

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Procesal

La relevancia jurídica de la exclusión de la prueba en materia penal

Kevin Daniel Arcos Tigsé

Tutor: Christian Rolando Masapanta Gallegos

Quito, 2020

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Kevin Daniel Arcos Tigsé, autor del trabajo intitulado “La relevancia jurídica de la exclusión de la prueba en materia penal”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

30 de abril de 2020

Firma: _____

Resumen

La prueba ha constituido un presupuesto jurídico elemental para alcanzar la verdad, se convierte en el pilar fundamental para la administración de justicia y es precisamente en base a ésta que los juzgadores dirimen sus decisiones; por ello, la importancia de que la prueba deba ser válida y efectiva, pertinente y admisible, respetando las garantías y principios fundamentales del ser humano; por lo contrario, toda prueba que se haya obtenido indebidamente, ya sea por manipulación o mediante la violación de la Constitución, la ley o los principios que rigen la actividad probatoria, no tendrá validez alguna, menos aún para producir una convicción resolutoria. En la actualidad la premisa es alcanzar la verdad real de los hechos, sacrificando garantías fundamentales, provocando pruebas ilícitas actuadas con violación a las leyes, razón por la cual, es necesario reconsiderar el papel fundamental que tiene los actores procesales, de conocer el momento oportuno para solicitar una exclusión probatoria, recordemos que el andamiaje procesal se construye para alcanzar una verdad procesal, que en apego irrestricto al principio de eficacia probatoria, y que permita obtener una plena y perfecta coincidencia entre lo real sin que esto signifique vulnerar derechos; la íntima relación que tiene la prueba, la verdad y la justicia, ha sido configurada mediante una fórmula axiológica que sostiene que la justicia es condición de la verdad, de manera que la verdad – para ser verdadera- debía ser justa y la justicia - para ser justa- debía ser verdadera.

Palabras clave: prueba, exclusión probatoria, prueba ilícita, prueba ilegal, derechos fundamentales, regla de exclusión

La presente tesis y toda mi carrera universitaria se la dedico a Jesucristo, mi Señor y Dios, por enseñarme el camino correcto de la vida, guiándome y fortaleciéndome cada día con su Santo Espíritu, a mi madre Cecilia Tigsé manantial de ternuras, porque las cosas más simples y más bellas de la vida, comenzaron para mí, en los brazos sagrados de ella, quien con devoción infinita, me enseñó el verdadero significado del amor, el honor y la superación constante; me inclino reverentemente al sacrificio, al ejemplo indeclinable y a la abnegación de esa gran mujer. A mis dos compañeras, cómplices y amigas, las mismas que compartieran los juegos infantiles, las risas y los llantos prendidos al botón de los recuerdos Anny y Katty, mis hermanas tan queridas que Dios me puso en el camino, para dulcificar las penas y compartir las alegrías. A la memoria de mi padre Genaro Arcos, quien se ha convertido en la luz que alumbra mis momentos más oscuros, por darme lo mejor de la vida, raíces para ser fuerte y alas para volar.

Agradecimientos

Primero, dar gracias a Dios, por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el período de estudio, por darme las fuerzas necesarias en los momentos en que más las necesité y bendecirme con la posibilidad de caminar a su lado durante toda mi vida. Mi gratitud profunda para la Universidad Andina Simón Bolívar, en especial, quiero rendir un homenaje de gratitud, a mi Director de Tesis, el Doctor Christian Masapanta Gallegos, que tanto en las aulas como en este trabajo, demostró su vocación inquebrantable de docente. Finalmente quiero expresar mi gratitud muy sentida a Estefany Nataly López Villavicencio, que siempre se encuentran a mi lado apoyándome en cada paso que doy.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero La prueba y su relevancia en el proceso penal	15
1. Historia de la Prueba	15
1.1 Sistema Penal Acusatorio y su importancia de la validez probatoria	17
2. Concepto de la prueba y su aplicación en el proceso penal.....	19
3. Teoría del delito y su relación con la prueba	22
3.1. Relación de la prueba con las categorías dogmáticas del tipo penal.....	26
4. Principios de la Prueba	27
4.1 Principio de Oportunidad de la Prueba	27
4.2 Principio de Inmediación de la Prueba.....	28
4.3. Principio de Contradicción de la Prueba	29
4.4. Principio de Libertad Probatoria.....	31
4.5. Principio de Pertinencia de la Prueba	32
4.6. Principio de Exclusión de la Prueba.....	34
4.7. Principio de Unidad de la Prueba.....	35
5. Objeto de la Prueba.....	37
5.1 Hechos que no requieren Prueba	39
5.2 Los Hechos que sí Requieren Prueba.....	40
6 Medios de Prueba	40
6.1 Prueba Documental (El documento)	41
6.2 Prueba Testimonial (El testimonio).....	43
6.3 Prueba Pericial (La pericia)	45
6.4 Prueba Material	47
7 Distinciones entre indicio, elemento de convicción y prueba.	50
Capitulo Segundo La prueba ilícita penal	53
1. Teoría del Fruto del Árbol Envenenado.....	54
2. Exclusión Probatoria	62
2.1. Obtención Irregular.....	63

2.2. Incorporación Irregular	64
3. Prueba ilícita.....	65
4. Prueba ilegal.....	70
5. Diferencias entre prueba ilícita y prueba ilegal.....	73
6. Las pruebas y la vulneración de los Derechos Fundamentales	74
6.1. Inviolabilidad de la Dignidad Humana (la vida y la integridad física)	75
6.2. Inviolabilidad de la Intimidad.....	80
6.3. Inviolabilidad del Domicilio (Propiedad).....	85
6.4. Inviolabilidad de las Comunicaciones	89
Capítulo Tercero La ilicitud de la prueba por vulneración de los derechos fundamentales	95
1. Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita.....	98
2. Prueba ilícitamente obtenida	100
3. Reglas de Excepción a la Exclusión Probatoria.....	104
3.1. Teoría de la fuente independiente (independent source doctrine)	105
3.2. Teoría del descubrimiento inevitable (inevitable discovery):.....	107
3.3. Vínculo Causal Atenuado (purged taint).....	111
3.4. Prueba obtenida de buena fe (good faith).....	113
4. Ventajas y desventajas de la regla de exclusión	116
5. La Prueba Generadora de la Verdad.....	118
Conclusiones.....	121
Bibliografía.....	125

Introducción

Desde muchos años atrás, el sistema procesal penal ecuatoriano, ha venido aplicando medios de prueba como mecanismos necesarios para la investigación, imputación y sanción de un delito que atente contra un bien jurídico protegido y tutelado por el Estado; estos medios de prueba, si bien es cierto, han sido premisas fundamentales al momento de realizar una imputación penal, pero sobre todo permite que el juzgador tenga una certeza de la verdad procesal, cada uno de ellos deben ser obtenidos en estricto apego a los derechos y garantías constitucionales y legales, caso contrario estos mecanismos probatorios en lugar de ser la fuentes y sustentos de validez jurídica, se convertirían en medios de injusticia dentro de un proceso penal.

Adentrándonos específicamente en la prueba como un presupuesto jurídico elemental para alcanzar la verdad, es menester destacar que la misma constituye un aspecto esencial dentro del campo procesal general, más aún si le simplificamos al ámbito Procesal Penal, toda vez que en base a ésta, los Jueces pueden determinar si sus sentencias, son justas o injustas; por ello, surge la necesidad de que la prueba en su momento oportuno sea válida y efectiva, pertinente y admisible, generada conforme a derecho, respetando las garantías del “debido proceso”,¹ y sobre todo en concordancia con el principio de eficacia probatoria.

En este sentido el tema central de la presente investigación radica básicamente sobre la prueba y las exclusiones a la misma ya sean por haber sido obtenida ilícitamente, o en su defecto cuando pueden ser valoradas por el juzgador; previo a este análisis es importante tener claro el termino prueba desde su origen, analizar su conceptualización, establece cuáles son sus principios elementales y en general las distintas aristas que se desprenden de este tema.

¹ "Debido Proceso: hace referencia a lo que debe ser el proceso según los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo, la justicia. La denominación que más se le aproxima es la de proceso justo". *

* José María Tijerino, *Debido Proceso y Pruebas Penales*, Revista de Ciencias Penales, disponible en <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera>;

Capítulo primero

La prueba y su relevancia en el proceso penal

1. Historia de la Prueba

Pues bien, para iniciar el desarrollo del tema propuesto es menester abordar los orígenes de la prueba como institución jurídica procesal, a fin de comprender las fases evolutivas por las que atravesó “la prueba” como tal; en este sentido podemos acotar que ésta, se encuentra más o menos arraigada en la historia europea, se conoce que su origen tuvo lugar en Roma, así como lo explica Hernando Devis Echandía que nos dice: “En la Roma antigua la materia de las pruebas sufrió una evolución analógica a la que se presenta en general el proceso y la administración de justicia”.²

En aquella época se consideraba al Juez como un árbitro popular, quien tenía la plena libertad para apreciar y valorar las pruebas aportadas por las partes; esta primera etapa es conocida como “per legis actiones”, donde se admitían como medios probatorios el testimonio, prueba casi exclusiva de quienes gozaban de los derechos de ciudadanía, así también se contaba con pruebas documentales, juramento, pero sobre todo imperaba la libre apreciación del juzgador.

Ya más adelante en la misma Roma, el árbitro popular pasaría a representar al Estado en lo que respecta a la función de administrar justicia, ya para esta etapa el Juez cuenta con atribuciones para interrogar a las partes y sobre todo puede determinar a quién le corresponde la carga de la prueba, sin embargo en esta etapa se da un retroceso, pues empezaría aparecer textos legales como guías para la práctica de justicia, dicho en otras palabras el inicio del positivismo jurídico, en la cual se quitan facultades al juez para valorar la prueba libremente y se empieza a imponer reglas “No puede negarse que durante el imperio rigió la tendencia a disminuir la libertad del juez en la apreciación de las pruebas y a imponer reglas preestablecidas para muchos casos”;³ a pesar de este retroceso se puede decir que aun los Jueces aun mantenían tendencias a encontrar la verdad real.

² Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t.1, (Bogotá: Editorial Temis, 2002), 49.

³ *Ibíd.*, 49.

Luego de la caída del Imperio Romano y siguiendo las líneas jurisprudenciales del antiguo derecho germano, llevadas por la Iglesia que predominaba en aquel entonces, podemos reducir conceptualmente que para los pueblos germánicos “la prueba era un medio utilizado para persuadir al juez, quien generalmente podía valorar con libertad”⁴, los jueces aparecen como investigadores del derecho y como un conductor general de los debates, en esta etapa aún no se distinguía lo penal de lo civil, sino que dejaban que las partes que traten sus temas de forma libre, quienes luego de un proceso tomaban la decisión conocida como mandamiento (actualmente se la puede relacionar como una sentencia) la misma que debía ser acatada por las partes, dicho de otra forma “Se trata de un procedimiento que no autoriza a colocar un tercer individuo sobre los dos adversarios a la manera de un elemento neutro que busca la verdad intentando saber cuál de los dos no miente”.⁵

Finalmente en el periodo FRANCO, resalta como medio probatorio a más de las que hasta ese momento se utilizaban “el combate o duelo entre los testigos con el fin de probar”;⁶ esto con la intención de que el juzgador o conocido en el aquel entonces como “escabino”;⁷ tenga los medios probatorios necesarios para su valoración, sin embargo aún podía usar su convicción más allá de las pruebas aportadas; no obstante esta tendencia se vería opacada por la introducción del derecho canónico quienes inspirados en el Derecho Romano de la segunda etapa antes explicado y contradictoriamente a los escabinos, se impedía al Juez que valore libremente la prueba, sino que tienen una apreciación jurídica que se vayan sujetando a las reglas prescritas.

Es así que la prueba y su valoración como institución va tomando forma hasta llegar a la edad media; como se ha dicho, del Derecho Romano pasando por el Derecho Germánico hasta llegar al Derecho Canónico, constituyen una de las primeras fuentes sistemáticas, de ahí que se dio paso a que la prueba sea considerada para obtener un argumento lógico, donde el sistema probatorio se basa en principios de carga de la prueba y la plena identificación de lo probable con lo éticamente preferible y sobre todo que los juzgadores tengan una libre valoración de la misma; sin embargo a partir del siglo XIII, comienza el declive en lo que respecta a estas premisas y es precisamente en esta época donde aparece el concepto de lo probable sobre las bases objetivas “la

⁴ Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t.1, 51.

⁵ Enrique M. Falcón, *Tratado de la Prueba*, t.1, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003), 47-48.

⁶ *Ibíd.*, 48.

⁷ “Scabini: [...] titulares de la jurisdicción, es decir, tenían el poder del Estado para decidir la controversia planteada entre ellos”. *

* Falcón, *Tratado de la Prueba*, t.1, 47

libertad de apreciación del juez comienza a aparecer arbitrarias y demasiado objetiva, tal vez por la imprecisión general de los jueces, lo cual conduce a la fijación, por el legislador”;⁸ dicho de otra manera, se empieza a observar la pérdida de valoración que tenían los jueces, esto por fijaciones impuestas por el legislador a través de las leyes; empieza pues así a enfocarse un estudio de pensamiento formalista entre los jueces, quienes actúan en base de la ley.

Es precisamente en este sentido y siguiendo las líneas históricas ya mencionadas, los orígenes de la prueba parten del Derecho Romano, luego por el Derecho Germánico, así mismo utilizan la ley como fuente primordial, en la cual los jueces procuran interpretar cual fue la voluntad del legislador y sobre todo son estos los que se encuentra limitados a lo establecido en textos legales, coartando así su libre valoración en lo que a la prueba se refiere, impidiendo que tengan criterio propio en sus sentencias sobre todo impidiendo que lleguen a establecer la verdad real.

Con este preámbulo y a los largo de los años se ha podido conceptualizar a la prueba, como parte fundamental del sistema procesal y más aún del campo penal, puesto que en base a ésta podemos alcanzar la verdad procesal; partiendo de este análisis y compartiendo el criterio del tratadista Francesco Carrara que define a la prueba como “todo aquello que nos sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición”;⁹ podemos deducir que en base a este elemento justificativo, se puede obtener certeza y convicción de un hecho que permita demostrar la existencia de un delito y los responsables del mismo.

1.1 Sistema Penal Acusatorio y su importancia de la validez probatoria

El sistema acusatorio tiene gran importancia en el ámbito penal, ya que son las partes quienes deberán probar cada una de sus aseveraciones al juzgador, dejando de esta forma a un lado el sistema inquisitivo penal en el que el juez investigaba, ordenaba prueba, y finalmente sancionaba.

“El sistema acusatorio es aquel sistema de persecución penal en el cual se encuentran separadas las funciones de investigación, acusación y resolución de un

⁸ Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t.1, 59.

⁹ Franceso Carrara, *Programa de Derecho Criminal: Parte General*, (Bogotá: Editorial Temis, 1993), 87.

hecho ilícito, asegurando con aquello la imparcialidad, independencia, igualdad y legalidad del actuar punitivo del Estado”.¹⁰

En el sistema penal acusatorio, se deben distinguir tres presupuestos que lo caracterizan, el primero de ellos es la oralidad, esta se consagra como principio de rango constitucional, establecido en el artículo 168, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, en el cual se dispone que para la sustanciación de cualquier proceso judicial, se llevaran a cabo mediante el sistema oral, esta connotación ha tenido lugar toda vez que, a más de ser una herramienta o mecanismo para la fluidez procesal, se establece también como un medio de administración de justicia, sin que esto lleve a una posible violación de otros principios procesales.

El segundo presupuesto tiene que ver con el cumplimiento de los derechos humanos, en cierta forma este es un aspecto de igual importancia que el anterior, va de la mano con tratados y convenios internacionales, los cuales garantizan que la administración de justicia sea rápida y expedita, que las audiencias se las realizan de manera pública de ser el caso, que las partes estén integradas por: ente público quien ejerce la acusación (Fiscalía), la defensa en favor del procesado (Defensoría Pública) y un tribunal de enjuiciamiento integrado por uno o tres jueces, quien decidirán la controversia; de igual manera se debe garantizar una justicia alternativa con el cual las partes puedan llegar a un acuerdo, de ser necesario apoyadas por centros especialistas de mediación; así mismo se debe garantizar la “presunción de inocencia”;¹¹ en el cual todo imputado tendrá derecho, hasta que se demuestre lo contrario; por último podemos hablar de una justicia restaurativa orientada a la víctima en el que se vea reflejado una reparación integral por los daños ocasionados.

El tercer presupuesto tiene que ver con la prueba, esta se encuentra íntimamente relacionada con la oralidad y con el cumplimiento de los derechos humanos, la prueba en el sistema penal acusatorio, aborda tres acepciones: a) La prueba desde una perspectiva de derechos; b) la prueba desde una perspectiva procedimental; y c) La prueba desde una perspectiva epistemológica. La primera tiene que ver el derecho a la

¹⁰ Emma Patricia Flores, *La Importancia del Sistema Acusatorio Dentro del Estado Democrático del Derecho Guatemalteco*, 15 de septiembre de 2016, http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7839.pdf

¹¹ “Presunción de Inocencia: es definida como aquel principio penal que establece regla general la inocencia de la persona. Conviene señalar que ello implica que solo a través de un proceso o enjuiciamiento justo debe demostrarse la culpabilidad del procesado, y so lo así el juez podrá aplicarle la pena o sanción correspondiente”. *

* Alfredo Ruiz Guzman y otros, *Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional*, (Editorial: Corte Constitucional del Ecuador, 2017), 35.

prueba, que tiene las partes a través de un debido proceso y rigiéndose a la regla de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas, es decir aquellas que vulneran derechos; la segunda regula lo concerniente al descubrimiento de elementos de convicción que luego pasan a ser consideradas elementos probatorios, a obtener, realizar e incorporar en los respectivos momentos procesales, hacer que estas sean públicas para las partes, normaliza los acuerdos probatorios, la tercera básicamente tiene que ver con la valoración que el juzgador le da a la prueba.

En este sentido podemos decir que varios principios van de la mano al sistema acusatorio, los cuales permiten tener mayor confiabilidad en la administración de justicia, tales como: inmediación, concentración, publicidad, oralidad, contradicción

Es en base a cada uno de estos principios que las partes actuarán dentro del proceso penal, recordando que es la Fiscalía quien constitucionalmente tiene la potestad de la persecución penal, y le corresponde probar los hechos imputados, respetándose de esta forma la presunción de inocencia reconocida también en el ámbito constitucional.

Con todo lo mencionado podemos decir que la prueba en el sistema acusatorio se genera a solicitud de parte, y dicho ofrecimiento de prueba a de enunciarse en la audiencia preparatoria, prueba que ha de obtenerse respetando los derechos constitucionales y legales, siendo el juez quien ante las alegaciones de las partes puede resolver sus pedidos de inadmisibilidad de la prueba o lo que nosotros lo llamamos como exclusión, tema del cual con posterioridad me referiré.

La importancia del sistema acusatorio radica en que son las partes quienes le dan vida al juicio, y el juzgador simplemente resolverá sobre las alegaciones de las mismas.

2. Concepto de la prueba y su aplicación en el proceso penal

La Real Academia Española, define a la prueba como: “Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo”;¹² y en un sentido jurídico concordante con la misma fuente, indica que “Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley”.¹³

¹² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición. 1992, Tomo II, 116.

¹³ *Ibíd.*, 16.

En materia penal, el término prueba tiene una connotación de trascendental importancia, por lo que existe abundante doctrina respecto al tema; Carabantes colige la opinión de varios tratadistas sobre su etimología y sostiene que esta palabra proviene del adverbio “*probe*”, que significa honradamente, por considerarse que quien prueba obra con honradez sus pretensiones; y, según otros, prueba proviene del vocablo “*probandum*” de los verbos recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe.

Marco Díaz de León, en su obra *Tratado sobre las Pruebas Penales*, al referirse a la prueba indica que “es la necesidad ineludible de la demostración, de verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso”.¹⁴

De lo anotado, se desprende que la prueba está destinada a encontrar la verdad de las afirmaciones o proposiciones que se aportan dentro de una acción judicial, mediante la investigación y verificación de los elementos o vestigios que permitan obtener una decisión justa por parte del juzgador.

Otra acepción, es la planteada por el tratadista Martínez que al referirse a la prueba la define como: “el examen y exactitud, argumento y demostración, operación mental que confirma y justifica, razonamiento que funda la verdad de una proposición que exige la evidencia que el teorema reclama y necesita [...]”.¹⁵

La prueba como se ha justificado, es parte fundamental de todo proceso judicial, por lo que es considerada para algunos autores, como el alma del litigio toda vez que el éxito de ésta, radica en descubrir la existencia del objeto de la imputación criminal conocida como delito.

Dentro de una perspectiva jurídica – procesal la prueba según Devis Echeandía es el “conjunto de motivos o razones, que de los medios aportados se deducen y que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso”.¹⁶

Carnelutti, respecto al tema indica que “el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos, constituye, pues, la institución jurídica de la prueba”.¹⁷

De acuerdo al criterio de Bentahm, al referirse a la prueba, sostiene: “En el más amplio sentido de esa palabra, se entiende por tal un hecho supuestamente verdadero

¹⁴ Marco Antonio Díaz de León, *Tratado sobre las pruebas penales*, Ed. Sexta, (México: Editorial Porrúa, 2004), 322.

¹⁵ Ángel Martínez, *Filosofía Jurídica de la Prueba*, (México: Editorial Porrúa, 1995), 5.

¹⁶ Hernando Devis Echeandía, *Compendio de la Prueba Judicial*. Tomo I, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2000), 16.

¹⁷ Francesco Carnelutti, *La Prueba Civil*, Segunda Edición, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000), 44.

que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de un hecho”.¹⁸

Como podemos denotar el término prueba dentro de la doctrina no tiene un sentido uniforme, así para muchos tratadistas, la prueba no solo radica en la actividad propiamente dicha, de obtener vestigios en la investigación, sino también, el medio por el cual es obtenido y principalmente el resultado de dicha actividad.

De lo anterior y con la finalidad de precisar los diferentes criterios del término prueba, se ha planteado dentro de la doctrina tres posibles consideraciones que enfocan el objeto de ésta desde varias perspectivas: 1. La que considera como fin de la prueba establecer la verdad; 2. La que estima que con ella se busca producir el convencimiento del juez o llevarle a la certeza necesaria para su decisión; y, 3. La que sostiene que persigue fijar los hechos del proceso.

Un adagio forense expresa que tanto vale no tener un derecho, como tenerlo y no poder probarlo, es por ello que sostienen que el arte del proceso es esencialmente el arte de administrar pruebas.

