que una prueba en nuestra nación debe ser obtenida legalmente para que pueda ser practicada, evacuada y aceptada por los Tribunales penales, bajo la consigna de que siempre estará apegada a la ley y a la justicia Constitucional y legal de nuestro país.

---

<sup>145</sup> Chanján, Rafael H. La Prueba Prohibida en la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Alerta Informativa. Lima, Perú. 2011, pág. 1

<sup>146</sup> Piscoya Silva, José. Procedimiento de Exclusión de la Prueba Ilícita. Derecho y Cambio Social. Lima, 20120, pág. 2.

#### 6.1.3.3. *Valoración de la prueba prohibida y ilícita en materia penal*

En los procedimientos sociales, históricos, políticos, etc., se puede determinar que dentro de nuestra legislación ecuatoriana, existe una incidencia de criterios evolutivos e involuntarios por parte de los jueces penales que examinan y estudian la prueba prohibida e ilícita, ya que no se analiza de una forma minuciosa la validez de la misma el momento de ser adjuntada al proceso, generado una cierta incertidumbre sobre la procedencia de una prueba; al fundamentar, si esta bajo los principios y normas de nuestro ordenamiento jurídico, que no atenten a los derechos fundamentales ya establecidos, por lo que sería necesario realizar una investigación entre la relación que existe entre lo ilícito y lo admisible de la prueba ilícita y prohibida dentro del procedimiento probatorio; donde se investigaría su procedencia, para luego buscar un tratamiento acerca de la obtención de las pruebas prohibidas e ilícitas encajadas en los procesos penales, ya que sólo a través de una buena valoración de la prueba por el Juez de Garantías Penales, y Tribunales, podrá pronunciarse en el momento de la sentencia de acuerdo a la prueba presentada o de acuerdo a la actividad probatoria, condenará o absolverá a un acusado.

#### 6.1.3.4. *La exclusión de la prueba prohibida y ilícita en materia penal*

*“Se define la regla de exclusión como aquella que impide utilizar en el proceso penal toda prueba obtenida en violación de una garantía constitucional; si se efectúa un allanamiento sin la respectiva orden judicial y se procede al secuestro de un objeto, la aplicación de la regla de la exclusión*

*probatoria implicará que se ha violado la garantía que consagra nuestra Constitución Nacional sobre la inviolabilidad domiciliaria y que el secuestro practicado deviene inválido.”<sup>147</sup>*

La ilicitud de los medios significa que en la investigación de un delito no pueda emplearse "*vías ilegítimas*" para obtener una prueba, como resultaría practicar un allanamiento sin orden judicial o lograr una confesión bajo apremios. La afectación de una garantía constitucional implica que con medios ilícitos se vulnera una garantía consagrada en la Constitución, como la inviolabilidad del domicilio, no una mera disposición procesal.”<sup>148</sup>

En definitiva lo que pretendo es construir un instrumento jurídico, que sea eficaz alumbramiento de reglas que permitan la eliminación absoluta de la utilización de cualquier tipo de prueba que sea obtenida de manera prohibida e ilícita para la implementarlos en procesos de materia penal.

#### 6.1.4. **Reconocimiento de la dignidad humana**

En nuestra Constitución en su Preámbulo nos manifiesta que debemos construir “Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;”<sup>149</sup> Dentro del ejercicio de los derechos, la misma norma nos establece en su Artículo 11, en el numeral 7 que: ” 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup> Edwards, C. La prueba ilegal en el proceso penal. Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina.2000. pág. 45.

<sup>148</sup> Edwards, C. La prueba ilegal en el proceso penal. Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina.2000. pág. 46.

<sup>149</sup> Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>150</sup> Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Haciendo un acercamiento a lo que nos manifiesta nuestra Constitución, podría decir que nuestra legislación, reconoce la dignidad humana tanto individual como colectiva, donde exigirá a los administradores de Justicia garantizar el cumplimiento del debido proceso, apegado a la normativa para que, no exista ningún tipo de vulneración, ni al debido proceso realizado en materia penal, ni se vulnere los derechos que se encuentran consagrados en la misma del procesado; ya que para nuestra ley el procesado será toda persona que mientras no se encuentre sentenciado se presumirá su inocencia.

La Constitución ecuatoriana igualmente aborda como una garantía constitucional normativa en el Artículo 84 al señalar que: *“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”*<sup>151</sup>.

La revolución industrial en la historia de la humanidad, trae la aparición de dos grupos sociales antagónicos: los propietarios o capitalistas, y los productores o proletarios. De igual forma con esta revolución industrial se afianza al sistema capitalista, en el cual la clase dominante, los propietarios, se enriquecen, mientras que la clase sometida, el proletario, los trabajadores, la gran mayoría de la gente común y corriente, se empobrece. Ante esta situación surgen distintas posturas críticas, como es el socialismo, el humanismo, pero éstos deben sobrepasar los márgenes de la teoría e ir a

---

<sup>151</sup> Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

la práctica. Frente a esta concepción aceptando muchos de los presupuestos del socialismo y del humanismo, como estudiante de la Jurisprudencia, considera que sea efectivo a la hora de la acción, de realizar una tesis que no permita injusticias y que regle una cierta igualdad entre las personas; y, que además, no excluya a las personas de su protagonismo que puede revolucionar las leyes y la Sociedad en definitiva; ya que son ellos los que en definitiva sienten el peso de las leyes y del enorme aparato opresor coercitivo del Estado. Por ello comparto que se puede observar que en el sistema capitalista, y por ende en el sistema judicial, se producen toda una serie de contradicciones sociales que están dirigidas a la explotación de la clase trabajadora, de la clase mas pobre, por lo general y en forma masiva y repetitiva; en donde entre los conceptos, como el de “hombre” queda reducido, alienado, sin dignidad, y mediatizado en el proceso judicial que se le superpone, por ser el poder judicial, un poder más de la superestructura estatal, dirigido a la opresión coercitiva de las masas. Por lo tanto, mi reacción a este modelo social injusto, en el cual el valor del hombre se ha reducido a su valor en como un proletario, un pobre, un ladrón, un vago, un molesto; y no se lo ha vislumbrado como un ser humano, con dignidad y valores intrínsecos, propios de su naturaleza humana.

## **7. METODOLOGÍA**

La realización del presente trabajo de investigación jurídico **“Fundamentos para la inadmisibilidad de la prueba prohibida y la prueba ilícita en materia penal”** es un trabajo descriptivo, analítico, que deduce y explica, así como se orienta a la obtención de información y exige el manejo de diversos métodos y técnicas para el desarrollo eficiente del tema a investigarse.

A continuación se describe los métodos y técnicas a utilizarse:

### **7.1. MÉTODOS**

De acuerdo a las expectativas y características del presente trabajo de investigación, he creído necesario aplicar una metodología, o serie de métodos, que me permitan llegar a conclusiones y resultados, que puedan demostrarse y ser lógicos; razón por la cual se utilizarán los siguientes métodos:

- **MÉTODO CIENTÍFICO:** Este método me será muy útil, por ser el método más apropiado en todo lo que implica para el planteamiento del problema, la formulación de objetivos tanto generales como específicos, por ser un procedimiento ordenado y lógico, que me permitirá la recolección de conceptos, principios, definiciones, leyes y normas generales acerca de los fundamentos para la inadmisibilidad de la prueba prohibida y la prueba ilícita en materia penal.

Este método científico me ayudará a exponer todo el sustento teórico, permitiendo



el desarrollo práctico y la estructura de la investigación. Parte de un problema, el cual tiene objetivos, hipótesis, análisis de campo, conclusiones y recomendaciones; satisfaciendo con ello los pasos de la metodología científica.

- **MÉTODO HISTÓRICO:** Este Método me ayudará a exponer y analizar todos los hechos y acontecimientos suscitados en el pasado en los diferentes Juzgados, Salas, Tribunales y Fiscalías de la Ciudad de Loja en lo concerniente de la prueba ilícita y la prueba prohibida. Procedimiento que me permite comparar y establecer semejanzas del fenómeno jurídico de la admisibilidad de la prueba ilícita y prohibida, y con ello llegar a conclusiones, tanto acerca de su origen histórico, como de su proyección a futuro. Retomo elementos conceptuales antiguos de la prueba, así como los comunes en los diferentes modos de producción del hombre en la humanidad; y los distingo, para contribuir en una propuesta de ley procedimental más sólida.
- **MÉTODO SINTÉTICO:** Permitirán describir, con una lógica ordenada, la situación actual del problema y su posible solución, procurando de su interpretación racional y el análisis objetivo del mismo; todo ello a través de la investigación bibliográfica y de los casos prácticos empíricos, que serán analizados con los datos obtenidos y serán organizados de acuerdo a lo que establece la estadística descriptiva, de tal forma que su análisis e interpretación nos dé una respuesta válida sobre el problema planteado sobre la prueba ilícita y la prueba prohibida.
- **MÉTODO INDUCTIVO:** Este método me ayudará a realizar el estudio de las variables independientes y dependientes, es decir explicar cada uno de los elementos del problema con el fin de formular conclusiones y recomendaciones

que sean tomadas en cuenta en lo posterior. Este proceso de inducción, me va a permitir estudiar primero, aquellos casos particulares, para revertirlos luego en principios aplicables a la realidad que se investiga.