En este sentido y de forma concluyente se puede inferir que la prueba se configura como el medio para alcanzar la demostración de la verdad de una proposición o afirmación, que en apego irrestricto al principio de eficacia probatoria, así como, de la lógica y la razón, permitirá al Juez llegar a la certeza de los indicios y evidencias, lo que tendrá como resultado una decisión justa y proporcionada conforme el delito o infracción, evitando de esta forma el error judicial y la impunidad, para desarrollar estándares de justicia justa y restaurativa.

Claro está, que con el proceso penal se busca la verdad sobre la culpabilidad del procesado, a través de las pruebas, ya que la inocencia del mismo al ser un derecho constitucionalmente reconocido se tiene como verdadera hasta que se demuestre lo contrario; sin que esto exima de la responsabilidad que tiene el titular de la acción de aportar con elementos de descargo, atenuantes o eximentes dentro del caso.

Finalmente, la prueba es generadora de conocimiento y convencimiento para el juzgador, y mientras una parte procesal se vale de la misma, para efectuar una reconstrucción de lo sucedido; la defensa debe generar duda de la historia sostenida por la contraparte. Así la prueba no es algo que pertenezca al proceso penal, sino a las partes con la finalidad de sustentar sus hipótesis; “[...] las pruebas, son el núcleo más

¹⁸ Jeremías Bentahm, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, 1ar ed., (Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2002), 11.

esencial del derecho, pues un proceso penal, cualquiera sea el sistema que lo gobierne, propende al descubrimiento de la verdad histórica, esto es, de un hecho que sucedió en el pasado”;¹⁹ queda claro que la junción del juzgador, no se limita al conocimiento del derecho o a un direccionamiento del proceso, sus decisiones de las cuales dependerán el descubrimiento de la verdad, giran en torno a las pruebas proporcionadas por los sujetos procesales.

3. Teoría del delito y su relación con la prueba

Se había dicho que existen aspectos importantes que representan a la noción de prueba, desde un punto formal, que básicamente consiste en que medios probatorios se utilizan para llevarle al juez el conocimiento de uno o varios hechos; su contenido sustancial, es decir que de esos medios probatorios se pueda deducir a favor la existencia o inexistencia de un determinado hecho; y por último el subjetivo, que básicamente trata en el convencimiento que tiene el juez, quien concluye si hay o no la prueba suficiente para establecer determinados hechos²⁰; en este sentido podemos deducir que dichos aspectos tienen estrecha relación con la ya conocida teoría del delito, puesto que es el camino que obligadamente se sigue para establecer si una persona es responsable o no de un determinado hecho punible; dicho en otras palabras es “la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de las decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado Constitucional de Derecho”.

Pero que entendemos por teoría del delito, para el tratadista Francisco Muñoz Conde, la teoría del delito “es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana”²¹, agrega además que es un “sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se va elaborando a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito”²²; es decir que la teoría del delito es un conjunto de ordenado y lógico de preguntas, que funcionan como una

¹⁹ Jan Karlo Caycho Mendoza, *La Prueba en Proceso Penal*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986), 18.

²⁰ Florián Eugenio, *De las pruebas penales, Tomo I, 3 edic*, (Bogotá: Editorial Temis, 1982), 43.

²¹ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2004), 203.

²² *Ibíd.*, 205

herramienta jurídica empleada para determinar la existencia de un determinado delito a partir de la conducta de un individuo.

Se ha dicho que la teoría del delito es un sistema que representa un conjunto ordenados de conocimientos conocidos como hipótesis, éstas deben ser probadas y demostradas a través de la prueba, es en este punto donde la prueba se entrelaza con teoría del delito, siendo esta la herramienta indispensable para atribuir la responsabilidad penal a una persona por la comisión u omisión de un hecho catalogado como delito, convirtiéndose también en una garantía para la persona a quien se le atribuye el cometimiento del delito.

En ese razonamiento la teoría del delito no es más que la captación de la norma sobre la acción u omisión en la que puede adecuarse una conducta humana, siendo de alguna forma considerada como penalmente relevante; ahora bien, ¿qué sentido tiene la teoría del delito frente al aspecto probatorio?, su relevancia es fundamental puesto que la prueba debe ser concordante y pertinente en la aportación del tipo penal que se pretende sostener y acusar por parte del titular de la acción penal pública (fiscalía).

El tipo penal va ligado tanto al contexto de la adecuación de la conducta de una persona a la norma, como al caso en concreto, es decir, a lo largo del camino del hecho delictivo, la prueba debe aportar con cada una de las construcciones dogmáticas del tipo penal que se pretende sostener ante el juzgador, en este sentido, la prueba deberá contribuir de alguna forma con la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable.

De una forma breve, a fin de tener una construcción de la teoría del tipo penal, abordaremos conceptualizaciones básicas de cada una de dichas categorías dogmáticas que componen una conducta penalmente relevante.

Tipicidad. - parte de la composición y captación de la norma de aquellas conductas consideradas como delictuales, para Enrique Bacigalupo “son descripciones de acciones que infringen la norma que prescribe “no matarás”; realizar un tipo penal significa llevar a cabo la conducta por él descrita como lesiva de la norma.”²³; agrega además que “es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma”²⁴; en tanto que, para Zaffaroni define a la tipicidad como “un instrumento legal, lógicamente necesario, y de naturaleza predominantemente

²³ Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, (Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1994), 80

²⁴ *Ibid.*, 80

descriptiva que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes”²⁵; los tipos penales al ser captaciones normativas, no sólo están compuestos de elementos positivos, sino también negativos, en lo que respecta al primero son aquellos que deben concurrir, y en relación al segundo son aquellos que no deben ocurrir, a más de que contiene todo un aspecto objetivo y subjetivo que debe ser concatenado para la configuración de una tipicidad.

Al sostener que se debe cumplir con aspectos de tipicidad objetiva, nos referimos a que la conducta de la persona a de subsumirse a cada uno de los elementos contenidos en el tipo penal, desarrollándose la existencia de elementos básicos, como la existencia de un sujeto activo, un sujeto pasivo, verbo rector, elementos normativos y valorativos del tipo penal, configurándose de este modo la tipicidad objetiva, para posterior analizar aquella tipicidad subjetiva, en la que se atraviesa por el camino de conductual doloso o culposo, pudiendo incluso presentarse en el mismo el error de tipo, ya sea invencible o vencible.

El objeto de la investigación de esta tesis es el estudio es la prueba, por ende, no abordaremos a profundidad en cuanto a lo antes mencionado, pero si haremos un énfasis en que la prueba, debe contribuir a la categorización dogmática del tipo penal, aportando a sostener la existencia tanto objetiva como subjetiva del tipo, que en el caso de fiscalía pretende acusar; la inocencia al ser un estatus y para otros un derecho del procesado, no tiene porqué ser demostrada, por ello, es que la carga probatoria y la construcción de la tipicidad como primera categoría dogmática de una conducta penal, es obligación de fiscalía; sin embargo, si la defensa sostiene como teoría del caso aspectos de error de tipo, la prueba también jugará un rol fundamental dentro del proceso penal y esa construcción teórica, ya que deberá aportar al juzgador con el conocimiento necesario de que la persona en su accionar u omisión ha sido por error.

Siendo concluyente en todo sentido que la prueba aporta a la construcción dogmática y teoría del caso que las partes dentro de un proceso penal pretenden sostener ante el juzgador.

Antijuridicidad. - dentro de esta categoría, se considera que la acción u omisión realizada por el sujeto activo, no se encuentra legalmente justificada. Y que su conducta vulnera derechos constitucionalmente protegidos, “la antijuridicidad es una teoría de la

²⁵ Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, (Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 1999), 254

adecuación al derecho, es decir, una exposición de aquellos hechos, que, a pesar de la realización del tipo, no son antijurídicos en el caso concreto, y, por tanto, irrelevantes para el derecho penal”²⁶; Enrique Bacigalupo considera que lo correcto “es plantear primero el problema de la tipicidad; así vemos que la antijuricidad se da o no se da: un hecho típico está justificado o no lo está, o sea, no existen grados de antijuricidad: los hechos no pueden ser, comparativamente considerados, más o menos antijurídicos, deben ser del todo contrarios a la norma para que posean esta característica”²⁷.

Zaffaroni llama “injusto”; de tal forma que el injusto no es más que una conducta típica y antijurídica, y para que ese injusto adquiriera la valoración de culpable debe contar el tercer carácter de la conducta, la culpabilidad”²⁸; de lo citado, para algunos autores no se puede separar la tipicidad de la antijuricidad, porque una conducta para ser considerada típica debe ser antijurídica, es decir no justificada, sin embargo, nuestra posición radica en que la categoría dogmática de la antijuricidad permite analizar algún tipo de justificación a la conducta humana realizada.

Entre las causas de justificación algunas legislaciones han adoptado las siguientes, como la legítima defensa, estado de necesidad, órdenes de autoridad superior, ahora bien, para que se pueda considerar la justificación de la conducta, ha de cumplirse con los presupuestos determinados en la norma para cada una de las exclusiones de antijuricidad.

En cuanto a la prueba, ésta indudablemente tiene que seguir de la mano, ya sea para el fiscal que pretende mantener una acusación en contra de una persona, en la que aportará con aspectos de no justificación alguna, que permitan avanzar a la siguiente categoría dogmática penal como la culpabilidad; mientras que, para la defensa si pretende sostener causales de justificación, la prueba deberá aportar a la adecuación tanto objetiva como subjetiva de los requisitos de la causal que pretenda sostener; por ello, la relevancia de la prueba en la construcción del hecho delictivo para el fiscal, como para la defensa de la negativa del mismo.

Culpabilidad. - bajo esta categoría, se considera que la conducta del individuo, debe ser reprochable, por ende, amerita una sanción, en este sentido Eugenio Zaffaroni

²⁶ Ricardo Nieves, *Teoría Del Delito y Práctica Penal: Reflexiones Dogmáticas y Mirada Crítica*, (Buenos Aires: Ministerio Público, Escuela Nacional del Ministerio Público, 2010), 55

²⁷ Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, (Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1994), 89

²⁸ Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, (Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 1999), 257

considera que: “la culpabilidad es de carácter normativo, fundado en la convicción de que el sujeto podría hacer algo distinto a lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias que lo hiciera”²⁹; sin embargo, dentro de esta categoría dogmática es menester también analizar aspectos, como inimputabilidad, conciencia de la antijuridicidad, y la inexigibilidad de otra conducta.

En el caso de la inimputabilidad, conlleva a esa capacidad mental, e intelectual con la que el individuo actúa, y la propia ley establece aquellas personas que, por su edad, condición física o síquica puedan ser considerados como inimputables, por ende, no meritorios de una sanción en su accionar.

En cuanto a la conciencia de la antijuridicidad, nos referimos al error de prohibición en el cual pueden actuar algunas personas, considerando que su accionar es lícito y no delictual, siendo este también vencible o invencible.

La inexigibilidad de otra conducta, nos conlleva a analizar si le es o no exigible al sujeto de acuerdo a las circunstancias del caso, actuar o no de esa forma; aspectos dogmáticos que deben ser valorados previos a determinar una resolución penal por parte del juzgador.

3.1. Relación de la prueba con las categorías dogmáticas del tipo penal

Finalmente, podemos decir, que la prueba como constructora de una verdad y generado de conocimiento de un hecho, debe estar acorde e ir de la mano con el tipo penal que se pretende sostener en una audiencia; si bien la prueba, como tal se la desarrolla en el juicio, esto no quiere decir que las otras etapas procesales penales no tengan relevancia jurídica, todo lo contrario, ya que, desde la investigación penal, cada diligencia, cada indicio, cada elemento de convicción debe configurar a la aportación del tipo penal, caso contrario si no van de la mano, no existiría un verdadero caso que exponer ante un tribunal.

Insistiendo que la carga probatoria la tiene el titular de la acción penal pública, y su tarea no es fácil, porque toda diligencia requerida, tendrá que ser pertinente a la determinación de la teoría del tipo penal que pretende sustentar. Sin que esto implique que la defensa, en todo el camino penal y sus etapas, también pueda generar y producir la misma, tendiente a la defensa técnica de su caso. Recordando que mientras fiscalía

²⁹ Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, (Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 1999), 260

asegura la existencia de un hecho, la defensa deberá ponerlo en duda o negar la existencia del mismo.

De esta forma, concluimos, que en la obtención de la prueba, para sustentar las diferentes posturas de las partes, ha de ser en estricto cumplimiento y respeto de los derechos fundamentales de la persona procesada, a fin de que la misma pueda ser valorada e incorporada en juicio, ya que como veremos en el desarrollo de este estudio, el momento en que la prueba sea obtenida de forma ilícita, por vulnerar derechos fundamentales del procesado, esta no podrá ser valorada ni admitida, y por ende no aportaría de ninguna forma a la construcción dogmática de la teoría del delito.

4. Principios de la Prueba

Entendida ha sido la conceptualización de la prueba, es importante señalar que el anuncio y la práctica de prueba se rigen en principios que rigen la prueba, entre ellos se ha considerado mencionar los siguientes:

4.1 Principio de Oportunidad de la Prueba

Bajo dicho principio la prueba debe conducirse en un ambiente de garantista, toda vez que depende de las actuaciones de los administradores de justicia, al momento de direccionar las audiencias sujetarse a este principio, avalando de esta manera que la prueba es un derecho de los sujetos procesales, quienes pueden anunciar, presentar, solicitar, practicar y toda la prueba que creyeren pertinente, eso so tomando en consideración que la prueba pertenece al proceso

Para el tratadista José Flores Ruiz, al referirse a este principio indica que “[...] la prueba pertenece al proceso, no a quien la pide o la aporta [...]. El proceso supone la realización de un interés público: la justa composición del litigio y por tanto también lo hay en el recaudo de la prueba. Consecuencia de este principio es la no desistibilidad de la prueba practicada, ni aun por parte de quien la pidió”,³⁰ es decir que una vez la prueba ha sido ingresada al proceso por los sujetos procesales, la misma no se permite el desistimiento de la prueba, ya que esta pasa a pertenecer al proceso.

³⁰ José Flores Ruiz, *Pruebas Judiciales*, (Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 2002), 44.

Este principio se encuentra consagrado de manera plena en el artículo 454 numeral 1, párrafo segundo, del Código Orgánico Integral Penal (COIP), al determinar: “Los elementos de convicción deben ser presentados en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. Las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio”.³¹

Es decir que en cumplimiento del principio de legalidad toda prueba debe ser obtenida, tramitada, y admitida siempre que se encuentre en estricto cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales; caso contrario la prueba carecerá de eficacia.

Así mismo este principio va ligado al de igualdad que tienen las partes para proponer y presentar la práctica de prueba que considere necesaria; bajo esta premisa las partes tienen las mismas oportunidades dentro del proceso de ser oídas, y contradecir cualquier pedido.

Así, el principio de oportunidad que permite a las partes practicar prueba al tiempo determinado por la norma procesal, va de la mano con el principio de igualdad que permite a las partes tener las mismas oportunidades para practicar o aducir las pruebas que consideren favorables a sus intereses.

4.2 Principio de Inmediación de la Prueba

“La inmediación es un principio general del proceso, pero su importancia se acrecienta en relación con la prueba, tanto en el proceso civil como en el proceso penal”;³² con este principio se permite que las partes tomen contacto con el juzgador quien dentro de todo el proceso tiene un rol activo dentro de un juicio, apreciando de manera directa la prueba, pudiendo incluso intervenir con preguntas aclaratorias a los testigos, así como valorar cada una de las objeciones presentadas por las partes a la prueba.

Carnelutti afirma que “la prueba es tanto más segura cuanto más próximo a los sentidos del juez se halle el hecho de probar”,³³ por su parte la normativa legal refiere que “Las o los juzgadores y las partes procesales deberán estar presentes en la práctica

³¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 454, numeral 1.

³² Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t.1, *Sexta Edición*, 120.

³³ Francesco Carnelutti, *Teoría General del Derecho*, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2000), 55.

de la prueba”.³⁴ Así bajo este principio de inmediación, no sólo se permite que la prueba se efectúe ante la presencia del juzgador y las partes, sino que incluso se exige que una vez culminada la apreciación de la misma, se resuelva inmediatamente.

4.3. Principio de Contradicción de la Prueba

Devis Echandía, al referirse al principio de contradicción de la prueba dice: “[...] la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes”,³⁵ agrega además diciendo que la misma “comprende necesariamente el derecho a tener oportunidad para contraprobar, o sea para procurar y ofrecer pruebas que desvirtúen las ofrecidas en su contra”.³⁶

Por otra parte, Eduardo M. Jauchen, al referirse a este tema dice: “Para conocer la prueba es preciso que se notifique no sólo el ofrecimiento y el proveído por el cual el órgano jurisdiccional la admite como tal, sino también el día, hora y forma de su producción, como también todos los actos procesales que refieran a la misma, como su postergación, variación o suspensión de cualquier naturaleza”.³⁷

“Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada”.³⁸ Bajo este principio lo que se busca es que los sujetos procesales (procesado, fiscal, defensor y acusador particular), contra de quienes se les presentan las pruebas, tengan la oportunidad de conocer y discutir las mismas, en el ejercicio pleno de sus derechos, a fin de contraprobar lo manifestado por su adversario.

Por otro lado, nuestra normativa, 454 al referirse al principio de contradicción de la prueba refiere que: “Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las

³⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 454, numeral 2.

³⁵ Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t.1, *Sexta Edición*, 115.

³⁶ Hernando Devis Echandía, *Compendio de la prueba judicial*, t.1, (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1984), 33.

³⁷ Eduardo M. Jauchen, *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, (Buenos Aires: Editorial Rubinzal - Culzoni, 2002), 31.

³⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 454, numeral 3.

testimoniales que se practiquen en forma anticipada”,³⁹ en concordancia con lo mencionado anteriormente indicado, uno de los principios esenciales sin duda alguna de la prueba, es este principio el de contradicción, el mismo que debe ser anticipada, es decir presentada oportunamente a los sujetos procesales, con el único fin, de que, tengan la oportunidad procesal de conocerla y discutirla, ejerciendo el respectivo derecho a la contradicción, dicho en otras palabras las partes tienen la oportunidad de que la prueba sea sometida a discusión, ya sea para realizar observaciones o en su defecto solicitar las aclaraciones que creyeran necesarias.

El poder contradecir permite que las partes conozcan sobre la prueba de su contrario, y a más de ello en igualdad de condiciones pueda realizar las observaciones, preguntas que considere necesarias, rechazando de cualquier manera aquella prueba secreta o practicada a espaldas de una de las partes, ya que eso implicaría una desigualdad en las partes y les imposibilitaría el contradecir oportunamente de las pruebas.

Sin embargo la misma normativa legal vigente en nuestro país, exceptúa la regla general que se ha señalado anteriormente, específicamente en su artículo 617, al respecto se menciona que: “A petición de las partes, la o el presidente del tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que no se han ofrecido oportunamente, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: 1. Que quien solicite, justifique no conocer su existencia; y 2. Que la prueba solicitada sea relevante para el proceso”;⁴⁰ en este sentido, se podría decir que la prueba que no ha sido solicitada en la etapa procesal oportuna, puede ser requerida por cualquiera de las partes, siempre que se cumpla con los requisitos preestablecidos, dicho en otras palabras esta debe ser trascendental para el proceso y que su conocimiento sea determinante para la resolución de un caso, no obstante de aquello, es importante señalar que así se considere como “prueba nueva”,⁴¹ la misma tiene que ser sujeta de contradicción por las partes.

³⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 454, numerales 3.

⁴⁰ *Ibíd.*, art. 617, numerales 1 y 2.

⁴¹ “La prueba nueva: deberá ser observada para el caso concreto en su sentido estricto, es decir, deberá ser materialización firme del principio de contradicción, que beneficia o perjudica a las partes inmersas en el proceso dependiendo de la posición, por cuanto constan principios rectores y garantías procesales como la Lealtad. *

* Richard Ítalo Villagomez Cabezas, María Gabriela Acosta Morales, *La prueba nueva: Una perspectiva analítica del código orgánico integral penal (COIP) de Ecuador*, 20 de junio de 2018, <http://cienciaytecnologia.uteg.edu.ec/revista/index.php/cienciaytecnologia/article/view/322.pdf>;

Es importante señalar que el principio de contradicción, de cierta manera se sobreentiende que forma parte de la garantía constitucional al debido proceso.

4.4. Principio de Libertad Probatoria

Las proposiciones fácticas, emitidas por los sujetos procesales, deben estar ancladas a los medios probatorios con los cuales demuestran sus posturas, estos medios pueden ser practicados en libertad por las partes, siempre que no sean contrarias a la Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

“En materia penal, todo hecho, circunstancia o elemento, contenido en el objeto del procedimiento y, por tanto, importante para la decisión final, puede ser probado y lo puede ser por cualquier medio de prueba”;⁴² es precisamente en este sentido que Julio Maier, hace referencia a este principio; en otras palabras, este principio necesariamente enmarca dos aspectos importantes que operan al ser invocados: a) tener la plena garantía que cualquier hecho o circunstancia que infiera en la decisión de un juez, pueda ser probado; y b) utilizar cualquier medio de prueba obtenido lícitamente para demostrar dichos hechos o circunstancias.

Para que esta ecuación funcione, la misma se encuentra debidamente normada en el (COIP), en su artículo 454, numeral 4, en el que claramente dice: “Todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas”;⁴³ sin embargo, en esta normativa, extiende un presupuesto más a los ya mencionados, siendo este de carácter restrictivo, es decir que: c) para la aplicación de dicho principio, el mismo no deben ser contradictorio a la Constitución y a los Tratados Internacionales.

Devis Echandía citando a Florian sostiene: “la averiguación de la verdad debe desarrollarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales”,⁴⁴ así las partes tienen la libertad de probar así como la posibilidad de contraprobar cada una de sus posiciones; la prueba debe cumplir con la finalidad de convencimiento del juzgador sobre la existencia

⁴² Julio Maier, *Derecho Procesal Penal Argentino*, t.1, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1989), 434

⁴³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 454, numerales 4.

⁴⁴ Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t.1, *Sexta Edición*, 124-125.

o inexistencia de los hechos alegados dentro de un proceso penal, y para ello las partes tienen la libertad de obtener las pruebas que consideren pertinentes que les permitan sostener sus posiciones, sin embargo no debe confundirse entre el principio de libertad probatoria y el principio de libre convicción del juzgador.

El primero se refiere a la posibilidad de probar cualquier hecho o circunstancia de interés para el caso, así como la libertad de recurrir a cualquier medio de prueba, mientras que el principio de libre convicción o crítica racional se refiere a la libertad del juez de apreciar los medios de prueba y asignarles un valor según las circunstancias, para sustentar su decisión, con exposición y razones que lo inducen a otorgarle credibilidad a la prueba.⁴⁵

En conclusión, las libertades probatorias, están inmersas a demostrar un hecho, a través de cualquier medio, sin embargo, estas se encuentran limitadas a las prohibiciones establecidas en la Constitución y las leyes, con el fin de respetar las garantías individuales y formas procesales, de las que se obtengan o se introduzca el elemento probatorio.

4.5. Principio de Pertinencia de la Prueba

A fin de tener claro, el sentido estricto de este principio, es necesario identificar dos presupuestos, por una parte relacionado a la pertinencia de los medios de prueba y por otra muy distinta a la pertinencia de los hechos, la primera básicamente tiene que ver con la estricta relación lógica que debe existir entre el medio de prueba utilizado y el hecho que se quiera probar; el segundo en cambio obedece rigurosamente a los hechos que se pretendan demostrar, los cuales deben guardar estricta relación con el proceso o litigio.

Al respecto Xavier Abel Lluch refiere:

“[...] se ha distinguido entre la pertinencia de los hechos y la pertinencia de los medios de prueba. Son condiciones específicas de la pertinencia de los hechos: que verse sobre un hecho fundamental –esto es, que sea determinante del fallo–, que el hecho sea controvertido –lo que comporta la dispensa de prueba de los hechos aceptados por las partes– y que el hecho sea influyente –esto es, que sirva para esclarecer extremos esenciales o importantes para la cuestión litigiosa [...]. Son condiciones de la pertinencia del medio de prueba: la posibilidad material y legal de practicarse el medio de prueba y la adecuación entre el medio de prueba y el hecho que constituye el objeto de la prueba.⁴⁶

⁴⁵ Luis Paulino Mora y Daniel González Álvarez, *La Prueba en el Código Procesal Penal*, 20 de septiembre de 2018, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17005.pdf>

⁴⁶ Xavier Abel Lluch, *Derecho Probatorio*, (España: J.M. Bosch, 2012), 281

Se puede decir que este principio, está asociado con la conducencia y utilidad de la prueba, si bien como mencionamos anteriormente las partes son libres de producir y utilizar los medios de prueba que consideren necesarios, no significa que se permita realizar pruebas impertinentes o que no conduzcan al objeto que se ventila en juicio; “La pertinencia consiste en que haya una relación lógica o jurídica ente el medio y el hecho por probar”.⁴⁷

La jurisprudencia colombiana, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, del veinticuatro de agosto de 2011, individualiza los términos, a) pertinencia, b) conducencia, y c) utilidad, diciendo que la “pertinencia apunta no únicamente a su relación con el objeto de investigación y debate, sino a que resulte apta y apropiada para demostrar un tópico de interés al trámite” en cambio la “[...] conducencia supone que la práctica de la prueba solicitada es permitida por la ley como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta investigada o la responsabilidad del procesado” y finalmente la referirse a la utilidad dice que “[...] la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente”, en general se puede decir que toda prueba pertinente y conducente es útil; estos parámetros de La pertinencia, conducencia, utilidad a decir de Devis Echandía, tendría dos objetivos 1) evitar un gasto inútil de tiempo, trabajo y dinero en aplicación de los principios de celeridad, economía procesal y eficacia procesal; y 2) proteger la seriedad de la prueba en razón del interés público que implica.⁴⁸

Para Yolanda Beltrán Martínez, al referirse al principio de pertinencia, nos dice:

Este principio representa una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso, no debe perderse en la práctica de medios que por sí mismos o por su contenido, no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o inidóneos.⁴⁹

En este sentido y concordando lo manifestado por la tratadista, efectivamente si bien es cierto los sujetos procesales, se rigen bajo el principio de libertad probatoria, no es menos cierto que las partes procesales tienen la obligación de solicitar y practicar pruebas concordantes y pertinentes al hecho que se investiga, aportando de esta manera con el principio de eficacia y eficiencia.

⁴⁷ Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t.1, *Sexta Edición*, 125.

⁴⁸ *Ibíd.*, 350

⁴⁹ Yolanda Beltrán Martínez, *La idoneidad de la prueba*, 20 de septiembre de 2018, <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/242.pdf>

Según el (COIP), al definir el principio de pertinencia procesalmente nos dice que: “Las pruebas deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada”;⁵⁰ en tal sentido se puede decir que la pertinencia radica en los hechos que se pretendan demostrar y que estos tengan relación directa con el hecho que se investiga, consagrándose de esta forma la libertad de medios probatorios mismos que serán idóneos y conducentes al litigio en concreto.

4.6. Principio de Exclusión de la Prueba

En lo que respecta a este principio de exclusión, es oportuno aclarar que el tema central de esta tesis, se profundizará más adelante; sin embargo, siguiendo el desarrollo de manera sucinta y genérica se hará referencia a este principio a fin de tener una idea general sobre su conceptualización.

A decir del tratadista Oscar Guerrero, quien define a este principio como “el mecanismo constitucional mediante el cual se excluye o no se admite en un proceso la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales, entonces ésta persigue garantizar la efectividad de los derechos fundamentales”,⁵¹ siguiendo la línea propuesta por el jurista, es importante concatenar con nuestro marco constitucional, el cual hace referencia al decir que “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”;⁵² si bien el (COIP), en su artículo 11, numeral 2, establece que las víctimas tienen el derecho de llegar “[...] sin dilaciones, *el conocimiento de la verdad de los hechos*, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción [...]”⁵³ (el énfasis me pertenece), esto a través de la obtención y producción de pruebas, no pueden ser atentatorias a las garantías y libertades fundamentales del ser humano, dicho en otras palabras, “La verdad procesal no debe descubrirse a cualquier precio porque el fin loable de obtener el castigo de los

⁵⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 454, numeral 5.

⁵¹ Oscar Guerrero Peralta, *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*, (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2015), 419.

⁵² Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 76, numeral 4.

⁵³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 11, numeral 2.

delincuentes jamás justificara el empleo de medios censurables contra los derechos fundamentales”.⁵⁴

El tratadista Alex Carocca Pérez, asocia este principio de exclusión con el de la prueba ilícitamente obtenida, al decir que es “[...] aquella obtenida con infracción de cualquier derecho fundamental, reconocido a nivel constitucional en nuestro país, ya sea directamente o por remisión a los tratados intencionales sobre Derechos Humanos”;⁵⁵ es decir que, al momento de obtener las pruebas o en su defecto de practicadas de manera vulneratoria a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, inmediatamente opera este principio, con el objetivo de que, dichas pruebas no sean tomada en cuenta, ni valoradas al momento de la audiencia de juzgamiento, esto basado en la protección constitucional que opera sobre este principio; así mismo se puede considerar que este principio es un mecanismo o herramienta jurídica que nos permite entender cuándo y cómo aplicarlo y sobre todo de qué manera de fundamentar el pedido, así como su momento procesal oportuno, destacando la importancia que tiene dicho principio el momento de la litigación procesal.

En este sentido, nuestra legislación, específicamente en el Código Orgánico Integral Penal, concordante con la Constitución, eleva a la exclusión como un principio al referir que “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”;⁵⁶ se podría decir que esto es contradictorio con el principio de libertad probatoria anteriormente dicho, sin embargo no se pueden verse afectados derechos fundamentales básicos, por el solo hecho de obtener una o varias pruebas, así estas sean conducentes a conocer la verdad.

4.7. Principio de Unidad de la Prueba

La presentación de la prueba que se aporta dentro de un proceso es múltiple, sin embargo, como lo sostiene Devis Echandía al referirse a este principio indica que es “el

⁵⁴ Carlos Gutiérrez Moya y Alejandro Aguilar Brevis, “*La Prueba Ilícita: Las Reglas de Exclusión de Medios Probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales*”, La Revista de Derecho: Derecho, Sociedad, Cultura, Año VIII, N° 3. Santiago, enero - diciembre 2002.

⁵⁵ Alex Carocca Pérez, “*Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile*”, en revista Ius et Praxis, (Talca: Universidad de Talca, 1998), 308

⁵⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 451, numeral 6.

conjunto probatorio del juicio forma una unidad y como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forman”⁵⁷, en tal sentido debe entenderse que:

“la actividad probatoria por parte del juez para ser valoradas una vez que estas han sido anunciadas, aportadas y admitidas por lo que se concluye que la actividad procesal es una actividad única, que la prueba pertenece al proceso y no a las partes ni al juez, por lo que ocultar, desistir o renunciar a la prueba una vez que esta ha sido admitida o practicada conlleva a que se estaría vulnerando el principio de buena fe o lealtad procesal”.⁵⁸

De lo citado se puede mencionar que si bien los medios probatorios (materiales, testimoniales periciales y documentales), que se aportan en un proceso son varios, en base a este principio, el juez valorará en su unidad y totalidad la prueba que le lleve al convencimiento o certeza del caso a resolver.

Básicamente la importancia de este principio, radica en la posibilidad dar a los juzgadores tomar con mayor certeza determinada decisiones, toda vez que, al tener a su disposición varios elementos probatorios que son aportadas en la audiencia de juicio a través del acervo probatorio, estos deben ser valorado en su conjunto, bajo el principio de unidad de la prueba, puesto que, existe la posibilidad que ciertas pruebas aportadas por la acusación (fiscalía), sean encaminadas a demostrar el cometimiento de un hecho o del tipo penal, por el cual se haya realizado la acusación, pero, así mismo habrán otras pruebas orientadas a desvirtuar dichas proposiciones fácticas de la acusación (fiscalía), tornándose menos creíbles, esto a través sistema de concordancia o discordancia probatoria; en tal sentido y a prima facie, se puede decir que este principio es “el resultado particular de una prueba puede, apreciándola con otras, tomar un significado distinto, aumentando, corroborando o bien perdiendo su aptitud fundante”;⁵⁹ es decir que “no se puede limitar a tomar las pruebas en forma aislada, sino que deben ser apreciadas en un todo, relacionándolas unas con otras, para así determinar las concordancias y discordancias a las que se pudieran arribar”.⁶⁰

El artículo 455, del Código Orgánico Integral Penal, en su parte sustancial dice: “[...] La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la

⁵⁷ Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t.1, *Sexta Edición*, 110.

⁵⁸ Liza A. Ramírez Salinas, *Principios Generales que rigen la Actividad Probatoria*, (Asunción: La Ley, 2005), 43

⁵⁹ Marcelo Sebastián Midon, *Derecho Probatorio Parte General*, Primera Edición (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2007), 70

⁶⁰ Ramírez, *Principios Generales que rigen la Actividad Probatoria*, 129.

infracción y la persona procesada[...];⁶¹ este articulado lleva implícito este principio, puesto que todas las pruebas aportadas al juicio deben ser unívocos, directos, concordantes y relacionados entre sí, a fin de que se genere la unidad probatoria cuyo único fin es que el juzgador cuente con instrumentos uniformes para emitir un criterio de un hecho determinado.

5. Objeto de la Prueba

Como se ha dicho en líneas anteriores, el juzgador al ser un tercero imparcial, quien se encuentran en medio de dos planteamientos contradictorios (acusación y defensa), cada una de ellas encaminadas a demostrar un determinado hecho; es precisamente aquí, donde se determina el objeto de la prueba, a todo aquello que puede ser demostrado es decir todo aquello que puede ser percibido por lo sentidos, recordando que la prueba en el proceso son hechos y no meros enunciados; el acervo probatorio permite al juzgador tener certeza al momento de tomar una justa decisión para alcanzar una verdad procesal.

Podemos decir que el objeto de la prueba debe tener estrecha relación con los hechos que fueren controvertidos, dicho de otra manera “[...] sólo se debe rendir prueba en un proceso cuando el conflicto recae en la discrepancia que se pudiera plantear por las partes respecto de los hechos”.⁶²

En lo que respecta al objeto de la prueba, a ésta puede ser considerada desde un punto de vista abstracta y concreta, “[...] en el primer caso se examinará qué es lo que puede ser probado en cualquier proceso penal y en el segundo, qué es lo que se debe probar en un proceso determinado”.

En abstracto de investigación, se puede decir que la prueba recae en actos humanos, hechos naturales, físicos, así como en cuestiones de existencia o cualidades de personas, lugares, estados, más no sobre hechos notorios o evidentes salvo que sean controvertidos razonablemente.

⁶¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 455.

⁶² Tomás Jiménez Barahona, Magdalena Pineda Tabach y Francisco Salmona Maureira, *Aspectos Generales de la Prueba y los Medios de Prueba*, p.10, https://www.google.com.ec/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjM6Y-7mdPiAhWNT98KHARWA-cQFjAJegQICBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.u-cursos.cl%2Fderecho%2F2007%2F2%2FD124A0417%2F2%2Fmaterial_docente%2Fbajar%3Fid_materi al%3D139722&usg=AOvVaw266KzQH8O_R1DOV-3pa2gT.pdf

En concreto de investigación, esta versa netamente sobre la existencia de los hechos delictuosos, sobre la responsabilidad del imputado, individualización de autores, cómplices, instigadores, extensión del daño causado; esta puede extenderse a las circunstancias que pueda agravar o atenuar determinada conducta penalmente relevante.

Es menester diferenciar el termino objeto de la prueba, con necesidad de la prueba ya que existen criterios divididos, e incluso haya autores que confunden estar terminologías, así por ejemplo, el tratadista Giuseppe Chiovenda, al referirse al objeto de la prueba señala que “son los hechos no admitidos y no notorios, puesto que los hechos que no pueden negarse son tergiversaciones no exigen prueba”⁶³; así mismo Gian Antonio Micheli, al referirse al mismo término indica que “...está constituido por los hechos controvertidos, esto es, por aquellos hechos cuya existencia o modalidad de ser son motivo de discusión en juicio, puesto que se impugnan por el adversario”,⁶⁴ de lo indicado por estos autores se puede entender que confunden el objeto de prueba con la necesidad de la prueba, ya que el primero es decir el objeto de la prueba, constituye el descubrimiento de la verdad y para ello puede ser objeto de prueba todo lo que permita una comprobación del hecho ante el juzgador.

Por otro lado, entre los autores que distinguen el objeto y la necesidad de la prueba tenemos a Ugo Rocco quien nos ilustra al decir: “De cuanto se ha expuesto se deriva que solo los hechos controvertidos, de los cuales se debe establecer su existencia, constituyen materia de prueba, con exclusión de los hechos admitidos y, por lo tanto, no controvertidos.”;⁶⁵ en concordancia con este enunciado el tratadista Leo Rosenberg, refiere que el: “Objeto de prueba son, por lo regular, los hechos, a veces las máximas de experiencia, rara vez los preceptos jurídicos”,⁶⁶ y para dicho autor el hecho, es aquel acontecimiento concreto en un tiempo o espacio determinado y se introducen al proceso mediante las afirmaciones de las partes sobre ellos.

Por su parte el (COIP), en su artículo 453 nos dice que “La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada”.⁶⁷

⁶³ Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, (Madrid: Revista de derecho privado, 1954), 282

⁶⁴ Gian Antonio Micheli, *La carga de la prueba*, (Buenos Aires: Editorial Europa-América, 1961), 112

⁶⁵ Ugo Rocco, *Teoría general del proceso civil*, (México: Ediciones Porrúa S.A., 1959), 177.

⁶⁶ Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, (Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2017), 209

⁶⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 453

Intrínsecamente en la prueba existen, hechos que forman parte integrante de las pretensiones o acepciones de un proceso, que necesariamente deben ser demostrados y otros que hechos que son accesorios al principal, que no ameritan su demostración; en tal sentido es oportuno realizar un breve análisis de las pruebas que deben ser demostradas y las que no ameritan hacerlas:

5.1 Hechos que no requieren Prueba

Dentro del acervo probatorio que puedan ser proporcionadas por los sujetos procesales, existen ciertos hechos que de por sí, no requieren ser probados o demostrados a los juzgadores, es decir están exentos de prueba alguna, ya sea porque se constituyen como hechos notorios o a su vez son de conocimiento público que forman parte de la cultura, estos hechos de por sí son considerados como ciertos e indiscutibles, sin embargo es pertinente detallar cuales son los hechos que no requieren prueba así pues podemos tener los siguientes:

La Prueba del Derecho, uno de los principios básicos de un Estado, es la facultad de implementar leyes, normas, reglamentos, siendo estos publicados en el Registro Oficial, a fin de que sea de conocimiento público y por ende de conocimiento general, en este sentido, no se puede invocar como prueba en juicio un determinado artículo de alguna ley, norma o reglamento, ya que se entiende que el juez es conocedor del derecho, de acuerdo al principio *Iura Novit Curia*; ahora bien sin embargo de lo manifestado anteriormente, excepcionalmente existen tres presupuestos que deben ser demostrados al invocar una ley: “a) Cuando se afirma que la ley es inexistente; b) Cuando se ha acreditado que el texto de la ley publicada en el Diario Oficial es distinto de aquel que fue promulgado; y, c) Discusión acerca de la vigencia o derogación de la ley”;⁶⁸ como se infiere en la cita, no toda ley de por si constituye una prueba que no amerita ser probada, estas excepciones al invocar una ley, deben ser alegadas y demostradas por la contraparte.

Los hechos consentidos por las partes, todos aquellos hechos proporcionados por las partes que no han sido controvertidas o a su vez que se hayan puesto de acuerdo en

⁶⁸ Tomás Jiménez Barahona, Magdalena Pineda Tabach y Francisco Salmona Maureira, *Aspectos Generales de la Prueba y los Medios de Prueba*, p.10, https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjM6Y-7mdPiAhWNT98KHaRWA-cQFjAJegQICBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.u-cursos.cl%2Fderecho%2F2007%2F2%2FD124A0417%2F2%2Fmaterial_docente%2Fbajar%3Fid_materi al%3D139722&usg=AOvVaw266KzQH8O_R1DOV-3pa2gT.pdf

su existencia, refiriéndose a los acuerdos probatorios; al respecto el (COIP), indica que los “[...] acuerdos probatorios podrán realizarse por mutuo acuerdo entre las partes o a petición de una de ellas **cuando sea innecesario probar el hecho**”.⁶⁹ (*lo resaltado me pertenece*).

Los hechos notorios, son todos aquellos hechos conocidos por todas las personas, siendo estas ciertas e incuestionables “ya sea que pertenezcan a la historia, a la ciencia, a la naturaleza, a las vicisitudes de la vida pública actual o a circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar”;⁷⁰ incluso el (COIP), en su artículo 604, numeral 4, literal c), refiere que se debe “Solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba, que estén encaminadas a probar hechos notorios[...]”;⁷¹ es decir no requieren ser demostrados.

5.2 Los Hechos que sí Requieren Prueba

La regla general de la prueba a prima facie, refiere que, quien alega un hecho, es él que está obligado a demostrarlo, siendo este el insumo que permite al juzgador decidir sobre posturas contradictorias, en tal sentido es importante establecer los hechos que sin lugar a duda, merecen ser demostrados, siendo estos los siguientes: a) Hechos sustanciales, y b) hechos controvertidos, los primeros son todos aquellos hechos esenciales del proceso, aquellos que en el fondo tienen que ver con el conflicto en cuestión y sobre todo que hayan sido discutidas por los sujetos procesales; y los segundos son aquellos hechos que generan contradicción o exista disconformidad entre las partes ya sea por su existencia o la forma en la que acontecieron, a fin de proponer y practicar la prueba necesaria a demostrar sus teorías.

6 Medios de Prueba

⁶⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 604, numeral 4, literal d).

⁷⁰ José Ramón Cossío Díaz, *Controversias constitucionales Primera Parte*, (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión), 1000477. 163. Pleno. Novena Época. Apéndice 1917-septiembre 2011; 05 de septiembre de 2018; <https://www.uasb.edu.ec/documents/10181/1488423/Manual+de+estilo+%285ta+edici%C3%B3n%29/f3ae1224-0524-4f5f-a66d-90c37767a745.pdf>

⁷¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 604, numeral 4, literal c)

El debido proceso determinado en la Constitución y la normativa nacional, establece la libertad probatoria en el que las partes procesales pueden aportar con la prueba necesaria para demostrar un determinado hecho, siempre que ésta sea conducente, pertinente y útil, para el conocimiento de la verdad.

Doctrinariamente podemos entender como medios de prueba a “toda cosa, hecho o acto que sirve por sí solo para demostrar la verdad o falsedad de una proposición formulada en juicio”;⁷² es decir que mediante distintos instrumentos, podemos proporcionar a los juzgadores distintos insumos probatorios para conducir a una convicción del juzgador; en este sentido nuestro Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 498, claramente establece cuales son estos medios de prueba que pueden ser utilizados en una audiencia de juicio, siendo estos los siguientes: a) La Prueba Documental; b) La Prueba Testimonial; y c) La Prueba Pericial.

6.1 Prueba Documental (El documento)

Brevemente se puede decir que la prueba documental originariamente, proviene del “documento”⁷³ que “[...] es cualquier cosa que sirve por sí misma para ilustrar o comprobar por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto”,⁷⁴ ésta se la empezó a utilizar con posterioridad a la prueba testimonial.

La prueba documental “consiste en la utilización de documentos públicos o privados para la prueba del delito. Se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”,⁷⁵ para poder justificar un documento como prueba el mismo debe representar un hecho cualquiera o una manifestación, esta es indivisible es decir debe ser tomada en su totalidad.

⁷² Eduardo J. Couture, *Vocabulario jurídico, con referencia especial al Derecho procesal positivo vigente uruguayo*, 5a reimpresión, (Buenos Aires: Depalma, 1993), 405

⁷³ “Documento. - utilizado en ellos, el cual conforme a la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se refiere al: “2. m. Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo; 3. m. Cosa que sirve para testimoniar un hecho o informar de él, especialmente del pasado”. *

* Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/?id=E4EdgX1>

⁷⁴ Jairo Parra Quijano, *Manual de Derecho Probatorio*, décima quinta edición, (Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2006), 533.

⁷⁵ José Martín Ostos, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, 16 de septiembre de 2016, [https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20PROCESO%20PENAL%20ACUSATORIO%20\(Dr%20%20Mart%C3%ADn%20Ostos\)%20Modulo%20V.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20PROCESO%20PENAL%20ACUSATORIO%20(Dr%20%20Mart%C3%ADn%20Ostos)%20Modulo%20V.pdf)

A decir de Nicola Framarino, define a la prueba documental como aquella “declaración consciente personal, escrita e irreproducible oralmente, destinada a dar fe de la verdad de los hechos declarados”.⁷⁶

Al mencionar que es una declaración, dentro de las pruebas documentales podemos tener aquellas manifestaciones o pronunciamientos personales documentados, sin embargo, para el ámbito penal toma relevancia que se realice prueba testimonial para ejercer el principio de contradicción al cual tienen derecho las partes.

“El documento es esencialmente prueba personal, y este no puede darse sin la conciencia de la propia testificación de la persona testificante”;⁷⁷ es decir que las partes tienen derecho a presentar la prueba documental cuando consideren pertinentes, a más para introducir dicho documento.