- **MÉTODO DEDUCTIVO:** Utilizo este método porque me permitirá construir un procedimiento para admitir o no, la prueba ilícita y prohibida en el procedimiento penal ecuatoriano; esto lo hago partiendo de teorías científicas jurídicas, hasta lograr establecer su peculiaridad específica en los casos que voy a analizar, sobre la admisión de la prueba en el procedimiento penal. La doctrina, sus conceptos, y sus teorías acumuladas en los textos, me permiten establecer un límite e interpretar los hechos jurídicos; y de esta forma obtener un nuevo conocimiento o propuesta, como producto de mi razonamiento, que se encuentra condicionado por la práctica jurídica y la observación directa de la problemática planteada; así como por la teoría recibida en la Carrera de Derecho.
- **MÉTODO EXÉGETICO:** Este método lo utilizaré para realizar las interpretaciones, fijarles su verdadero sentido y explicaciones de las leyes, especialmente penales, en forma extensa; inclusive de las leyes de países vecinos o regionales, que me permiten elaborar la legislación o derecho comparado, en base a sus relaciones interpretativas que pueda establecer entre ellas. Me permitiré explicar los conceptos con interpretaciones críticas y completas de los textos normativos jurídicos, extrayendo el significado que el legislador trató de dar a la legislación que voy analizar; estas interpretaciones las voy a contrastar con mi experiencia personal u objetiva, que me he formado con mi visión de

casos prácticos; frente al análisis especialmente de palabras significativas, tomando textualmente lo que dice la ley sin salirme de ésta, o de las llamadas instituciones jurídicas básicas del marco de mi investigación, las cuales las examinaré histórica y culturalmente, para darles un sentido de límite en un contexto muy personal.

## **7.2. TÉCNICAS**

- **TÉCNICA BIBLIOGRÁFICA:** La técnica bibliográfica me ayuda a efectuar la revisión bibliográfica, seleccionando literatura sobre el tema, recopilando información de la doctrina jurídica. Esta técnica me ayudará a la recopilación bibliográfica de conceptos, leyes y principios generales acerca del problema planteado, para lo que utilizaré la técnica del fichero bibliográfico, compuesto de fichas bibliográficas y mnemotécnicas. Para la aplicación de ésta técnica de diseminación selectiva de la información científica, empezaré con la consulta de diccionarios jurídicos especializados, luego enciclopedias para ampliar las búsquedas, para después pasar a los libros y bibliografía especializada de revistas o publicaciones seriadas existentes en la Biblioteca de la Carrera de Derecho, inclusive las bibliotecas virtuales a las que tenemos acceso desde la Universidad Nacional de Loja.
- **ENCUESTA:** Consiste en formular un banco de preguntas que permitirá recopilar información para su posterior análisis. Para la presente investigación aplicare 30 encuestas a Abogados en libre ejercicio de la profesión y docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja; 30 encuestas a Secretarios de los Juzgados de garantías Penales, a Jueces de Garantías Penales, y a Jueces miembros

de los Tribunales de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja para requerir información acerca del problema planteado.

### ***7.3. POBLACIÓN Y MUESTRA***

Para la presente investigación constare con una muestra de 60 personas que confirmen y me demuestren los diferentes problemas actuales que se han dado y se vienen dando en la actualidad sobre las admisibilidad de pruebas ilícitas y prohibidas que se vienen dando en los diferentes procesos penales del universo a investigar.