Para Eduardo Jauchen:

La importancia de esta distinción reside en que los vicios que afectan a la manifestación de la voluntad, como, por ejemplo, la incapacidad de los otorgantes, la coacción, el error, o la ilicitud de su objeto producen la nulidad del consentimiento prestado para ese acto, mas no la nulidad del documento en él contenido, el que, en su materialidad, conserva toda validez como objeto o medio de prueba de ese mismo acto, o bien con cualquier otra finalidad probatoria relevante para la causa.⁷⁸

Es importante diferenciar o distinguir el escrito que es propiamente documental del testifical, así se considera que los escritos reproducidos oralmente no son más que testimonios escritos, pero los verdaderos documentos son aquellos escritos irreproducibles oralmente, por ende la prueba documental, se configura al presentar un documento que tiene en sí mismo el carácter de prueba completa que refleja ciertos aspectos de los hechos y por ello no es necesario que estos se reproduzcan de manera oral, porque el documento por si solo refleja el hecho, cabe recalcar que las pruebas documentales plasman hechos en cualquier materia, este hace referencia a hechos pasados, presentes y futuros, en ocasiones la prueba documental es importante para que un determinado acto punible exista, el documento puede provenir de una de las partes o de un tercero.

El (COIP), en su artículo 499, en su numeral 6 establece como medios de pruebas documentales y da esta calidad probatoria a todo contenido digital, es decir a las grabaciones, videos y filmaciones de imagen y sonido, en general, sin embargo,

⁷⁶ Nicola Framarino dei Malatesta, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, t.1, 4ª ed., (Bogotá; Editorial Temis, 2002), 545

⁷⁷ *Ibíd.*, 546.

⁷⁸ Eduardo Jauchen, *Tratado de la prueba en materia penal*, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002), 490.

estas deben regirse a las reglas preestablecidas en las que básicamente deben contarse con las respectivas técnicas digitales forenses y ser sometidas a contradicción en audiencia de juicio.

Cabe indicar que por su naturaleza, este tipo de pruebas deben ser presentadas en la etapa de Juicio, de pretenderse ingresar un documento privado, este deberá ser abalizado en testimonio por la persona que suscribe dicho documento, caso contrario el mismo no deberá ser tomado en consideración por el juzgador por no estar sujeto a la contradicción y sobre todo por no tener la certeza de la originalidad de la información que ahí reposa; por lo contrario al tratarse de un documento otorgado por una entidad pública el mismo debe entenderse que se encuentra autorizado y que goza de las solemnidades legales, otorgados por servidores públicos o particulares con funciones públicas, así mismo según el Código General de procesos, norma supletoria, indica que “Se considerarán también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente”;⁷⁹ en resumen se puede establecer que para una correcta valoración de un documento, no radica en que el mismo sea público o privado o de las formalidades que tengan que cumplir para que el mismo sea aceptado como prueba, lo que interesa en este medio probatorio es la valoración y autenticidad que el juzgador le dé al documento.

6.2 Prueba Testimonial (El testimonio)

En relación a la prueba testimonial, se puede acotar que esta clase de pruebas, es una de las más antiguas y utilizadas por el hombre, su alto grado de sencillez, espontaneidad al utilizar únicamente el lenguaje como medio, para dar a conocer hechos y sucesos, ha sido determinante para que el testimonio no pierda vigencia aun en los actuales momentos.

La prueba testimonial ha sido el pilar de los medios probatorios, pues al igual que la confesión son las más antiguas. En el derecho egipcio, babilónico, griego, romano, judío e hindú, y también en la edad media, por la poca divulgación del documento, fueron consideradas como la prueba principal; se decía “que el testimonio de dos o tres personas es suficiente” que los “testigos priman sobre escritos”, y según Bentham “Los testigos son los ojos y los oídos de la justicia.”⁸⁰

⁷⁹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 205.

⁸⁰ Parra, *Manual de Derecho Probatorio*, 277.

Es fundamental tener claro las diferentes concepciones que ciertos tratadistas le dan al término “testimonio”;⁸¹ a decir de Hernando Devis Echandia, desde un punto de vista jurídico, establece que la prueba testimonial es “un acto procesal, por el cual una persona informa al juez sobre lo que sabe de ciertos hechos”⁸², es imprescindible recalcar que el testimonio es considerado como tal cuando es realizado ante un Juez, de lo contrario no pasa a ser nada más que una simple declaración.

Concordantemente Lino Enrique Palacio, define a la prueba testimonial como “Aquella que consiste en la declaración, prestada ante un órgano judicial, por personas físicas que no sean sujetos necesarios del proceso, acerca de sus percepciones y deducciones de hechos pasados concernientes al objeto sobre el cual aquél versa”.⁸³

Así mismo para Jairo Parra Quijano, define a la prueba testimonial como “[...] un medio de prueba, que consiste en el relato de un tercero al juez sobre el conocimiento que tenga de hechos en general”.⁸⁴

De esta manera estos tratadistas, dentro de sus definiciones contemplan ciertos elementos que son indispensables para que el testimonio sea considerado como tal, primero tiene que ver con la procedencia, es decir es de carácter personal, es necesario que la misma sea realizada por parte de la persona que adquirió el conocimiento de determinados hechos, esta tiene que ser una persona natural física, dotada de aspectos morales e intelectuales, este precepto no aplica para las personas jurídicas, puesto que estas no puede percibir los hechos o sucesos, segundo la persona natural tiene que conocer directamente de los hechos a través de una percepción sensorial y sobre todo tiene que ser ajena al proceso y que no tenga ningún interés de por medio, aunque más adelante veremos que nuestra legislación ha dado paso para que el testimonio de las partes intervinientes (víctima y procesado) tenga valides probatoria, y tercero hace referencia a la validez, el testimonio tiene que ser rendido ante autoridad judicial competente, dicho en otras palabras ante juez o tribunal juzgador y precisamente son estos quienes debe analizar a lo largo del proceso la pertinencia y valides de la misma.

⁸¹ “Testimonio. - utilizado en ellos, el cual conforme a la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se refiere al: “1. m. Atestación o aseveración de algo; 3. m. Prueba, justificación y comprobación de la certeza o verdad de algo”. *

* Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/?id=Zfi5hda>, consultado el 17 de noviembre de 2018 a las 15:45

⁸² Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t. II, *Sexta Edición*, 19.

⁸³ Lino Enrique Palacio, *La Prueba en el Proceso Penal*, (Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2000), 83.

⁸⁴ Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial*, Tomo I., (Santafé de Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1994), 3

En cuanto al testimonio puede provenir de testigo *in facto*, como cosas comunes de los hombres y que incluye los testimonios del tercero como del acusado o del ofendido; y testigos elegidos *post factum*, que se refieren a cierto testimonio especializado en alguna rama, ellos son los que contribuyen a los testimonios periciales.

Así mismo los testigos pueden ser directos aquellas personas que perciben determinado acto de forma directa e inmediata, siendo esencial la experiencia sensorial el requisito fundamental para la validez de su testimonio ya que tendrá la posibilidad de exponer ante el o los juzgadores lo que observó, escuchó u olió; por lo contrario son testimonios indirectos son aquellos que percibieron dicha información de manera indirecta, dicho de otra forma es un narrador de “oídas”, es decir expone al o los juzgadores hechos o acontecimientos que le contaron o mencionaron sin que haya percibido por sus propios sentidos la información.

En el ámbito jurídico, el Código Orgánico Integral Penal, en su Artículo 501 define a la prueba testimonial como:

“El testimonio es el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal”.⁸⁵

En lo que respecta a nuestra norma, el legislador da una connotación amplia al concepto de prueba testimonial, puesto que, a diferencia de los preceptos establecidos por los tratadistas, extiende el testimonio y las eleva a valor probatorio a las rendidas tanto por la víctima como del procesado, siempre y cuando, conozcan por percepción de los sentidos sobre los hechos investigados.

Con todo lo dicho podemos decir que el testimonio, es “La prueba testifical, que es, en general, la atestación personal en la forma real o posible de la oralidad”;⁸⁶ es decir una prueba por el cual una o varias personas plenamente capaces y hábiles, dan a conocer al Juez o Tribunal, determinados hechos, circunstancias, situaciones que tienen que ver con la investigación procesal, con el único fin de que el juzgador llegue a establecer una verdad material.

6.3 Prueba Pericial (La pericia)

⁸⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 501

⁸⁶ Framarino, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, t.1, 4ª ed., 115.

La prueba pericial, en el sistema procesal acusatorio, se sujeta a las reglas del principio de oralidad, toda vez que es el “perito”⁸⁷ quien rinde testimonio ante el juez o tribunal, sobre la experticia que haya practicado, “Los peritos sustentarán oralmente los resultados de sus peritajes y responderán al interrogatorio y al contrainterrogatorio de los sujetos procesales”;⁸⁸ cabe indicar que el informe escrito como tal no constituye prueba alguna, sin embargo el Código Orgánico Integral Penal, hace una excepción a esta regla cuando se trata de los procedimientos expeditos para las contravenciones contra la mujer o miembros del núcleo familiar y textualmente dice: “Las y los profesionales que actúan en las oficinas técnicas de los juzgados de violencia contra la mujer y la familia no requieren rendir testimonio en audiencia. Sus informes se remitirán a la o el juzgador a fin de incorporarlos al proceso, y serán valorados en la audiencia”.⁸⁹

Se puede decir que el objetivo primordial de la prueba pericial, es la obtención de conclusiones exactas, basadas en especialidades, conocimientos científicos, que resulte pertinente para la valoración de un elemento de prueba; al respecto el tratadista Devis Echandía, al referirse a la prueba pericial indica que:

“La peritación es una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes”.⁹⁰

En este sentido se puede deducir que la prueba pericial, es una actividad realizada por un experto, para la verificación de hechos, determinar sus características, modalidades, calidades y sus relaciones con otros hechos, las causas y sus posibles efectos, así mismo permite al juzgador tener la mayor y mejor apreciación de los hechos que se ventilan en un proceso penal, acceder a varios aspectos técnicos, o científicos de otras ciencias, de las cuales el juez desconoce o conoce muy poco, por lo

⁸⁷ “Perito. - Es aquella persona que, no siendo parte en el proceso judicial, elabora un informe a solicitud de alguna de las partes o del propio Juzgado sobre un hecho para cuyo conocimiento son necesarios determinados conocimientos técnicos”. *

* Francisco José Tortosa, *El Informe Pericial* (Asociación Nacional de Técnicos Universitarios en Documentoscopia, 2014), <https://docplayer.es/140562-Asociacion-nacional-de-tecnicos-universitarios-en-documentoscopia.html>

⁸⁸ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 505.

⁸⁹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 643, numeral 15.

⁹⁰ Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t. 2, Sexta Edición, 277

que resulta imprescindible el aporte de un experto en el tema que concluya sobre los hechos objetos de estudio.

Es impórtate acotar que la pericia por sí misma, no remplaza a la prueba como tal, al contrario, esta se vuelve un medio a través del cual se da una explicación lógica y científica del estudio realizado a la prueba propiamente dicha, así lo dice Jorge Clariá al indicar que “el perito se erige como el órgano de la prueba colaborando con sus cualidades en la adquisición de ésta. Y la pericial es un medio de prueba autónomo”⁹¹, por ende, la misma no debe ser confundida con una prueba documental, sino testimonial porque lo que se valora es la experticia y conocimientos del perito.

Los peritos pueden ser a) privados, cuando son solicitados por alguna de las partes procesales, bajo su costa y su responsabilidad o b) acreditados, que son los adscritos y calificados por el Consejo de la Judicatura; ya sea que un perito sea privado o acreditado, es deber y obligación del mismo actuar con imparcialidad y que sus pericia contengan conclusiones claras, firmes y las consecuencias lógicas de su fundamento, a fin de que aporte mayor certeza hacia el conocimiento de los hechos y el objeto de estudio.

6.4 Prueba Material

El artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal, al referirse a las conductas penalmente relevantes, nos dice que éstas son “las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables”;⁹² en este sentido se podría decir que estas acciones u omisiones, cuyos resultados afectan un bien jurídico protegido, producen ciertas pruebas (vestigios, huellas, objetos, rastros instrumentos), con los cuales se habría cometido el acto punible, convirtiéndose estos vestigios, objetos, instrumentos, en pruebas materiales, las mismas que pueden ser recogidas para que puedan ser aportar al esclarecimiento de la verdad.

Walter Guerrero, en su obra *La Prueba en Materia Penal*, al referirse a esta prueba sostiene: “Se entiende a los resultados de la infracción como consecuencia

⁹¹ Jorge Clariá Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, (Buenos Aires: Editorial Ediar, 1960), 118.

⁹² Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 22.

directa de la acción delictiva como el daño que produce el delito o quebrantamiento del bien jurídico primeramente tutelado”.⁹³

En lo que respecta a la prueba material, es necesario definirla como todos los objetos o partes de un objeto capaces de representar, por su sólo descubrimiento, un hecho con él relacionado, de cuyo análisis produzca información que tienda a probar o a oponerse a una hipótesis sobre un punto en cuestión.

Para el tratadista Nicola Framarino dei Malatesta, define a la prueba material como “[...] la atestación de cosas en la materialidad de sus formas directamente percibidas”,⁹⁴ agrega además que, la prueba material “[...] que se presenta a la percepción directa del juez y que le sirve de prueba”;⁹⁵ sin embargo de este criterio, en lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, la sola presentación del documento por sí misma, no constituye prueba, está necesariamente debe ser sometida al principio de contradicción o a su vez cumplir con ciertas formalidades, como pertinencia, conducencia y utilidad.

De acuerdo al tratadista Jorge Zabala Baquerizo, en su obra Tratado de Derecho Procesal, al referirse a la prueba sostiene:

La prueba material es también conocida como prueba pericial... tiene una importancia fundamental en el desarrollo del proceso y es uno de los **medios de prueba más importantes para el establecimiento de la verdad** histórica, tanto en cuanto a la existencia de un delito, objeto del proceso penal, como para la investigación sobre la culpabilidad del acusado.⁹⁶ (lo resaltado me pertenece).

De las definiciones planteadas sobre la materialidad, se deduce que no, es más, que la evidencia física, entendida como el conjunto de elementos fácticos, materiales, objetos, sustancias de diversa naturaleza y origen, generadas por la ejecución del hecho ilícito o delictivo, que guardan relación con el caso que se investiga, cuya relevancia radica en la determinación de la culpabilidad o inocencia de los presuntos responsables.

Habiendo realizado un breve análisis de la conceptualización general de lo que se entiende por prueba material, es pertinente diferenciar que dependiendo del “[...] punto de vista del sujeto del cual provienen las pruebas se clasifican en personales o reales”. Son personales aquellas que nos proporcionan las personas y son reales aquellas

⁹³ Walter Guerrero Vivanco, *La Prueba en Materia Penal, Tomo I, Segunda Edición*, (Quito: Editores Pudeleco S.A., 1997), 13.

⁹⁴ Framarino, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, t.1, 4ª ed., 115.

⁹⁵ *Ibid.*, 119

⁹⁶ Jorge Zabala Baquerizo, *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IV*, (Quito: Editorial Edino, 2004), 3.

que se originan en las cosas”,⁹⁷ dicho de otra manera, se puede decir que las personales no son otra cosa que recaen directamente sobre el sujeto pasivo, conocido comúnmente como “cuerpo del delito”, así por ejemplo de los delitos cuyo bien jurídico protegido es la vida (homicidio), siendo la prueba material el cadáver o en delitos cuyo bien jurídico protegido es la integridad física (lesiones), la prueba material serán las heridas causadas a la víctima; en cambio las reales son los objetos vestigios o instrumentos materiales al sujeto activo a cometer el acto ilícito, así por ejemplo en los delitos cuyo bien jurídico protegido es la propiedad (robo), la prueba material serían los objetos tangibles (cosa ajena) directamente vinculados a la controversia del caso.

Si bien es cierto en el actual Código Orgánico Integral Penal, ya no acoge la conceptualización de la prueba material, como si lo hacía el Código de Procedimiento Penal anterior, que se encontraba vigente hasta el 09 de agosto de 2014, este al respecto decía que la prueba material “[...] consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios o en los instrumentos con los que se la cometió todo lo cual debe ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa del juicio y valorado por los tribunales de garantías penales”;⁹⁸ no obstante en el (COIP), esta definición se encuentra implícitamente acogida por dicha normativa legal, más sin embargo de la codificación anterior ya no es necesario que la prueba material deba ser presentado físicamente en la etapa de juicio, si no que basta con que aquellos (vestigios, huellas, objetos, instrumentos), deben ser estudiados y examinados por profesionales expertos en cada área, con los suficientes conocimientos y será a través del testimonio que son introducidos en la etapa de juicio.

Tomando lo planteado por la doctrina penal, respecto a la prueba material se sostiene que no hay persona que a su paso por el lugar de los hechos o luego de su contacto con otra, no deje atrás de si una huella aprovechable; siempre hay un intercambio de indicios entre el autor, sus herramientas y armas, el lugar de los hechos y la víctima.

En conclusión, se puede decir que la prueba material es el gran conjunto de elementos tangibles o vestigios investidos de materialidad, que pueden obtenerse del lugar de la escena del cometimiento del hecho delictivo, o dentro de la investigación, los cuales permitirán tener una fuente real que sirva de base para la motivación del

⁹⁷ Guerrero, *La Prueba en Materia Penal, Tomo I, Segunda Edición*, 77.

⁹⁸ Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial 360, Suplemento, 13 de enero 2000, art. 91.

juzgador al momento de dictar resolución respecto de determinada causa, con lo que podemos hablar de un verdadero alcance de la verdad procesal.

Si bien es cierto, la “Tutela Judicial Efectiva”,⁹⁹ establecida en el artículo 75 de la Constitución, garantiza el pleno acceso a la justicia y a cualquier, a fin de hacer valer sus derechos, sin embargo lleva consigo implícitamente la obligación de presentar pruebas, así como el derecho de toda persona a la que se le haya formulado cargos de controvertirlas, bajo este precepto el poder público a través de sus órganos jurisdiccionales, son los obligados a estar atentos en posibles arbitrariedades, irregularidades, ilegalidades, o cualquier tipo de violación a los derechos fundamentales del ser humano, para la obtención de las pruebas, he ahí la importancia de tener un conocimiento amplio sobre las pruebas que han sido obtenidas ilícitamente, tema que abordaremos a profundidad en el siguiente capítulo.

7 Distinciones entre indicio, elemento de convicción y prueba.

En lo que respecta a la prueba, varios estudiantes, profesionales del derecho e incluso ciertos administradores de justicia, con frecuencia tienden a utilizar como sinónimos y/o confunden erradamente los términos de indicio, elemento de convicción o prueba ya sea para referirse aquellos elementos que acrediten la comisión de un hecho delictivo o los que sustentan la acusación de uno o varios autores, las personas suelen emplear estos términos para señalar una misma cosa, cada uno de estas terminologías tienen en el fondo, un significado distinto lo que les hace ser diferentes.

Dicho esto, es importante tener claro la conceptualización de cada uno de ellos y sobre todo en qué momento procesal se utiliza dicha terminología, así como también cuando llega a constituirse prueba.

Indicio. – Previo a una conceptualización, es importante determinar la palabra indicio, para el tratadista Devis Echandía, esta proviene de “la voz latina *indicium* es

⁹⁹ “Derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y en éste se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia”. *

* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 117-14-SEP-CC, caso No. 1010-11-EP.

una derivación de indicere, que significa indicar, hacer conocer algo”;¹⁰⁰ dicho se puede conceptualizar al indicio como “aquel argumento probatorio indirecto que va a lo desconocido de lo conocido mediante la relación de causalidad”¹⁰¹, es decir que es “un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatoria que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico crítica basada en normas generales de la experiencia o principios científicos o técnicos”,¹⁰² dicho en otras palabras, los indicios son actos objetivos, que aparecen como el resultado de una investigación, esta puede ser cualquier evidencia física, material, humana, y se convierte en el objeto de las pruebas judiciales, es decir, sobre el objeto del cual sea posible obtener un argumento probatorio a través del cual se pueda llegar a tener conocimiento de un hecho delictivo, cabe indicar que todo aquello considerado como indicio, por sí solo no constituye prueba, estos indicios son objeto de estudio por parte de los expertos y serán estos expertos quienes aportaran en el descubrimiento de una infracción.

Ahora bien, ¿en qué momento procesal podemos hablar de indicios?; para que cualquier evidencia física, material o humana se le considere indicios, esta debe generarse en una etapa pre procesal, es decir en la fase de investigación previa, cuando las investigaciones aún están empezando.

Elementos de convicción. – Podemos decir que los elementos de convicción son aquellos resultados provenientes de una investigación, estos elementos en cierto sentido, señalan a uno o varios sujetos como autor o cómplice de del cometimiento de un delito, pero adicionalmente son el resultado de las diligencias practicadas a los indicios en la fase investigativa; los elementos de convicción entonces, no es más que aquellos recaudos que sirven para hacer más probable o no un hecho.

¿En qué momento procesal podemos hablar de elementos de convicción?; estos adquieren este término, en la etapa netamente procesal, es decir en la instrucción fiscal, cabe indicar que estos no elementos necesariamente tienen que ser de cargo, sino también puede ayudar a la parte procesada, como elementos de descargo.

Prueba. - Como ya se había dicho en líneas anteriores la prueba es “todo lo que pueda servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en él se investigan

¹⁰⁰ Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t. 2, *Sexta Edición*, 587

¹⁰¹ Framarino, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, t.1, 4ª ed., 30.

¹⁰² Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t. 2, *Sexta Edición*, 587

y respecto a los que se pretende actuar de la ley sustantiva”¹⁰³; para que los elementos de convicción constituyan prueba, éstos deben ser presentados, valorados, e incorporados en la audiencia de juzgamiento, luego de que estos hayan sido sometidos a contradicción; es en este momento procesal que se puede hablar de prueba, cuando han pasado a conocimiento del juez y ésta a su vez genera un conocimiento de los hechos, recordemos que la prueba permitirá que las partes confirmen o desvirtúen su teoría del caso.

A fin de tener una idea de lo que se ha sostenido, es necesario ejemplificarlo, en tal sentido podemos decir que: Al momento de realizar un allanamiento a un domicilio y en este encuentran una sustancia blanquecina presumiblemente droga (este constituye indicio), a primera vista se puede apreciar un presunto acto delictivo, pero para que esta se convierta en un (elemento de convicción) se requiere que un experto en este caso un perito químico genere un conocimiento del mismo a partir del objeto el resultado de este pasaría en lo posterior a través del testimonio del perito a constituir (prueba) en la etapa de juicio.

¹⁰³ José Cafferata, *La Prueba en el Proceso Penal*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988), 3-

Capítulo Segundo

La prueba ilícita penal

Ahora bien, una vez se ha hecho referencia a los antecedentes históricos en los que se enmarca la “prueba”, desde una perspectiva genérica, es importante hacer referencia estrictamente a lo concerniente a la prueba como termino técnico jurídico dentro de la actividad judicial penal, en este sentido el tratadista Orlando Rodríguez Choconta al referirse a la prueba penal, nos dice que ésta tiene una función determinada que es la de “[...] llevarle al juez el conocimiento, dentro de los cauces procesales, de los hechos presuntamente atentatorios contra bienes apuntalados por el sistema, fundamento de los correspondientes pronunciamientos judiciales”;¹⁰⁴ estos conocimientos, se deben estrictamente a la prueba que puede ser aportada por los sujetos procesales, en este sentido es de importancia que dichos elementos probatorios contribuida por los litigantes, estén libres de cualquier vicio, que conlleve a dejar sin efecto a la prueba o lo que es peor se declare su nulidad.

Es así que uno de los requisitos básicos de toda actividad probatoria, es la licitud, lo que implica que las pruebas aportadas tanto por fiscalía así como por la defensa necesariamente tienen que ser lícitas y no contrarias la Constitución o la ley; nuestra norma constitucional en su artículo 76, numeral 4, textualmente establece que “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”;¹⁰⁵ en este sentido y desde un aspecto constitucional el espectro probatorio es protegido, impidiendo que se puedan producir daños colaterales a los derechos fundamentales de las personas intervinientes del proceso.

Previo a adentrarnos en lo referente a la licitud de la prueba, es esencial tener claro los conceptos referentes a la prueba ilegal o ilegalmente obtenida; y la prueba ilícita o ilícitamente obtenida, brevemente a criterio de Manuel Miranda Estrampes dice que: “el primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley. Por su parte, el

¹⁰⁴ Orlando Rodríguez, *La Prueba Ilícita Penal*, (Bogotá; Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2014), 16.

¹⁰⁵ Ecuador, *Constitución Del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008, última modificación 13 de julio de 2011, art. 76, numeral 4.

principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales”,¹⁰⁶ más adelante se abordarán estos temas de manera pormenorizada.

Tanto en el bloque de constitucionalidad, como en el de convencionalidad, se reconoce una serie de derechos y garantías que amparan y protegen la dignidad del ser humano, dentro de este precepto se acoge a todo el conglomerado social, incluyendo el Estado y todo su aparataje punitivo (fiscalía y órganos auxiliares), quienes con más razón, están obligados a enmarcarse dentro de los parámetros que se requiere para que un proceso penal sea sano, puesto que los temas referentes a un sistema penal acusatorio son más susceptibles de observación y protección en lo que a derechos y garantías respecta, puesto que al tratarse de personas que están siendo investigadas por el cometimiento de una infracción penal, es importante que el Estado sea garante de la no vulneración a sus derechos fundamentales, más aun cuando de pruebas incriminatorias se trata, siendo este el objetivo principal de esta investigación, dicho en otras palabras es importante analizar desde un enfoque doctrinario acerca de la así llamada teoría del árbol envenenado o también la ya desarrollada teoría de la prueba ilícitamente obtenida, con el fin de conocer cuáles son sus diferencias así como también cual es la que se ha desarrollado dentro de nuestra realidad.

1. Teoría del Fruto del Árbol Envenenado

Esta teoría tiene un origen bíblico, puesto que según textos sagrados que textualmente profesaban: “Así, 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 que no da buen fruto, es cortado y echado en el fuego. Así que por sus frutos los conoceréis”¹⁰⁷, partiendo de esta premisa bíblica, básicamente se puede entender, a esta teoría como la imposibilidad de utilizar pruebas obtenidas de manera ilícita; si la fuente (el árbol) está contaminado, lo que se derivé de él (la fruta), también lo estará.

En lo que respecta al desarrollo jurídico de esta doctrina, se puede decir que se han generado dos corrientes:

¹⁰⁶ Manuel Miranda Estrampes, prólogo de Manuel Serra Domínguez, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, (Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999), 75.

¹⁰⁷ La Biblia, Mateo 7:17-20

a) El sistema de fuentes con tradición “anglosajana”,¹⁰⁸ quienes acuñaron la terminología del fruto del árbol envenenado, en el año de 1820, cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, delibero en el caso *Silverthorne Lumber Co. v/s United States*, en el cual básicamente se infiere que, si la fuente principal (el árbol), de donde emergen las pruebas obtenida, está contaminada, entonces lo que derribe de éste (el fruto), está igualmente contaminado, evitando de esta manera practicas comunes que las fuerzas policiales solían cometer al momento de realizar allanamientos sin contar con las respectivas órdenes judiciales, con el fin de obtener pruebas ilícitas que a la largan eran perjudiciales para las personas acusadas de cargos penales; en los países que se rigen a este sistema “la prueba ilícita es manejada a través de la regla de exclusión, según la cual las pruebas ilegítimas no pueden incluirse en el acervo probatorio y existen procedimientos específicos para excluirlas de él”.¹⁰⁹

b) El sistema de fuentes con tradición “germánico romana”,¹¹⁰ quienes acogieron este término del fruto del árbol envenenado en Sentencia Constitucional N° 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, del Tribunal Constitucional de España, los cuales se pronunciaron sobre este tema indicando expresamente la prohibición de utilizar cualquier tipo de pruebas que hayan sido obtenidas por vulneración de los derechos fundamentales; dicho en otras palabras, toda prueba obtenida, mediante el quebrantamiento de aquello que es ilegal, contrario a la ley, a los principios y garantías constitucionales, carecerán de eficacia y validez y estos serán considerados ilegítimos, por no cumplir la norma; no obstante de aquello consideran además “un régimen de

¹⁰⁸ “Derecho Anglosajón: [...] es un sistema jurídico se caracteriza por basarse más en la jurisprudencia que en las propias normas jurídicas. Nace principalmente del Derecho Ingles y es un espejo del acontecer histórico de ese país, proviene principalmente de la época medieval. El sistema de derecho anglosajón se basa, sobre todo, en el análisis de las sentencias judiciales dictadas por el mismo tribunal o alguno de sus tribunales superiores (aquellos a los que se pueden apelar las decisiones tomadas por dicho tribunal) y en la interpretación que en estas sentencias se dan a las leyes, por esto es que las leyes pueden ser ambiguas en muchos aspectos, ya que se espera que los tribunales las clarifiquen (o estos ya lo han hecho sobre leyes anteriores, pero similares) [...]”. *

*Ángel Ocampo, *Derecho Anglosajón*, consultado el 17 de mayo de 2018, <http://angelsistemasjuridicos.blogspot.com/2012/05/derecho-la-familia-juridica-del-common.html#!/2012/05/derecho-la-familia-juridica-del-common.html>.

¹⁰⁹ Karina Cecilia Ibarra, *Los efectos de la prueba ilícita en Colombia: Caso miti – miti*, Revista Verba Iuris, 2017, 132

¹¹⁰ “Derecho Romano Germánico: La primera familia del derecho contemporáneo es la familia romano germánica. Los antecedentes se encuentran en Roma. La mayor aportación del mundo romano a las ciencias sociales es: el Derecho. El derecho romano germánico es la continuidad del derecho romano, no es una copia, pero si tiene su fundamento en el derecho romano”. *

*Alfredo Islas Colín, *Importancia del Derecho Romano en la Época Actual*, consultado el 17 de mayo de 2018; <https://www.definicion.xyz/2018/05/fuentes-del-derecho-romano.html>

nulidades específicas donde en todo caso el juez no puede anular la prueba si no afecta los intereses de la parte concernida”.¹¹¹

El tratadista Luis Humberto Abarca, al referirse a este tema manifiesta que “las fuentes de conocimiento del proceso delictivo obtenidas con la violación de la Constitución o la ley, no tienen validez y por lo tanto, se las tendrá por inexistentes porque jamás puede producir efectos jurídicos procesales penales”.¹¹²

En este sentido se puede decir que, esta teoría trata de proyectar la invalidez total de la prueba obtenida bajo actos ilegales e ilegítimos; incluso implica extender toda esa invalidez a aquellas pruebas que se hayan derivado de la ilegalmente inicial, por ello se puede sostener que si una prueba se obtiene violando preceptos legales y constitucionales todas las demás pruebas que deriven de ella, son de igual calidad es decir ilegales e ilegítimas.

En cierto sentido se puede decir que, la doctrina del fruto del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree doctrine), tiene su sustento en la doctrina norteamericana, que básicamente se basa en el que, si el procedimiento inicial es atentatorio a las garantías constitucionales, dicha ilicitud se alojara en todos los demás actos que devengan de ellas, mencionando algunos ejemplos tenemos: el allanamiento sin orden de autoridad competente, la confesión coactiva, deviene de tal la ilegalidad que independientemente a lo que hayan encontrado en el caso del allanamiento objetos ilegales en el domicilio y en el caso de la confesión una autoincriminación las mismas carecerán de validez.

Con la doctrina del árbol venenoso, se tutelan garantías constitucionales y para que opere dicha doctrina específicamente se requerirá del quebrantamiento de las mismas, para muchos doctrinarios esta teoría puede ser considerada como una modalidad de prueba ilegal, “que consiste en considerar invalidad en el proceso penal, aquella prueba que sea derivada de una ilegalidad inicial”;¹¹³ bajo el mismo precepto Miguel Carbonell, fundamenta esta teoría en “el hecho de que las autoridades no deben violar derechos fundamentales en el curso de una investigación y, si lo hacen, dicha violación debe ser “neutralizada” dentro del proceso, con independencia de la

¹¹¹ Ibarra, *Los efectos de la prueba ilícita en Colombia*, 132

¹¹² Luis Alberto Abarca Galeas, *La Defensa Penal Oral*, Tomo VI, Primera Edición, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2006), 104.

¹¹³ Alan Arbuola Valverde, *La Prueba y los Principios Probatorios en Materia Penal*, (San José: Editorial Obras Jurídicas Probatorias S.A., 1996), 207

responsabilidad concreta a la que pueden hacerse acreedores los agentes responsables de la misma”.¹¹⁴

Ahora bien, como sabemos en lo que respecta al proceso penal, éste se encuentra dividido bajo dos perspectivas, por una parte el derecho punitivo estatal que ejerce la acción penal e investiga el cometimiento de delitos, con el único fin de castigar a los posibles responsables; por otro lado se encuentra las personas investigadas o procesados, que gracias a las garantías constitucionales impide y limita que este poder punitivo ejerza cualquier tipo de actividad lesiva que afecten a los principios fundamentales de los ciudadanos; bajo esta premisa la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia SU-159 de 06 de marzo de 2002, al realizar un análisis sobre la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas refieren que, estas pueden cumplir varias funciones entre las que se destacan cinco:

- a) función disuasiva de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales; b) función protectora de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) función garante del respeto a las reglas de juego en un Estado de Derecho; d) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y e) función reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado en el caso concreto.¹¹⁵

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, el Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y justicia, ha permitido que se generen múltiples mecanismos que obligan a las instituciones judiciales a respetar e incentivar la aplicabilidad de los derechos, empezando por la dignidad humana; específicamente en lo que respecta a la doctrina del fruto del árbol envenenado, nuestra Constitución es clara al decir que “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”¹¹⁶, en este sentido se puede decir la prueba obtenida a través de un procedimiento irregular, en la cual se demuestren la vulneración de algún derecho fundamental, esta debe ser excluida del proceso y todo lo que devenga de esta no debe ser tomada en consideración al momento de resolver; “Esta tesis se fundamenta en la preponderancia que debe existir en el respeto de los derechos fundamentales de las personas, lo que no se lograría en forma

¹¹⁴ Miguel Carbonell, *No Admitamos las Pruebas Ilícitas*, 28 de septiembre de 2017, http://www.miguelcarbonell.com/escritos_divulgacion/No_admitamos_las_pruebas_il_citas.shtml.pdf

¹¹⁵ La Sala Plena de la Corte Constitucional, Republica de Colombia, sentencia SU-159 de 06 de marzo de 2002, consultado el 28 de septiembre de 2017, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/SU159-02.htm>

¹¹⁶ Ecuador, *Constitución Del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008, última modificación 13 de julio de 2011, art. 76, numeral 4.

efectiva, si se le da validez al fruto de la violación constitucional”¹¹⁷; si bien la jurisprudencia ha venido desarrollando variantes que modifican a la regla general de la exclusión, así también conocidas como excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado.

Ahora bien, una vez se ha realizado una explicación pormenorizada de cómo se ha originado esta teoría e incluso como se la ha venido entendiendo doctrinariamente a lo largo de estos años, tenemos que preguntarnos ¿Cómo entienden nuestros jueces a la teoría de los frutos del árbol envenenado?

Para respondernos esta interrogante, primero tenemos que dirigirnos a la normativa ecuatoriana; si bien, la exclusión probatoria, no se encuentra expresamente normada a nivel constitucional, los operadores de justicia (jueces), relacionan a la teoría del fruto del árbol envenenado (exclusión probatoria) con a que literalmente se encuentra en el artículo 76 numeral 4 que textualmente dice: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”¹¹⁸; si bien la Constitución de la República del Ecuador ha previsto la ineficacia probatoria de la pruebas ilícitas (violación a la Constitución), en el mismo artículo se debe hacer la diferencia de que una cosa es que la prueba vulnere garantías constitucionales y por ello son consideradas pruebas ilícitas, y otra muy diferente el que las pruebas vulneren la norma o la ley, es en este punto donde radica la importancia de esta investigación, pues a criterio de muchos operadores de justicia (fiscalía, judicatura defensoría pública), confunden la aplicación de esta doctrina; por una parte consideran que se debe excluir una prueba que devenga de una ilegalidad (un análisis que los veremos con posterioridad), sin embargo debemos decir que la obtención de la prueba que vulnere algún aspecto de legalidad, deben ser consideradas como pruebas ilegales, puesto que éstas tienen un devenir en la vida jurídica, por ende no pueden ser consideradas como las pruebas ilícitas que son las que violentan derechos fundamentales; en el desarrollo de esta investigación se hará una diferencia sustancial para entender si la prueba ilícita tiene o no que ver con la prueba actuada con violación a la ley.

Se ha mencionado que, si bien constitucionalmente tenemos lo que a primera vista hiciera estar relacionado con aspectos similares a la exclusión de la prueba

¹¹⁷ Alan Arbuola Valverde, *La Prueba y los Principios Probatorios en Materia Penal*, (San José: Editorial Obras Jurídicas Probatorias S.A., 1996), 206

¹¹⁸ Ecuador, *Constitución Del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008, última modificación 13 de julio de 2011, art. 76, numeral 4.

ilícitamente obtenida, esta conlleva a obtener una serie de efectos, ya sea su aplicación sea de carácter obligatorio por ser norma supra legal para todos los organismos estatales o que sus actuaciones deben estar inmersas en el estricto cumplimiento y vigilancia, con el fin de obtener una verdadera tutela judicial efectiva.

Sea de una o de otra forma los jueces han sabido entender de forma disímil el concepto de exclusión probatoria o doctrinariamente llamada teoría del fruto del árbol envenenado, sea para aplicar en pruebas que han sido actuadas ilícitamente, sin diferenciar las actuadas con violación a los derechos fundamentales o en sí dejando de hacerlo, lavándose las manos al no resolver los argumentos de exclusión esgrimidos por las defensas, traspasando esta responsabilidad a jueces de niveles superiores, hasta llegar a la misma Corte Nacional de Justicia, que de alguna u otra manera han sabido acoger estos argumentos y resolver sobre ilicitudes probatorias; dicho esto es importante conocer cuáles han sido los pronunciamientos realizados.

Es así, que podemos señalar la sentencia de la segunda sala penal de la Corte Nacional de Justicia, en recurso de casación No. 1525-2012-J549-2011-P-LBP, del 23 de noviembre de 2012; en la cual básicamente los hechos consistían en: mediante orden de allanamiento otorgado por el Juez Segundo de Garantías Penales, procedieron al allanamiento de la casa situada en la Cooperativa Alianza Riobambeña, tanto fiscalía como los agentes policiales, para dar cumplimiento a la orden, en dicho lugar encontraron a la señora Iliana García en compañía del menor Kevin Orellana, éste último en actitud nerviosa bajado de la terraza, quien al verse intimidado por miembros de la policía, indico que su madre le ha dado una funda que contenía sustancias ilícitas para que la arroje tras el inmueble; fundas que fueron encontradas en el exterior del inmueble, en cuyo interior se entraba 6 fundas con una sustancia verde (marihuana) con un peso de 30 gramos y 10 envolturas con una sustancia blanquecina (cocaína), con un peso de 13,5 gramos, hechos que ocasionaron la aprehensión de la señora Iliana García. Ya en el proceso penal, en la audiencia preparatoria a juicio, la defensa de dicha ciudadana solicitó se excluya el testimonio del menor Kevin Orellana, toda vez que se estaría violentando lo establecido en el artículo 76 numeral 7 literal e) “nadie podrá ser interrogado ni aun con fines investigativos, [...] por una autoridad policial o por cualquier otra sin la presencia de un abogado”;¹¹⁹ adicionalmente argumentan que el menor al tener trece años de edad, es una persona vulnerable enfatizando la protección

¹¹⁹ Ecuador, *Constitución Del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008, última modificación 13 de julio de 2011, art. 76, numeral 7 literal e).

que debe dar el Estado a los menores, en tal sentido la policía no tenía ninguna facultad para interrogar al menor; argumentos que no fueron acogidos por el juzgador, indicando erróneamente que “Se deja constancia que este juzgador no da paso a la petición de exclusión de ningún tipo de prueba a fin de que sea evacuada toda la prueba en la instancia superior”, como podemos observar el rol del juzgador encontrándose en la respectiva etapa para resolver exclusiones probatorias, no da paso al mismo e indica que “la prueba al ser evaluada en la instancia superior es ahí donde se establecerá si existió o no ilicitud”; ya en la audiencia de juicio el Tribunal de Garantías Penales, emite sentencia y declara la culpabilidad a Iliana García, por el delito de tenencia y posesión ilícita de sustancias sujetas a fiscalización, imponiéndoles la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial cabe indicar que al solicitar exclusión de la prueba, los miembros del tribunal por unanimidad decidieron que no era el momento procesal oportuno para resolver el pedido de exclusión, agregando además que este debió haberse solicitado en la audiencia preparatoria a juicio; en este sentido se realizó la apelación de la sentencia ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia quienes resolvieron confirma en todas su partes la sentencia recurrida; hasta ese momento los jueces se inclinaron por responsabilizar y sentenciar a la procesada, sin embargo muy acertadamente se planteó el recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, quienes acertadamente admiten a trámite y deciden resolver sobre la petición realizada por la defensa de que se excluya la prueba del testimonio del menor Kevin Orellana, por contravenir expresamente los artículos 76 numeral 4, y 76 numeral 7 literal e) de la Constitución; en tal sentido los magistrados se pronunciaron en el siguiente sentido:

[...] encontraron a Iliana García en el interior, junto al menor Kevin Orellana, éste último en actitud nerviosa cuando ha bajado de la terraza, quien les dijo que su madre le ha dado una funda que contenía sustancias estupefacientes para que la arroje tras el inmueble; [...] la declaración que hace su hijo en el momento del allanamiento, versión que primeramente no constituye prueba al no ser ordenada y practicada dentro de la etapa de juicio, y mucho menos representa un anticipo jurisdiccional de prueba. A la luz de las normas antes citadas, esta declaración vulnera claramente las garantías constitucionales del debido proceso de manera directa, además violenta su derecho de contar con un abogado al momento de su declaración. [...] Bajo esta concepción, el hecho de que el adolescente Kevin Orellana de trece años de edad, hijo de la procesada, sea indagado por un agente policial, en las circunstancias que se menciona en la sentencia, es decir, en el momento de un allanamiento y ante una evidente intimidación al joven, va en desmedro de los principios constitucionales de protección integral e interés superior del niño, y de su protección integral. Por lo antes expuesto, independientemente de la veracidad y credibilidad de lo expresado por el adolescente Kevin Orellana, estas declaraciones bajo ningún concepto pueden admitirse como

prueba o dársele valor probatorio alguno, pues el hacerlo representa una franca transgresión al orden normativo y constitucional. [...] al fundamentar y motivar la responsabilidad de la procesada únicamente en base a una actuación ilegítima, que no debió formar parte del acervo probatorio que obra del proceso, y que por lo tanto no puede servir como fundamento para llegar a la resolución final. [...] carecen de eficacia probatoria y deben excluirse aquellas pruebas practicadas lícitamente que han sido obtenidas como consecuencia de la prueba ilícita, pues la originaria ilícita vicia a aquellas pruebas derivadas. [...] Por lo que se resuelve declarar procedente el recurso de casación interpuesto, por cuanto la sentencia recurrida contraviene expresamente los textos de los artículos 76 numeral 4, y 76 numeral 7 literal e) de la Constitución¹²⁰.

Una vez se ha contextualizado el caso en concreto, desde su etapa inicial (formulación de cargos), hasta la resolución definitiva emitida por la Corte Nacional de Justicia (recurso de casación), podemos responder la pregunta en cuestión realizada en líneas anteriores (¿Cómo entienden nuestros jueces a la teoría de los frutos del árbol envenenado?); Empecemos por el juez de Garantías Penales, según la normativa vigente en ese momento, es en la audiencia preparatoria a juicio, donde el juzgador debe observar y resolver sobre algún pedido de exclusión probatoria, así lo señalaba el artículo innumerado 226, numeral 4, del Código de Procedimiento Penal, en el que se decía “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”¹²¹; así mismo se agrega que se “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”¹²²; es precisamente en este sentido que el juzgador, tenía la obligación de resolver sobre las exclusiones probatorias, sin embargo podemos identificar que el juez tenía poco o ningún conocimiento sobre la el tema y únicamente refiere que “la prueba al ser evaluada en la instancia superior es ahí donde se establecerá si existió o no ilicitud”, reduciendo su resolución a un facilismo y a lavarse las manos, para pasar esa al Tribunal Penal; por su parte el Tribunal Penal al darle a conocer sobre la ilicitud de la prueba que será presentada por la fiscalía se limitó a indicar que el tema de las exclusiones debió haber sido tratado en la etapa previa al juicio (audiencia

¹²⁰ Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 1525-2012-J549-2011-P-LBP, del 23 de noviembre de 2012.

¹²¹ Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial 360, Suplemento, 13 de enero 2000, art. Innumerado 226, numeral 4.