## 8. CRONOGRAMA:

<b>Tiempo: año 2014</b> <b>ACTIVIDADES</b> (por semanas)	<b>Mayo</b> 1 2 3 4	<b>Junio</b> 1 2 3 4	<b>Julio</b> 1 2 3 4	<b>Agosto</b> 1 2 3 4	<b>Septiembre</b> 1 2 3 4	<b>Octubre</b> 1 2 3 4	<b>Noviembre</b> 1 2 3 4	<b>Diciembre</b> 1 2 3 4
Observación y Sondeo del Tema, reserva de Tema en la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja.	XXXX	XX--						
Diseminación selectiva de información científica, elaboración de fichas, redacción del proyecto y presentación para su aprobación y pertinencia.		XXXX						
Desarrollo y Redacción de la Investigación Teórica			XXXX	XXXX				
Aplicación de Encuestas y Entrevistas					XXXX			
Elaboración e impresión de los resultados						XXXX		
Revisión y corrección del borrador						--XX		
Presentación de la Elaboración del Informe Final							XXXX	
Audiencia del borrador - corrección							--XX	
Publicación y Disertación de la Tesis								XXXX

## **9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO**

Con la elaboración del presupuesto se tendrá una idea real de la cuantía operativa para ejecutar el presente proyecto de investigación y se requerirá los siguientes recursos:

### **9.1. RECURSOS:**

- **Recursos Humanos y Técnicos**

- La Investigadora: Fanny Elizabeth Salinas Livisaca
- Un director de tesis: Docente de la Carrera de Derecho.
- Jueces del Unidad Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja
- Secretarios de la Unidad Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja,
- Fiscales de la Ciudad de Loja.

- **Recursos Materiales**

Se dispondrá de materiales necesarios para la investigación como:

- Material de oficina o de escritorio.
- Computadora.
- Calculadora.
- Formatos de encuestas y entrevistas.
- Libreta de campo,

- Copias e impresiones etc.

- ***Recursos Bibliográficos***

La adquisición de bibliografía como:

- Libros ( diferentes Bibliotecas)
- Internet
- Constitución de la República del Ecuador
- Código Orgánico Integral Penal

- ***Recursos Económicos***

Los valores monetarios necesarios se estiman en U\$ **990,00** dólares los mismos que se detallan a continuación:

<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>TOTAL</b>
<b>Adquisición de bibliografía</b>	200,00
<b>Suministros y material de oficina.</b>	60,00
<b>Gastos de movilización o Transporte</b>	60,00
<b>Digitación e impresión de textos</b>	80,00
<b>Derechos</b>	120,00
<b>Anillado</b>	40,00
<b>Copias (encuestas)</b>	40,00

<b>Flash memory</b>	15,00
<b>Borradores del proyecto</b>	85,00
<b>Internet</b>	60,00
<b>Copias del proyecto</b>	80,00
<b>Copias y empastado de la tesis final</b>	50,00
<b>Varios e Imprevistos</b>	100,00
<b>TOTAL</b>	<b>990.00</b>

- *Recursos Financieros*

Los valores necesarios para la realización de la presente investigación serán cubiertos en su totalidad por la autora.



## 10. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar J., Rodolfo. La verdad y la Prueba en Materia Penal. Loja, Ecuador. 1998.
- Cabanellas de la Torre, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Edición actualizada, corregida y aumentado año 2011, Editorial Heliasta.
- Chanján, Rafael H. La Prueba Prohibida en la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Alerta Informativa. Lima, Perú. 2011.
- De Vicente y Caravantes, José; Sancho de Llamas y Molina. Comentario Crítico, Jurídico, Literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro, Volumen 2. Editorial [Castile](#), España, 1853.
- Duran Díaz, Edmundo. Manual de Derecho Procesal Penal. Volumen I, EDINO 1992.
- Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.
- *Edwards*, C. La prueba ilegal en el proceso penal. Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina. 2000.
- Manual de Practica Procesal Penal, La etapa del Juicio: La Audiencia d Debate; La Prueba y la Sentencia en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, Estudio Detallado del Proceso Penal Ecuatoriano, Primera Edición. Quito Ecuador 2002.
- Osorio Fernández, Frank Surriel. Doctrina "del fruto del árbol envenenado". Editorial Ejea, Buenos Aires, 2012.
- Piscoya Silva, José. Procedimiento de Exclusión de la Prueba Ilícita. Derecho y Cambio Social. Lima, 2012.
- Vocabulaire Juridique, 7ma. Ed. Editor GERARD CORNU, editorial PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, París, Francia, 2005.
- Zavala Baquerizo, Jorge. El Debido Proceso Penal, Editorial EDINO, 2002.
- Zavala Baquerizo, Jorge Enrique. La Pena. Cámara Ecuatoriana del Libro, núcleo de Pichincha. Quito, 2005.