¹²² *Ibíd.*

preparatoria a juicio) y se entiende que toda la prueba anunciada cumple con los requisitos legales, sin siquiera hacer una reflexión sobre la prueba ilícitamente obtenida que fiscalía pretendía ingresar al juicio, esto a pesar que son jueces garantistas del debido proceso; en la Corte Provincial sin mayor trascendencia hizo caso omiso a las alegaciones de exclusión presentadas por la defensa y resolvió ratificar en todas sus partes la sentencia venida en grado; es así que llegamos a la Corte Nacional de Justicia, a través del recurso de casación, en donde los magistrados de la Sala penal finalmente recogen los pedidos solicitados por la defensa desde un primer momento y resuelven excluir la prueba referente al adolescente Kevin Orellana, estas declaraciones bajo ningún concepto pueden admitirse como prueba o dársele valor probatorio alguno; es recién en esta etapa donde en cierto sentido recién se observa la ilicitud de la prueba, pero a criterio personal lo hacen desde un aspecto meramente legalista al hacer excluir prueba por meros tecnicismos formales, estos es que el testimonio del menor Kevin Orellana “primeramente no constituye prueba al no ser ordenada y practicada dentro de la etapa de juicio”, y que “violenta su derecho de contar con un abogado al momento de su declaración”, si bien la Corte en cierto sentido resuelve a favor de la procesada y de alguna manera excluye la prueba, la misma no es bien entendida por los jueces toda vez que la misma se debió haber excluido por vulnerar y violentar los derechos fundamentales, en este caso el derecho fundamental a la integridad física y psicológica del cual fue objeto el menor para que rinda su testimonio, sobre esto la Corte no hace ningún análisis; es precisamente lo que versa el desarrollo de esta tesis el diferenciar doctrinariamente cuando realmente debe excluirse una prueba.

2. Exclusión Probatoria

En líneas anteriores se ha inferido que las pruebas obtenidas lícitamente, son el pilar fundamental de un proceso judicial, que sirven para demostrar determinados hechos que pudieren incidir en la decisión jurisdiccional o dicho en otras palabras “es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva”;¹²³ sin embargo a fin de que estas premisas conceptuales sean factibles, es imprescindible

¹²³ Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, t.1, (Córdoba, Editorial: Lerner, 1981), 314

que todas aquellas pruebas que se incorporen a un proceso judicial, gocen de legalidad o licitud, siendo este un presupuesto importante al momento de su utilización.

Ahora bien, que sucede si esta legalidad o licitud, se ve afectada por acciones que violenten el procedimiento probatorio o aún más grave los derechos fundamentales, contravenido ciertos requisitos legales u en su defecto omitiendo formalidades necesarias para su obtención y aplicación; lo más seguro es que se generaría la ilegalidad e ilicitud de las pruebas, pero estas pueden obedecer a dos motivos: a) Irregular obtención y; b) Irregular Incorporación

2.1. Obtención Irregular

La necesidad sustancial del poder estatal, dentro de un procedimiento judicial es el descubrimiento de la verdad a través del principio de libertad probatoria; sin embargo, de aquello, éste encuentra su límite en el principio de legalidad y más aún en las garantías constitucionales y convenios internacionales que protegen los derechos fundamentales del hombre, estas conjeturas deben encontrarse en pleno equilibrio a fin de que no existan abusos por alguna de las partes.

En relación a este tema José Cafferata Nores, indica que “[...] aunque no haya reglamentación expresa, la tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez”,¹²⁴ en este sentido se puede decir que las pruebas *obtenidas irregularmente* son aquellas que han sido recogidas infringiendo garantías constitucionales que afecten derechos fundamentales, así por ejemplo la prueba recabada en un allanamiento sin la respectiva orden judicial, esta prueba obtenida básicamente afecta la inviolabilidad del domicilio, en tal sentido corresponde dejar insubsistente cualquier resolución del cual se haya utilizado prueba que devenga de tal ilicitud.

Es preciso insistir que la obtención de las pruebas ilícitas “deberá alcanzar no sólo a las pruebas que constituyan en sí mismas la violación de la garantía constitucional [...], sino también a las que sean su consecuencia inmediata siempre que a éstas no se las hubiese podido obtener igualmente sin la vulneración de aquélla”;¹²⁵

¹²⁴ José Cafferata Nores, *La Prueba en el Proceso Penal*, 3ra edición, (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1998), 17.

¹²⁵ *Ibíd.*, 18.

continuando con el ejemplo anterior, si hablamos de un allanamiento ilegal, en la cual, el propósito era encontrar armas de fuego, violentando el derecho a la intimidad, éstas deberán ser excluidas precisamente por violentar derechos fundamentales, pero además, las pericias que sirven para determinar la operatividad de las armas, que se deriven de este hallazgo, como el de balística, deberán así mismo ser excluidas del proceso; recordemos que la justicia no puede hacer uso de acciones que sean contrarias a la ley con el fin de beneficiarse de estas.

De igual manera, como sucede con las pruebas obtenidas irregularmente, en lo que respeta a las fuentes extraprocesales de conocimiento, como sucede en las denuncias anónimas, que de alguna manera son utilizadas para iniciar un proceso investigativo, estas deben reunir los mismos presupuestos que las requeridas en la obtención de las pruebas, es decir no se puede vulnerar derechos fundamentales valiéndose de denuncias que no gozan de algún sustento que hagan presumir el cometimiento de un delito, “Aprovechar la ilegalidad para iniciar la persecución del delito es tan inadmisibles como aprovechar la ilegalidad para intentar probar su comisión”¹²⁶, en tal sentido toda denuncia que no cuente con presupuestos básicos que haga presumir al poder punitivo estatal sobre el cometimiento de un delito, bajo ningún concepto debe ser admitido, ya que el aparato estatal se activa con elementos facticos sostenibles, la sola omisión daría paso a una persecución cuyo resultados darían paso a la vulneración de los derechos del ciudadano.

2.2. Incorporación Irregular

Lo dicho en líneas anteriores, las partes pueden hacer uso de la libertad probatoria, sin embargo esta tiene límites en cuanto a la legalidad; a más de eso todo acto probatorio lleva consigo ciertas formalidades las mismas que deberán ser respetadas así como también su forma de hacerlo, las mismas que se encuentran previstas en la ley, en este sentido resulta importante que cualquier tipo de prueba que se trate de incorporar al proceso cumpla con las reglas previstas para cada una de ellas, así por ejemplo, si se trata de introducir como prueba algún “contenido digital”¹²⁷, no

¹²⁶ Cafferata, *La Prueba en el Proceso Penal*, 3ra edición, 21.

¹²⁷ “Contenido digital. - El contenido digital es todo acto informático que representa hechos, información o conceptos de la realidad, almacenados, procesados o transmitidos por cualquier medio tecnológico que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para un equipo tecnológico aislado, interconectado o relacionados entre sí”. *

basta con que se adjunte el documento donde consta la extracción de dicha información a modo de informe pericial, esta debe, necesariamente ser presentada a través de respectivas técnicas digitales forenses, por medio de un perito experto en la rama el mismo que tiene que rendir su testimonio sobre la pericia que realizó y lo más importante indicar cuales fueron sus conclusiones.

Así pues, el documento por si solo al ser incorporado como tal, constituye prueba irregular por no contar con las formalidades que la ley le exigen para que constituyan prueba plena en un proceso judicial; estas formalidades van relacionadas con el derecho a la defensa que tienen los sujetos procesales y sobre todo el principio de contradicción de la prueba, en tal sentido cualquier tipo de inobservancia a las normativas, frenará la utilización de dichas pruebas en la resolución o sentencia.

3. Prueba ilícita

La idea de la exclusión de, “La prueba ilícita no se configura por la creencia de que se violaron formalidades de la prueba, sino porque se atenta contra los derechos fundamentales de la persona en su consecución”;¹²⁸ básicamente tiene que ver con las malas prácticas estatales, representados a través de su poder punitivo, fiscalía y organismos auxiliares (policía), quienes al momento de iniciar su accionar investigativo en determinado hechos, infringe normas o principios establecidos en la Constitución, violentando las garantías y derechos fundamentales, para la obtención de la prueba sobre la cual se fundamente la decisión judicial, independientemente a su resultado; en este sentido la obtención de pruebas está íntimamente relacionadas con los derechos y garantías que se encuentran plasmados en la constitución, es así que la prueba ilícita se puede considerar como una prueba irregular que afecta derechos humanos transcendentales como la dignidad e intimidad, entre otros. Por ende, se puede decir que “prueba ilícita es un antivalor que se produce cuando el Estado, a través de un agente policial o judicial, vulnera o viola uno o varios derechos o garantías constitucionales constitutivos del concepto del debido proceso”.¹²⁹

* Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 500.

¹²⁸ Antonio González Navarro, *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*, (Bogotá: Leyer Editores, 2011), 1017.

¹²⁹ Rodríguez, *La Prueba Ilícita Penal*, 23.

Con este preámbulo podemos definir a la prueba ilícita como aquella obtenida en desconocimiento del sistema jurídico con vulneración, violación, afectación de un derecho o garantía fundamental, menoscabando derechos constitucionales, reconocidos en convenios, tratados y pactos internacionales, así pues “debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales”.¹³⁰

Para Devis Echandía, las pruebas ilícitas son “aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana”¹³¹; así mismo, Vittorio Denti coincide en la definición anterior al referir que las pruebas ilícitas como aquellas que “se obtuvieron mediante violación de derechos tutelados por normas diversas y, en primer lugar, por normas constitucionales”;¹³² estos dos tratadistas hacen énfasis en los derechos y garantías que constitucionalmente gozan los ciudadanos los mismos que no deben ni tienen que ser adulterados.

Otra acepción en lo que respecta a la prueba ilícita, es precisamente la planteada por Silvia Melero, quien sostiene que:

“La prueba que vulnera garantías constitucionales o derechos fundamentales en su obtención tiene el nombre de prueba ilícita, esta conceptualización recibe una inminente aceptación en la doctrina extranjera que predominantemente identifica al concepto de prueba ilícita con aquella prueba que atenta contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana”.¹³³

Estas conceptualizaciones doctrinarias, tienen un elemento unívoco, que tiene que ver con la ilicitud de la prueba, cuando ha sido obtenida por medios que van en detrimento de la dignidad y la libertad humana y que conculquen derechos y normas constitucionales y legales.

Por otro lado, haciendo alusión a una perspectiva distinta, el autor Alberto Montón considera a la prueba ilícita como “su propio texto lo expresa es aquella que se

¹³⁰ Carlos Alberto Buelvas Nieto, *La prueba ilícita y la cláusula de exclusión probatoria en el nuevo Sistema Penal, ¿Cuál es su alcance y aplicación?*, (Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2011), 9

¹³¹ Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, 5 Edición, (Buenos Aires: Editorial Temis, 1981), 539.

¹³² Vittorio Denti, citado por Miranda Estrampes, *El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2da Edición, (Barcelona: Ediciones, 2004), 21.

¹³³ Silvia Melero, citada por Miranda Estrampes, *El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2da Edición, (Barcelona: Ediciones, 2004), 19.

encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita”.¹³⁴

Karina Cecilia Ibarra, al realizar un análisis de la sentencia del Caso “miti – miti”, de Colombia, da a conocer dos posturas contrarias respecto a este tema, “La primera donde la prueba ilícita se debe y se puede valorar, es eficaz sin perjuicio de las sanciones a imponer a los funcionarios por utilizar medios ilícitos para su obtención”¹³⁵; y la segunda en la cual, una prueba “[...] ilícita, no se puede valorar toda vez que si se aprecian las pruebas ilícitas se estimula su uso, por lo tanto si se desechan se cortan de raíz y de esta manera puede resolverse el problema de vulneración de derechos fundamentales”.¹³⁶

Ya sea de una o de otra perspectiva, se podría decir que la prueba ilícita es aquella que vulnera o lesiona al momento de su obtención los derechos y garantías innatas del ser humano, los cuales pueden estar consignados en diferentes sistemas jurídicos, ya sea en normas supranacionales o internas, leyes orgánicas, estatutarias u ordinarias, o un decreto erga omnes; siendo trascendental la diferencia de la prueba inconstitucional la cual nos reduce su campo de acción al mero marco constitucional, dejando a un lado la relevancia de los instrumentos jurídicos internacionales vigentes protectores de derechos y garantías; cabe indicar que la ilicitud de la prueba no solo tiene su origen en la violación de normas constitucionales ni en la violación de los derechos fundamentales, si no que esta se puede extender a normas meramente procesales.

Ciertos doctrinarios no solo indican que, para que se genere una prueba ilícita necesariamente se tiene que lesionar o vulnerar un derecho o garantía constitucional, sino agregan que el órgano estatal investigativo (fiscalía/policía), actúen con dolo o de forma doloso para la obtención de la fuente de prueba, así lo sostiene Orlando Rodríguez, que dice: “[...] para que exista prueba ilícita, además de la vulneración del debido proceso, se requiere que el agente infractor actué con una dosis subjetiva, el dolo”,¹³⁷ agrega además que “[...] debe acreditarse que el infractor actuó intencionalmente, con dolo contrariando el contenido del mandato jurídico”.¹³⁸

¹³⁴ Alberto Monton Redondo, citado por Manuel Miranda Estrampes, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, (Barcelona: Editorial Bosch, 1999), 18.

¹³⁵ Karina Cecilia Ibarra, *Los efectos de la prueba ilícita en Colombia*, 131

¹³⁶ *Ibíd.*, 131

¹³⁷ Rodríguez, *La Prueba Ilícita Penal*, 28.

¹³⁸ *Ibíd.*, 28

Sobre lo antes mencionado Alberto Montón sostiene que “la prueba ilícita la caracteriza que en su producción se ha desplegado por el agente una conducta dolosa, en tanto que en la prueba viciada “concurren una serie de circunstancias que afectan la veracidad de su contenido, pero sin tener consideración para nada la forma como se ha obtenido”.¹³⁹

En lo que respecta al Estado ecuatoriano, nuestra constitución al referirse a la prueba ilícita en su artículo 76 numeral 4 nos dice: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”, en este sentido podemos concluir que las pruebas que hayan sido obtenidas con violación de garantías constitucionales o en detrimento del principio de legalidad, no serán eficaces y por ende, no serán incorporadas dentro del proceso judicial, puesto que, para que la prueba pueda generar certeza en el juzgador, debe ser obtenida mediante medios adecuados y de forma lícita; sin embargo en la norma supra legal no exige aspectos subjetivos como la dolosidad para que se declare la ilicitud de la prueba.

Al respecto de la ilicitud probatoria la Corte Suprema de Justicia (Corte Nacional de Justicia), en sentencia de 08 de agosto de 2007, manifiesta que esta:

[...] se halla inmerso dentro del debido proceso, siendo susceptible por consiguiente de la aplicación de la cláusula de exclusión, previsión constitucional que consiste en excluir del arsenal probatorio o en desconocerle valor probatorio a aquellos medios de prueba que al ser obtenidos, recolectados o practicados no se ajusten al debido proceso bien sea en su esfera material o formal, lo cual corresponde a una prueba ilícita.¹⁴⁰

En el mismo sentido en sentencia, del 21 de octubre de 2009, al ampliar el tema referente a la prueba ilícita refieren además que esta “[...] es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita”,¹⁴¹ en este sentido no basta con que se hayan vulnerado principios y garantías constitucionales, sino que la Corte básicamente analiza elementos subjetivos para la obtención de la

¹³⁹ Alberto Montón Redondo, *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, (Salamanca: Editorial Departamento de Derecho Procesal de la Universidad, 1977), 175.

¹⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 1528-06-RA, Primera Sala, R.O. 155-S, 24-VIII-2007.

¹⁴¹ Sentencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, de 21 de octubre de 2009, Radicado N° 23.193.

prueba, como es el “dolo”,¹⁴² es decir la intención que con la intención maliciosa por parte del Estado, para plantar prueba ilícitamente; desde mi punto de vista si bien es un pronunciamiento acertado por parte de los magistrados de alzada, no es menos cierto que demostrar elementos subjetivos como es el dolo, resulta desgastante para la defensa de los imputados, ya que no solo tiene que defenderse del proceso en sí, sino que además debe estar pendiente que el ente rector (fiscalía), no actué con cierta dolosidad en su accionar investigativo; recordemos que la parte débil de un proceso penal es precisamente el procesado y es precisamente en este sentido a mi criterio que bastaría con que se vulneren garantías fundamentales para declarar la ilicitud de ciertas pruebas.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como se había mencionado anteriormente, operadores de justicia ya sea fiscalía, judicatura, defensoría e incluso los mismos abogados litigantes, confunden o asimilan como uno mismo a la prueba ilícitamente obtenida y a la prueba ilegalmente obtenida, más adelante se realizara una diferencia pormenorizada de cada una de éstas; sin embargo y para una mejor entendimiento del lector, es oportuno ejemplificar, cuando se incurre en la obtención de la prueba ilícita, para lo cual nos referiremos a un caso práctico.

El 23 de octubre de 2017, a las 19:30, en las calles Salinas y Oviedo del cantón Quito, fue privada de libertad en delito flagrante la señora Mónica Bastidas, toda vez que miembros policiales anti narcóticos, mediante llamadas telefónicas alerta de una ciudadana que se dedicaba al expendio de sustancias sujetas a fiscalización, es así que al realizarle el registro respectivo, en sus partes íntimas (senos) encuentran una funda transparente contenido en su interior una sustancia blanquecina presumiblemente cocaína, sustancia que sometida a prueba preliminar de campo dio positivo para cocaína con peso neto 1.75 gramos; agentes policiales al observar que dicha ciudadana tiene antecedentes penales por las mismas circunstancias (tenencia de sustancias ilícitas sujetas a fiscalización), comienzan en un inicio a presionarle psicológicamente para que confiese si tenía más drogas, al no tener resultados, los agentes policiales, agreden físicamente atentando contra su integridad física, hasta que al final la aprehendida confiesa tener más sustancias ilícitas en su casa, para lo cual es trasladada en ese momento hasta su casa y obligada abrir la puerta y donde se encontró una funda negra en cuyo interior se encontraba 55 , fundas pequeñas transparentes contenidas en su

¹⁴² “Dolo. - El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”. *

* Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, última modificación 22 de mayo de 2016, art. 29, último inciso.

interior una sustancia blanquecina presumiblemente cocaína, sustancia que sometida a prueba preliminar de campo dio positivo para cocaína con peso neto 135 gramos; aquí tenemos un claro ejemplo de lo que constituye la prueba ilícitamente obtenida, toda vez no es motivo de que una persona como resultado de su pasado judicial (antecedentes penales) haya quedado etiquetada o estigmatizada o del derecho a los agentes policiales a ejercer actos de intimidación, agresiones psicológicas e inclusive físicas (tortura) en contra de la integridad de la persona, incurriendo en un interrogatorio inconstitucional, pues una vez que ya estuvo privada de su libertad, tenía dos derechos, a ser informada de sus garantías constitucionales y a ser trasladada ante un Juez competente, por ende en ningún momento debió haber sido torturada y mucho menos obligada a incriminarse, por lo que debe excluirse y por ende no podrá ser valorada, ya que su origen es ilícito y; si es en base a dicha confesión que se obtuvo la evidencia (droga) en las que se construyó el caso; el momento en que se excluya la confesión por ser prueba ilícitamente obtenida debe ser considerada inexistente y toda la que devino de ésta.

4. Prueba ilegal

Es importante conocer la conceptualización en lo referente a este tema, toda vez que, en muchas ocasiones los vocablos empleados aleatoriamente, (prueba irregular, prueba inconstitucional, prueba ilícita, prueba ilegal), en su mayoría suelen ser erróneamente asimilados, tradicionalmente se creía que al asignarle de ilegal una prueba se producían los efectos de exclusión, sin embargo estos términos o acepciones no pueden ser confundidos en razón de que cada uno de ellos conlleva un análisis diferente al momento de examinar los medios probatorios.

La prueba ilegal, o también conocida como prueba irregular, parte de la imperfección humana la misma que conlleva a que las pruebas obtenidas por falta de ritualidades o formalidades, su accionar resulta ilegal, sin embargo, estas no son motivo de nulidad ni de exclusión, sino que estas eventualmente pueden ser apreciadas o valoradas por el juzgador.

Para una adecuada comprensión de esta terminología, los tratadistas Elizabeth Herrera Aldana y Javier Cortés Cubides, refieren que, “[...] la legalidad constituye un referente obligatorio para poder definir y conceptualizar la prueba ilegal sin este referente no podría darse un alcance a la prueba legal como a la ilegalidad por ende toda la actividad jurisdiccional esta reglada previamente a la obtención, producción y

valoración de la prueba penal”,¹⁴³ bajo esta premisa se entiende que, toda aquella prueba obtenida, incorporada y puesta en conocimiento al juzgador, debe ser no solo lícita, sino también legal, que se haya respetado todas las formalidades en los procedimientos, determinados para su validez.

Para la Corte Suprema de Justicia de Colombia, al realizar un análisis referente a este tema, ha mencionado que:

[...] la prueba ilegal, se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba.¹⁴⁴

Bajo este criterio, se entiende que la, “[...] la prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales”,¹⁴⁵ como premisa esencial, la prueba debe ser legalmente obtenida, es decir que el momento de su producción se haya respetado los procedimientos, medios, métodos, formales determinados para su validez; por ende se puede precisar que la prueba ilegal particularmente es aquella obtenida con vulneración al procedimiento y los requisitos legales y formales.

Un Estado constitucional, como regla general esa obligado a respetar el debido proceso, así como también el de garantizar la “seguridad jurídica”¹⁴⁶ y sobre todo fomentar una correcta “tutela judicial efectiva”¹⁴⁷, esto para en cierta manera limitar el “ius puniendi”¹⁴⁸ estatal, ante ello “a fin de proteger a la comunidad y al propio

¹⁴³ Elizabeth Herrera y Javier Cortés, *La prueba Ilícita y la Prueba Ilegal Criterios de diferenciación*, Bogotá, 2011, p.30

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Colombia, 2005, Sentencia del 02 de marzo, radicado No. 18.103

¹⁴⁵ Buelvas, *La prueba ilícita y la cláusula de exclusión probatoria*, 9.

¹⁴⁶ “Seguridad Jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. *

* Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 82

¹⁴⁷ “Tutela Judicial Efectiva.- Al respecto, el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 23 establece que las juezas y jueces tienen el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera que sea la materia, el derecho o la garantía exigida; y para ello, deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los méritos del proceso”. *

* Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 024-13-SEP-CC, caso No. 1437-11-EP

¹⁴⁸ “Ius Puniendi. - Potestad del Estado para castigar mediante los sistemas represivos en nuestro derecho: el derecho penal, que es aplicado por los jueces y tribunales, y derecho administrativo sancionador, que es aplicado por la Administración”. *

* Lengua de la Real Academia de la Lengua; <https://dej.rae.es/lema/ius-puniendi>, consultado el 09 de marzo 2018, a las 15:05

imputado de los posibles abusos y arbitrariedades que se puedan producirse en este campo todo debe tener soporte legal, principio de garantía para los derechos y libertades individuales, lo que constituye el debido proceso”.¹⁴⁹

En este sentido, es el Estado el que tiene la obligación de garantizar la convivencia social, frente a los actos de los ciudadanos ya sea castigando o reprimiendo actuaciones penalmente relevantes, su accionar debe ser consecuente con los derechos y libertades fundamentales, respetando el debido proceso de los intervinientes en el Proceso Penal, más aun cuando se trate de la obtención y practica de los elementos probatorios, que servirán de base para la imputación de penas restrictivas de derechos.

Ahora bien, en lo que respecta a la prueba ilegal, este se presenta dentro de un sistema jurídico subalterno, es decir se origina y reside en leyes ordinarias y las formalidades en ellas establecidas, “[...] las pruebas allegadas al proceso penal, deben reunir para su aceptación y validez requisitos de forma impuestos por el procedimiento, a la vez que la calidad necesaria, intrínsecamente apreciada, para producir la certeza sobre los hechos y responsabilidad investigados”,¹⁵⁰ tanto la práctica probatoria, así como su desarrollo se deben ajustar a los aspectos determinados en la norma.

El tratadista Orlando Rodríguez, al referirse a la prueba ilegal indica que esta “tiene su escenario en las normas jurídicas contenidas en Códigos de Procedimiento Penal atinentes a la solicitud, recolección, aducción del EMP, y de la EF, como de la practica probatoria en el interior del juicio oral y público sin comprometer un derecho o garantía fundamental”¹⁵¹; resulta a priori indicar que la prueba ilegalmente obtenida no necesariamente conduce a la exclusión de la prueba, ya que esta es obtenida mediante la omisión de convencionalismos y formalidades establecidas en la ley, sin que necesariamente se afecte ciertas garantías constitucionales; se puede decir que el resultado de una prueba ilegal es de libre apreciación o valoración para el órgano judicial a través de los jueces.

En tal sentido y bajo estos presupuestos, se sostiene que no obstante de existir vulneraciones al procedimiento en la obtención de pruebas, bajo ningún concepto se puede sacrificar la justicia por la omisión de ciertas formalidades, lo cual permite que esta clase de pruebas ilegalmente obtenidas, puedan ser admitidas e incorporadas única y exclusivamente para su valoración siempre y cuando estas estén acompañadas de otras

¹⁴⁹ Yesid Ramírez, *El Juicio Oral en Colombia*, (Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, 2001), 77

¹⁵⁰ Gustavo Rendón Gavira, *Curso de Procedimiento Penal*, (Bogotá: Editorial Temis, 2002), 202.

¹⁵¹ Rodríguez, *La Prueba Ilícita Penal*, 116

pruebas que sean encaminadas al mismo hecho delictivo; a manera de ejemplo y para que no quede dudas en que consiste la prueba ilegalmente obtenida podemos decir que: el arma de fuego con la cual se cometió un asesinato; miembros policiales recogen esta arma sin los protocolos del caso y sobre todo no entra en cadena de custodia el mismo día, sino tres días después, la defensa como es lógico solicita que al no haberse respetado los protocolos para la obtención del arma y más aún al no haber entrado en cadena de custodia, solicita que el arma de fuego sea excluida convirtiéndose en una prueba ilegal, más sin embargo como se ha venido sosteniendo, este hecho en particular no constituye una violación a los derechos y garantías fundamentales; por el contrario lo que no se cumplió fueron ciertas formalidades netamente legales que convierten a esa prueba en una prueba ilegalmente obtenida pero esta no puede ser excluida sino valorada con el resto de pruebas que encaminan a la responsabilidad de una determinada persona, no se puede sacrificar la justicia por meras formalidades, aún más cuando la demostración de autenticidad de aquellas evidencias no sometidas a cadena de custodia estarán a cargo de la parte que los presente, así lo determina el Art. 457 inciso final del Código Orgánico Integral Penal.

Así como existen actos legales que nacen a la vida jurídica, en cuanto cumplen con ciertas formalidades, al hablar de la admisibilidad de la prueba, ocurre de igual manera, siempre y cuando se cumpla con las reglas establecidas de admisibilidad, así como las reglas de valoración y de incorporación, la mismas tendrán plena validez.

5. Diferencias entre prueba ilícita y prueba ilegal

Es importante realizar una reseña de lo que se ha indicado en líneas anteriores y diferenciar sucintamente a la prueba ilícita, de la prueba ilegal, en ese sentido se podría decir que:

La ilicitud de la prueba, a) es el resultado de la afectación, limitación, violación de las garantías y derechos constitucionalmente protegidos, b) las pruebas ilícitas por el hecho de que se ven afectados las garantías fundamentales, deben ser excluidas del procedimiento penal y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar una decisión, c) Los efectos derivados de las pruebas ilícitas contaminan al resto de pruebas que se produzcan es esta violación; mientras que la ilegalidad probatoria a) Se general con la omisión, negligencia de las formalidades legales que se encuentran en las normas supletorias, b) Las pruebas ilegalmente

obtenidas no son excluidas, si no que pueden ser valoradas por el juzgador, c) las pruebas ilegalmente obtenidas no contaminan al resto de pruebas.

El tratadista Alex Calocca al realizar esta diferenciación refiere que:

“[...] la diferencia es fundamental porque en el caso de la prueba ilegal, se establece que podrá ser valorada libremente por el juzgador, por no existir con carácter general una norma que lo impida, lo que no sucede con la prueba ilícita que nunca puede ser tomada en cuenta por el tribunal. En todo caso, la admisión de la prueba irregular o ilegal, sería sin perjuicio de otras sanciones que se puedan establecer”.¹⁵²

Esta precisión entre prueba ilícita y prueba ilegal, dentro de un contexto investigativo y más aún ya en la judicialización del hecho delictivo, es relevante el conocimiento de estos dos términos toda vez que, en base a ellos, se pueden catalogar los elementos materiales probatorios y/o evidencias físicas que serán entregadas al juez de garantías penales y que eventualmente podrán ser el soporte en una sentencia.

6. Las pruebas y la vulneración de los Derechos Fundamentales

Todo “Estado de Derecho”¹⁵³, tiene la obligación de construir instituciones públicas, que sean destinadas a fomentar y fortalecer el reconocimiento de los Derechos Humanos, pero lo más importante es que estos derechos sean oportunamente tutelados, no solamente para la persecución de los delitos, sino que también se generen políticas que protejan los derechos fundamentales de las personas a quienes se les imputan determinados delitos.

En líneas anteriores se ha hecho mención, sobre la prueba ilícitamente obtenida la misma que tiene que ser excluida de todo el proceso, eso siempre y cuando se hayan violentado derechos fundamentales; ahora bien que se entiende por derechos fundamentales, estos son los derechos inherentes a toda persona por el hecho de ser humano, el Estado a través del poder Legislativo no concede esta clase de derechos, al contrario son derechos naturales, intrínseca de la persona humana, para decirlo en términos de la Declaración Universal, con el fin de garantizar las libertades frente al

¹⁵² Alex Calocca Pérez, *Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile*, vol. 4, núm. 2, (Santiago: Editorial Ius et Praxis, 1998), 310.

¹⁵³ “Estado de Derecho: (...) es sinónimo de “garantismo”. Por eso designa no simplemente un “estado legal” o “regulado por la ley”, sino un modelo de Estado nacido con las modernas constituciones y caracterizado: (...) b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución”. *

* Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 856-859

poder público, en este sentido es imprescindible detallar cuales son estos derechos fundamentales que se pueden ver conculcados el momento de una injerencia estatal, así podemos señalar los siguientes: a) Derechos Fundamentales Absolutos.- Son aquellos que no son susceptibles de limitación o restricción alguna, como la inviolabilidad de la dignidad Humana; y b) Derechos Fundamentales Relativos.- Son aquellos susceptibles de restricción o limitación, siempre y cuando se cumplan los presupuestos, condiciones y requisitos exigidos por la ley, como la Inviolabilidad de la Intimidad; Inviolabilidad del Domicilio; Inviolabilidad de las Comunicaciones.

6.1. Inviolabilidad de la Dignidad Humana (la vida y la integridad física)

Para tener claro una conceptualización, en lo referente a la dignidad humana, es necesario citar al tratadista alemán Immanuel Kant, quien emite un concepto sobre este principio, al decir que:

“[...] porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas”.¹⁵⁴

En este sentido la dignidad humana, se concibe como un conjunto de facultades propias, exclusivas del hombre como seres razonables y racionales, “Los seres humanos se distinguen de los animales por el hecho de que el principal determinante de sus acciones es la razón práctica más que el instinto”,¹⁵⁵ siendo la característica principal de la humanidad, la razón.

Nuestra constitución al ser de avanzada frente a otras de la región, la dignidad humana, se la otorga bajo el objetivo de proteger a la persona y es precisamente bajo este principio que el resto de derechos se desprenden de esta acepción, para el tratadista Orlando Rodríguez al referirse a la dignidad refiere que este:

“[...] trasciende el campo de la política, la filosofía y la juricidad, por tanto, tiene expresión en el continente y contenido de los derechos culturales, económicos, sociales y políticos, entendidos como una unidad interdependiente, integral y universal, que

¹⁵⁴ Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Tras. M. García Morente, (Madrid: Espasa-Calpe, 1998), 335.

¹⁵⁵ Christine Korsgaard, “*Kant’s Formula of Humanity*” en *Creating the Kingdom of Ends*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 116.

compendia las condiciones mínimas que necesita todo ser humano para su existencia".¹⁵⁶

En este sentido se puede decir que un Estado no concede la dignidad humana, al contrario, la reconoce y la debe promover en todos los sentidos, por bienestar de los habitantes a los que representa, así como para legitimar el ejercicio del poder; desde un punto de vista constitucionalista Lara Ponte, refiere que es "una fórmula de contenido técnico jurídico por la cual tienen que asegurarse los derechos de los gobernados al establecer los límites del poder estatal para resguardarlos".¹⁵⁷

Para María Ferreiro Noya, considera que la dignidad le confiere al hombre "la posibilidad del desarrollo y afirmación de todos aquellos derechos que le son esenciales o inherentes a su condición de persona y que deben serle universalmente reconocidos".¹⁵⁸

Se había dicho en líneas anteriores que la dignidad humana es innata a toda persona, sin distinción alguna, ya sea física, intelectual o cultural y es el Estado quien estructura su marco político y jurídico para proteger este principio, es a través de esta que se le permite a una persona exigir a sus semejantes un trato igualitario, respetuoso y el Estado está obligado a promover a través de sus entes gubernamentales a que sus actuaciones estén dirigidas a garantizar y respetar dicho principio.

La dignidad en el contexto de los Derechos Humanos, constituye el valor que se le da a cada persona, el respeto mínimo de su condición de ser humano, lo cual impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social; de ahí que la dignidad humana se erige como principio esencial de los valores de autonomía, de seguridad, de igualdad, de libertad. Así la dignidad humana tiene que ver con el trato que se le da a las personas, por ello el Estado no puede tener normas atentatorias al trato humano, que generen actos degradantes, inhumanos, discriminatorios ya sea por la edad, religión, raza, etnia, sexo, género, cultura, en general todo aquello que atente en contra de la autoestima de las personas, "la dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público".¹⁵⁹

¹⁵⁶ Rodríguez, *La Prueba Ilícita Penal*, 125.

¹⁵⁷ Lara Ponte, *Derechos Humanos y Constitución*, Revista CODHEM, 102, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/61/pr/pr27>, accedida el 14 de octubre de 2018.

¹⁵⁸ María Noya Ferreiro, *La intervención de comunicaciones orales en el proceso penal*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 26.

¹⁵⁹ Citado por Fernando Herrero Tejedor, *La intimidad como derecho fundamental*, (Castellón: Ediciones Colex, 1998), 15.

La importancia de la dignidad humana es tal, que se encuentra reconocida en el marco jurídico supranacional, es así que se encuentra establecida en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la que en su primer considerando señala “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”,¹⁶⁰ este referente legal ha permitido que las constituciones de avanzada o progresistas incorporen en su legislación el valor prioritario que tiene la dignidad humana como una característica relevante, de la misma forma el artículo 1, de dicha declaración señala que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia”,¹⁶¹ en este sentido se puede deducir que todos somos iguales que ninguno es superior y los más importante, es que todos tenemos los mismos derechos.

La Convención Americana de Derechos Humanos, de noviembre 22 de 1969, en su artículo 11-1 señala que “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Con todos estos instrumentos internacionales que se ha citado, podemos darnos cuenta que la dignidad se encuentra reconocida y garantizada en todas sus formas, como un aspecto inherente de toda persona, siendo un derecho inalienable y que no excluye a persona alguna, por ende, todo accionar estatal ha de encontrarse siempre a la par del respeto del derecho a la dignidad humana.

Para Martínez Bullé quien “afirma que no puede entenderse la existencia de una Constitución moderna que no regule los derechos humanos ni a estos sin el orden constitucional”.¹⁶²

Nuestra constitución al ser progresista y al estar ajustada a los tratados internacionales así como lo establece el artículo 424 inciso segundo en la que se dice que: “[...] los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”¹⁶³, obliga a que exista normativa concordante con dichos tratados, en ese sentido nuestra

¹⁶⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos

¹⁶¹ *Ibíd.*,

¹⁶² Martínez Bullé Goyri, Víctor, *Derechos Humanos y Constitución*, 250, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/883/24.pdf>, accedida el 14 de octubre de 2018

¹⁶³ Ecuador, *Constitución Del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008, última modificación 13 de julio de 2011, art. 424, inciso segundo.

Constitución, en lo que respecta a la dignidad humana, la misma se encuentra plasmada en varios artículos de entre ellos se pueden destacar los siguientes.

“Art. 11. 2 todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.”¹⁶⁴

“Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”¹⁶⁵

“Art. 11. 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”.¹⁶⁶

Es en este sentido, que a través de la constitución y del articulado enunciado, el Estado ecuatoriano garantiza la aplicabilidad y accesibilidad de las garantías, principios y derechos del ser humano, entre ellos se encuentra el más relevante con la connotación dada es el principio de dignidad, convirtiéndose en la piedra angular en la que descansan varios derechos como vida, prohibición a la tortura, humanidad, igualdad, intimidad, honra, libertad, buen nombre, inocencia, entre otros. Es decir, la dignidad humana abarca un componente de derechos que tienen todas las personas.

Ya en materia, en lo referente a la obtención de pruebas, se puede decir que la dignidad humana, bajo ningún concepto se puede ver afectada al momento de la producción u obtención de una prueba, ya que todo trato degradante contra la condición del ser humano, que afecte su integridad física, psicológica, sexual, entre otros aspectos será considerado como una prueba ilícitamente obtenida; la dignidad al ser pilar o base de los derechos componentes de un sistema jurídico, obliga a al poder público a respetar la dignidad, más aun en el ámbito judicial ya sea en la investigación, juzgamiento y ejecución los hechos penalmente relevantes, en este sentido se deberán respetar los derechos de las personas sin que esto derive en torturas, discriminaciones, agresiones que invaliden los medios de prueba obtenidos y producidos dentro del proceso.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, art. 424, numeral 2.

¹⁶⁵ Ecuador, *Constitución Del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008, última modificación 13 de julio de 2011, art. 11, numeral 2.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, art. 11, numeral 7.

Desde el ámbito procesal penal y tomando en cuenta que nuestro sistema procedimental enfoca su aplicación al *ius puniendi*,¹⁶⁷ como ya se analizado en líneas anteriores, tanto los tratados internacionales como la misma Constitución, se han prescrito articulados referentes a la dignidad humana, que protegen el excesivo y/o abusivo poder estatal en la obtención o practica de pruebas, en este sentido el Código Orgánico Integral Penal, de igual manera ajustándose al boque de constitucionalidad ha establecido ciertos articulados que garantizan la dignidad humana como un derecho para las personas, esta norma se encuentra específicamente en el Capítulo Segundo, sobre las Garantías y Principios Rectores del Proceso Penal en los cuales se especifican las siguientes:

“Art. 4.- Dignidad humana y titularidad de derechos. - Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales. Las personas privadas de libertad conservan la titularidad de sus derechos humanos con las limitaciones propias de la privación de libertad y serán tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos. Se prohíbe el hacinamiento”.¹⁶⁸

“Artículo 11.- Derechos. – En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos: 12. A ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana”.¹⁶⁹

“Artículo 415.- Obligaciones de los adolescentes infractores. - Son obligaciones de los adolescentes infractores las siguientes: 2. Respetar la dignidad, integridad física, psíquica y sexual de todas las personas que se encuentren en los Centros”.¹⁷⁰

De esta forma sabemos que el objetivo del proceso penal, es proceder contra aquella persona que ha realizado un acto típico, pero el límite del poder punitivo estatal se encuentra en estricto cumplimiento de la dignidad humana, el cual no basta con ser reconocido, sino que deben existir mecanismos, medios para poder hacerlos efectivos, tanto en el caso del procesado como el de la víctima.

En conclusión, “Todo medio de prueba que atente contra la misma (la dignidad) deviene ilícito y, por consiguiente, inadmisibles”,¹⁷¹ es decir que la dignidad humana, goza de notable importancia toda vez que es un mecanismo que protege a toda persona

¹⁶⁷ “*Ius Puniendi*. - significa el derecho o facultad del Estado para castigar. El *ius puniendi* sólo es potestativo del Estado, pues es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la pena”. *

* *Diccionario Jurídico Ediciones Mexicanas*, www.diccionariojuridico.mx/definicion/ius-puniendi.pdf, consultado el 14 de octubre de 2018, a las 15:34

¹⁶⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 4.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, art. 4

¹⁷⁰ *Ibíd.*, art. 415

¹⁷¹ Miranda, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 18.

investigada o procesada, del poder punitivo estatal y obliga a que éste sea respetuoso el momento de la función de obtención y práctica de la prueba, “La prueba que viole los derechos más fundamentales de la persona debe ser excluida con indiferencia de la gravedad de la acusación”,¹⁷² no basta el querer perseguir un delito, o querer conseguir la verdad real a so pena de lesionar la dignidad de las personas, siendo así que todo lo que afecte a la dignidad del ser humano y este al determinarse como un derecho fundamental carece de valor.

6.2. Inviolabilidad de la Intimidad

El concepto específico del derecho a la intimidad, tiene su origen en el artículo publicado en los Estados Unidos, por los abogados Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, obra titulada “The Right to Privacy”,¹⁷³ quienes realizaron un análisis crítico basándose en la intromisión que se realizaba por parte estatal, los medios de comunicación o de terceras personas en la vida privada de los ciudadanos, pero sobre todo dieron la pauta para que en general, no se difundan datos personales o de imagen de la vida privada de las personas.

La intimidad, es un principio que se encuentra estrechamente ligado al principio fundamental de la Dignidad Humana, referida en líneas anteriores, esta surge como un derecho de la personalidad, en el que se protege el entorno íntimo; la intimidad es propia de la dignidad de la persona e implica la existencia en un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, manteniendo una calidad mínima de vida humana, por tanto se podría decir que es un derecho a ser desconocido, a ser secreto, a que el resto no sepan todo lo que hacemos o lo que somos.

A decir del tratadista Noé Adolfo Riande Juárez, al referirse al principio a la intimidad nos dice que “[...] se presenta como un derecho a la libertad, en cuanto derecho del individuo a hacer lo que le parece, esto es, a estar solo, a no ser incomodado, a tomar decisiones en la esfera privada sin la intervención estatal”,¹⁷⁴ en este sentido se puede decir que, el derecho a la intimidad protege cualquier tipo de

¹⁷² Rodríguez, *La Prueba Ilícita Penal*, 143.

¹⁷³ Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis D., *The Right to Privacy*, vol. IV, (Boston: Harvard Law Review, 1890), 5.

¹⁷⁴ Riande Juárez Noé Rodolfo, *Privacidad, Autodeterminación Informativa y la Responsabilidad de proteger los bienes de uso común*, consultado en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Congreso/pdf/103.pdf>, el 25 de octubre de 2018.

intromisión de extraños en la vida privada del individuo, además salvaguarda cuestiones de divulgación de la información.

Por otra parte, Camp Meyan, refiere que “[...] los derechos a manejar y preservar información y a preservar una esfera de intimidad tienen su fundamento en la propia naturaleza del ser humano, por ello constituyen derechos fundamentales que deben ser garantizados y regulados”,¹⁷⁵ en tal sentido dicho tratadista eleva a categoría de un derecho fundamental del ser humano la inviolabilidad del domicilio.

Para Pierre Kayser, define el derecho a la intimidad como:

Una forma de protección de la vida privada del individuo, entendido en un doble sentido: un amplio como la expresión que designa todas las reglas jurídicas que tienen por objeto proteger la vida personal y familiar, y en sentido estricto, la expresión se emplea para designar un conjunto de normas que tiene por fin la protección de las personas contra atentados que afectan particularmente el secreto o la libertad de la vida privada.¹⁷⁶

El derecho a la intimidad, se encuentra reconocido en algunos instrumentos internacionales el más relevante en que se encuentra en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que claramente nos dice: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”;¹⁷⁷ así mismo el artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagra que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”;¹⁷⁸ y “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias”.¹⁷⁹

Por otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos al referirse a este derecho en su artículo 11, inciso segundo dice:

1 Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad;
2 Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; 3 Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Cfr. Camp Meyan, L.M., *El derecho a la intimidad y la informática*, (México DF: Porrúa Ediciones, 1996), 11.

¹⁷⁶ Pierre Kayser, *La protección de la vida privada*, (París: Editorial Económica, 1984), 9 y 10

¹⁷⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos

¹⁷⁸ Pacto de Derechos Civiles y Políticos

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ Convención Americana de Derechos Humanos

La relevancia internacional que se le da a este derecho desde una óptica universal es de suma importancia, toda vez que se prioriza el respeto a la vida privada y a la intimidad siendo un valor fundamental del ser humano, es este sentido la norma lo que trata es de tutelar y evitar las violaciones que se puedan ver afectadas.

De la misma forma, nuestra Constitución, apegándose a estos tratados, acoge en su articulado normas supra legales que protegen dicho derecho, así por ejemplo tenemos el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador en el que menciona que: “Se reconoce y garantizará a las personas: 20. El derecho a la intimidad personal y familiar”, es obligación del Estado ecuatoriano reconocer, respetar y hacer respetar el derecho a la intimidad ya sea por intromisiones realizadas a través de quien ejerce la titularidad de la acción penal (fiscalía), como de los particulares garantizado a las personas a tener control de su propia vida como a bien lo tenga pertinente, siempre que no se vea afectado de forma negativa o dolosa el derecho de las demás personas, ya que recordemos que nuestro derecho termina cuando inicia el derecho de otro.

El principio a la intimidad se manifiesta como una de las mayores garantías que tiene el ser humano, es así que tanto las legislaciones internacionales como nacionales, establecen pautas para su protección y exigen pautas para su cumplimiento, en esencia se puede decir que es la protección los valores de toda persona a estar solo a tener un espacio existencial donde se tiene la seguridad que nadie se va a entrometer en su vida, es relevante decir que este derecho es parte del desarrollo innato del ser humano.

Ahora bien, en lo que respecta a nuestra legislación el Código Orgánico Integral Penal, tipifica a este principio en su artículo 5, numeral 10, en el que se establece “10. Intimidad: toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar”, los legisladores acertadamente colocan a este articulado en el acápite “Principios procesales”, situándolo como un principio o norma fundamental que exige una valoración directa e inmediata por parte de los operadores de justicia, debiendo ésta ser considerada como norma de rango superior a la ley o dicho en otras palabras igual a la constitución; además el (COIP), amplía este principio a la Intimidad protegiendo a las personas a posibles intromisiones estatales a que “No podrán hacerse registros, allanamientos, incautaciones en su domicilio, residencia o lugar de trabajo, sino en

virtud de orden de la o el juzgador competente, con arreglo a las formalidades y motivos previamente definidos, salvo los casos de excepción previstos en este Código”.¹⁸¹

No obstante, de que ser un principio, convencionalmente protegido, la normativa legal ecuatoriana en concordancia con la constitución y los tratados internacionales, tutela como bien jurídico protegido a la intimidad, así lo podemos observamos en el artículo 178 del Código Orgánico Integral Penal, en el que se dice:

“Artículo 178.- Violación a la intimidad. - La persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley”.¹⁸²

Como se puede observar, el Estado castiga cualquier tipo de intromisión o transgresión a la esfera privada de los ciudadanos, esta comprende cualquier tipo de información en el que se comprometan aspectos sensibles de las personas que desean no ser conocidas, ya sea por una tercera persona o por el ente estatal; si bien la tipificación tiende hacer un poco confusa, ya que se entendería que únicamente se protegen datos personales, mensajes, entre otros, en sí, el tipo penal lleva implícito dicha protección, además lo que pretende proteger es la esfera de la intimidad de una persona, y sanciona a todo aquel que atente a dicha privacidad y divulgue aspectos que la persona no quería que se conozcan.

Uno de los problemas actuales, es como las tecnologías de la información, pueden invadir y a la vez divulgar la privacidad, esta controversia se divide entre lo público y lo privado, se podría decir que este derecho es entendido desde, “un amplio como la expresión que designa todas las reglas jurídicas que tienen por objeto proteger la vida personal y familiar, y en sentido estricto, la expresión se emplea para designar un conjunto de normas que tiene por fin la protección de las personas contra atentados que afectan particularmente el secreto o la libertad de la vida privada”¹⁸³, en este sentido la intimidad a más de que se funda en la dignidad humana, es una forma de protección a

¹⁸¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 5, numeral 10.

¹⁸² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 178.

¹⁸³ Kayser, *La protección de la vida privada*, 9 y 10.

la vida privada de todo individuo y ésta se pierde cuando existe una intromisión que permite obtener conocimientos de hechos personales reservados a personas ajenas, es ahí cuando esta protección la misma que debe ser sustentada y materializada por los diferentes organismos, convirtiéndose en un aspecto esencial en la Construcción y contenido del sistema jurídico, el cual no puede quedar en un mero enunciado, sino al contrario debe ser puesto en práctica.

Para Orlando Rodríguez, quien divide el derecho a la intimidad en algunas categorías, ente ellas:

1. El derecho a estar solo,
2. Derecho al anonimato, con posibilidad de expresión libre y sin ser identificado,
3. Derecho a tomar decisiones autónomas que tengan relación con su vida,
4. Protección al secreto de sus comunicaciones,
5. Proteger en todo sentido el derecho a la autonomía,
6. La no divulgación de actos o información que no tenga que ser conocida por terceros o público en general.¹⁸⁴

El sistema jurídico en general, en cierto sentido da una protección especial a la intimidad, sin embargo de aquello debe existir una equilibrada razonabilidad de reserva del mismo, con ello lo que se trata de decir es que si bien las personas tenemos derecho a nuestra vida privada, existen momento en los que se impone una reserva por el propio titular del derecho, como el caso de ser una figura pública y que al transitar por calles públicas pueda ser objeto de fotografías, videos, pero en el mismo caso si la figura pública se encuentra en la esfera de su privacidad, su morada, residencia, nadie puede invadir la misma, porque se entiende que si la persona se encuentra en un lugar privado y reservado es porque como titular del derecho no quiere que nadie perturbe esa intimidad.

Si bien el derecho a la intimidad no es regla general, el Estado puede en ocasiones entrometerse y trasgredir este derecho, siempre y cuando tenga razones de necesidad y seguridad, cuando se encuentre de por medio un inminente riesgo de bienes jurídicos tutelados por el Estado, cuando “lesiones a otros intereses jurídicos, cuando se utiliza o distorsiona la apariencia ajena o cuando se regula o impide normativamente la adopción de ciertas decisiones personales, incluso en materias sexuales”,¹⁸⁵ cabe indicar que es obligación estatal demostrar y justificar dichas intromisiones.

¹⁸⁴ Rodríguez, *La Prueba Ilícita Penal*, 211.

¹⁸⁵ Hernán Corral Talciani, Profesor de Derecho Civil, publicado en *Revista de Derecho*, Univ. Católica del Norte, N° 8 (2001), 159-175

Con todo lo anteriormente referido sobre la intimidad, se puede concluir que este derecho que va concatenado al principio de la dignidad humana, es de toda persona para un correcto desarrollo de su vida privada, el cual va relacionado a que las personas tienen la libertad de determinación, la libertad de mantener su vida, sus actuaciones en el ámbito privado, así como la libertad de disponer de sus actos en su vida diaria, decidiendo con quién, cómo y cuándo compartir su vida privada o actos. Y ni el Estado ni las personas pueden vulnerar este derecho.

6.3. Inviolabilidad del Domicilio (Propiedad)

Previo a realizar un análisis en lo que respecta a la inviolabilidad del domicilio, es importante saber la conceptualización de término “domicilio”¹⁸⁶.

Etimológicamente, la palabra domicilio proviene de dos voces latinas: Domus y Colo”, de tal modo que Domu Colere significa habitar en una casa.

El Diccionario de la Lengua Española define el domicilio como “morada fija y permanente”;¹⁸⁷ y “casa en que alguien habita o se hospeda”.¹⁸⁸

Según el tratadista Ricardo Vaca Andrade, citando a García Borrego, acerca del término domicilio considera que “se entiende por domicilio cualquier lugar en el que transcurra la vida privada individual y familiar, sirviendo como residencia, estable o transitoria”,¹⁸⁹ agrega además que el “domicilio no es solo el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito privado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad adscrita al ámbito de privacidad”.¹⁹⁰

Por otro lado el tratadista Luis Claro Solar, define al domicilio diciendo que “[...] es el asiento jurídico de una persona, o sea la relación permanente que la ley

¹⁸⁶ “Domicilio. - El domicilio es un elemento que contribuye a la individualización de las personas naturales y jurídicas. El ser humano desde que deja de ser errabundo y nómada se asienta temporalmente y se identifica sentimentalmente con un lugar, con “donde” desarrolla sus actividades religiosas, económicas, familiares y a ese lugar toma el Derecho como domicilio”. *

* *Apuntes Jurídicos*, <https://jorgemachicado.blogspot.com/2012/05/dom.html>

¹⁸⁷ *Real Academia de la Lengua Española*, <http://dle.rae.es/?id=E6cyAL3>.

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ Ricardo Vaca Andrade; *Manual de derecho procesal penal*, (Cuenca: Editorial Cuenca Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001), 249.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, 249.

establece entre una persona y un lugar determinado, en el que se lo supone siempre presente para el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de sus obligaciones”.¹⁹¹

Según nuestro Código Civil, en su artículo 45, refiere como domicilio: “El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”;¹⁹² así mismo amplia dicho termino en el artículo 48 al decir que es “El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad”, la Corte Suprema de Justicia, agrega además que “no importa por lo tanto que el lugar este destinado a vivienda, sino que se encuentre habitado, extendiéndose la tutela jurídica a sus dependencias cercadas”.¹⁹³

Cabe indicar que al domicilio no sólo se le puede considerar al lugar de la residencia, vivienda, morada o hábitat en que una persona o su familia realizan actividades vitales, sino también se podría decir desde un sentido amplio, que son aquellos lugares donde una persona realiza otras actividades habituales, como por ejemplo su lugar de trabajo.

La inviolabilidad de domicilio, es un auténtico derecho fundamental, el mismo que garantiza un ámbito de privacidad, dentro de un determinado espacio tanto para la persona, como para su entorno familiar del cual se vea rodeado, es un espacio que le debe quedar ajena a posibles agresiones tanto de los particulares como de la autoridad pública, lo importante para determinar cuando estamos en un domicilio es el destino y uso que le de esa persona, es irrelevante el lugar donde se encuentre, su ubicación, su condición física, tampoco importa la existencia de documento jurídico que habilite su propiedad; se debe recalcar que la protección del domicilio no comprende sólo el lugar de hazienda de una determinada persona, sino se extiende a lugares como el trabajo, el lugar de estudio, o recintos aislados en los que la persona de forma legítima pretende desarrollar su vida privada.

El artículo 66 en su numeral 22, de la Constitución de la República del Ecuador, sobre la inviolabilidad del domicilio señala: “No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial,

¹⁹¹ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, tomo IX: De los bienes, vol. IV, N. 1886, (Santiago de Chile: 1935), 557.

¹⁹² Ecuador, Código Civil, Registro Oficial No. 46, Suplemento del Registro Oficial 983, 24 de junio 2005.

¹⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia, 21 XII 2006 (Resolución No. 77506, Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, E.E. 33, 19III2008); Edición Especial No.33, 19 de marzo 2008

salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley”,¹⁹⁴ al realizarle un desglose a este articulado constitucional, se podría decir que se autoriza el ingreso o registro de un domicilio bajo cinco presupuestos: a) Con autorización del titular.- Puede autorizar el ingreso o el registro del domicilio, aquella persona que está haciendo uso de tal derecho, cuando existen opiniones divididas en cuanto al ingreso de determinada persona, por regla general se entenderá que prevalece la opinión de aquel que dice que no ingrese; b) Con autorización judicial.- En este caso se da cuando exista orden judicial, emitida por autoridad competente, mediante auto debidamente motivado en el que debe constar de forma expresa la forma y lugar en que deben realizarse el ingreso; c) En caso de necesidad.- Se autoriza la entrada más no el registro, en situaciones de catástrofe, calamidad o cuando se encuentra en riesgo la vida de las personas; d) En caso de delitos flagrantes.-

Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.¹⁹⁵

Según el diccionario jurídico define a la inviolabilidad del domicilio como:

El derecho fundamental que permite disfrutar de la vivienda sin interrupciones ilegítimas y permite desarrollar la vida privada sin ser objeto de molestias. En este sentido, es el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima; motivo por el que no sólo es objeto de protección el espacio físico, sino lo que en él se encuentra, lo que supone una protección a la vivienda y a la vida privada.¹⁹⁶

¿Que se protege con la inviolabilidad del domicilio?, se podría decir que protege la libertad y seguridad de las personas, brinda una protección a la intimidad de su espacio físico, es decir cualquier persona que entre a un domicilio de forma ilegítima, vulnera directamente la intimidad sin que haya que demostrar que exista una vulneración material de la misma; son titulares de este derecho o tienen pleno ejercicio del mismo, aquellas personas que gozan de un mismo título sobre determinado domicilio, por ejemplo una familia que se encuentre conformada por varias personas, este derecho se extiende a todos los miembros que la conformen, sin que sea necesario

¹⁹⁴ Ecuador, *Constitución Del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008, última modificación 13 de julio de 2011, Art. 66, numeral 22.

¹⁹⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 527

¹⁹⁶ Diccionario Jurídico, <http://www.diccionariojuridico.mx/definicion/inviolabilidad-del-domicilio/>, Diccionario Jurídico.

que exista un título de propiedad para cada uno; “El domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto a necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima”.¹⁹⁷

El Estado ecuatoriano, protege este derecho, al incluirlo en el Código Orgánico Integral Penal, el mismo que se encuentra tipificado como un delito, este garantiza el bien jurídico tutelado de la intimidad personal, este se establece para el correcto desarrollo de la vida de los ciudadanos es así que, en la Sección Sexta, Delitos contra el derecho a la intimidad personal y familiar, en su artículo 181 establece:

Violación de propiedad privada.- La persona que, con engaños o de manera clandestina, ingrese o se mantenga en morada, casa, negocio, dependencia o recinto habitado por otra, en contra de la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirla, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año Si el hecho se ejecuta con violencia o intimidación, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La persona que, en ejercicio de un servicio público, sin la debida autorización o fuera de los casos contemplados legalmente; o que con una orden falsa de la autoridad pública; o que con el traje o bajo el nombre de uno de sus agentes, viole un domicilio o lugar de trabajo, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. En la violación de domicilio se presume que no hay consentimiento del dueño o de la dueña o su encargado cuando no están presentes en el acto que constituya la infracción.¹⁹⁸

Este articulado, denota que el domicilio de una persona determinada como propiedad privada no puede ser irrumpidos o violentados por ninguna persona ya sea esta de forma particular y mucho menos por el ente estatal, a tal punto que este tipo penal coloca como sujeto activo a los servidores públicos que, sin autorización emitida por autoridad competente, ingresen a cualquier domicilio, agravando la conducta cuando incluso traten de utilizar orden falsa de autoridad pública.

En conclusión se puede decir que la inviolabilidad del domicilio se eleva como derecho fundamental de todo ser humano, el mismo que debe ser respetado al momento de la obtención o producción de una prueba, debemos considerarlo como aquel derecho que va más allá de cualquier titularidad, la garantía que tienen las personas de residir en un lugar determinado, entendiéndose como un espacio físico donde las personas se sienten seguros, protegidos y tranquilos, por ello se consideran que dentro de esa área a la que le dan dicha categoría, de seguridad, confort, nadie puede irrumpirlo, así el derecho de propiedad como derecho fundamental se ve vinculado a la seguridad que

¹⁹⁷ José Antonio González Martínez, *El Domicilio y su Inviolabilidad*, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, 2008, 12.

¹⁹⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 181.

siente el individuo en determinado espacio físico donde realiza sus actividades cotidianas y que ni terceras personas, ni el Estado pueden vulnerarlo.

6.4. Inviolabilidad de las Comunicaciones

La inviolabilidad de las comunicaciones, tiene su origen y reconocimiento jurídico, en Francia, en el año 1790, cuando el Congreso de dicho país, a través de un decreto, resolvió suprimir las oficinas denominadas “*cabinet noir*”,¹⁹⁹ organismo institucionalizado por el Rey Luis XIII y el Cardenal Richelieu, que básicamente se encargaba de interceptar y revisar cualquier tipo de correspondencia, así mismo se establecía que la correspondencia era de carácter inviolable; por otro lado España en 1978, elevó a grado constitucional tal garantía al establecer que “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.²⁰⁰

Para Daniel Álvarez Valenzuela, Investigador, Centro de Estudios en Derecho Informático Universidad de Chile al referirse al concepto de la Inviolabilidad de las comunicaciones dice:

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas puede ser definido como aquel derecho, derivación y concreción del derecho a la vida privada, en virtud del cual se prohíbe a los poderes del Estado y a los particulares, la captación, interceptación, grabación y/o reproducción ilegal de una comunicación privada. Es un derecho fundamental, de carácter civil y político, cuyo fundamento último es la dignidad y la libertad de la persona humana, siendo por ello necesario su reconocimiento normativo y el establecimiento de normas sustantivas de protección que sancione su vulneración.²⁰¹

Como lo refiere el tratadista, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones constituye un derecho fundamental de las personas que va de la mano con la libertad de los individuos y el Estado está obligado a proteger de cualquier intromisión ilegítima o arbitraria ya sea que provenga del titular de la acción penal para

¹⁹⁹ “Cabinet noir. - En Francia, el cabinet noir (francés para "sala negra") era la oficina donde los funcionarios públicos abrían y leían las cartas de los sospechosos antes de enviarlos a su destino. Sin embargo, esto tenía que hacerse con cierta sofisticación, ya que se consideraba indeseable si los sujetos de la práctica lo sabían, y que la cámara negra no interrumpiera el buen funcionamiento del servicio postal”. *

* *Wikipedia*, https://en.wikipedia.org/wiki/Cabinet_noir, consultado el 15 de nov 2018, a las 19:00.

²⁰⁰ España, *Constitución Española*, aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, art. 18, numeral 3.

²⁰¹ Daniel Álvarez Valenzuela; *Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas; Investigadora del Centro de Estudios en Derecho Informático Universidad de Chile*; Revista Chilena de Derecho Informático; <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126944/Inviolabilidad-de-las-Comunicaciones-Electronicas.pdf?sequence=1.pdf>

finés investigativos, para descubrir el cometimiento de delitos o de terceros que hagan uso de dicha información; ésta a más de proteger la dignidad del ser humano limita la injerencia de terceras personas a violentar sus comunicaciones, por esta razón ésta se eleva categoría de los derechos fundamentales del ser humano, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas posee una autonomía propia reconocida por la Constitución, las comunicaciones resultan protegidas con independencia de su contenido.

Para María Lourdes Noya Ferreiro, al referirse a este tema sostiene que es “[...] el derecho al secreto de las comunicaciones exige partir de la consideración del ser humano como ser sociable. La sociabilidad es una de las características esenciales del individuo que lleva en la mayoría de los casos a compartir sus reflexiones, vivencias y experiencias con las personas que se encuentran a su alrededor”.²⁰²

Al decir, que las comunicaciones deben ser protegidas y tienen los titulares el derecho a que las mismas sean mantenidas en secreto, exige pensar que las comunicaciones no pueden ser violentadas o intervenidas por terceros sin autorización del titular del derecho o una autorización legal; el momento en que este derecho al secreto comunicacional es vulnerado, también se lesiona el derecho a la intimidad que tienen todas las personas. Por ello, podemos sostener que el derecho a la comunicación y el secreto o reserva de las mismas, se ve ligado al derecho de intimidad que tenemos las personas; “Ambos derechos conservan su esfera propia de actuación que garantiza parcelas intangibles, parcelas que, además, son comunes a los dos por lo que podría hablarse de una suerte de conexidad entre estos.”,²⁰³ dicho en otras palabras, tanto el derecho a la comunicación, como el derecho a la intimidad comparten una conexión, ya que por una parte al proteger la inviolabilidad a las comunicaciones, que lleva implícita que las mismas no puedan ser intervenidas, conocidas por terceros o divulgadas, se estaría protegiendo la intimidad de las personas que gozan y hacen uso de este derecho.

Al hablar del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, someramente se estaría topando el tema relacionado al derecho de la libertad de expresión del que todos los ciudadanos tenemos derechos, ahora bien es menester referir cuál es el alcance que tiene este derecho, por una parte se había dicho que el primero derecho a prima facie la

²⁰² María Lourdes Noya Ferreiro, colección dirigida por Víctor Moreno Catena, *La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal*, (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2000), 53.

²⁰³ José Asencio Mellado, *Prueba prohibida y prueba preconstituida* (Madrid: Editorial Trivium, 1989), 103.

característica principal es dignidad humana, la misma que no debe ser afectada bajo ningún concepto; y la segunda es el rol que tiene la prensa en la sociedad las mismas que manejan todo tipo de información los mismos que tiene la obligación de participar responsablemente con dicha información.

Ahora bien, al referirnos al derecho a las comunicaciones, el mismo se encuentra garantizado y protegido en normas supranacionales, específicamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12 que dice: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”;²⁰⁴ de igual manera en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17 numeral 1 y 2 que dice: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”²⁰⁵; y por último en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en este último en el artículo 11, numeral 2 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, en el que refiere que: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.²⁰⁶

De las normas internacionales citadas, se puede denotar la palabra “correspondencia”,²⁰⁷ como elemento central, la misma que de alguna manera se le asocia con las comunicaciones (epistolares y telegráficos) en general, es decir abarca toda forma de medios por los cuales dichas comunicaciones se materializan; en tal sentido de forma macro se puede deducir que estas normas de derecho internacional protegen la inviolabilidad en las comunicaciones, convirtiéndolas en derechos fundamentales del ser humano, por ende todos los operadores de justicia en especial el

²⁰⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 12

²⁰⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17, numeral 1.

²⁰⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos: Protección de la honra y de la Dignidad, art. 11, numeral 2.

²⁰⁷ “Correspondencia. - utilizado en ellos, el cual - conforme a la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se refiere al “conjunto de cartas que se reciben o expiden”, entendiéndose a su vez por carta al “papel escrito y ordinariamente cerrado, que una persona envía a otra para comunicarse con ella”. *

* Diccionario de la real academia de la lengua española, <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=correspondencia>

ente punitivo (fiscalía), así como lo organismos auxiliares (policía), tienen la obligación de cumplírnos de manera directa e inmediata.

En lo que respecta a nuestra Constitución, el derecho a la correspondencia y su protección lo encontramos en el Art. 66 sobre los derechos y garantías, número 21) que señala:

El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previsto por la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.²⁰⁸

Por otro lado la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Título III Derechos y Obligaciones, Capítulo I, artículo 22 numeral 3, en cuanto a los derechos de los abonados, clientes y usuarios, al respecto nos dice: “[...] secreto e inviolabilidad del contenido de sus comunicaciones, con las excepciones previstas en la Ley”;²⁰⁹ en concordancia con el Reglamento General a la Ley Orgánica De Telecomunicaciones, en su Título XV, Secreto De La Comunicación y Protección de Datos, Capítulo I, en su artículo 117 que dice:

Secreto de la comunicación. El Estado garantiza la inviolabilidad y secreto de la información y las comunicaciones transmitidas a través de redes de telecomunicaciones; por lo que, ninguna persona o entidad pública o privada tendrá acceso a la misma ni a su utilización, salvo que haya orden emitida por juez competente.²¹⁰

En lo que respecta a estas normas legales, acertadamente los legisladores a fin de adecuar con lo que establece la Constitución y los Tratados Internacionales incluyeron esta normativa con fin de garantizar la inviolabilidad y secreto de la información y las comunicaciones, con estricto respeto a la protección de datos personales de los ciudadanos.

Así mismo el Estado, acoge el derecho a la comunicación, y su protección, en lo que respecta a la legislación penal, en el Código Orgánico Integral Penal, el cual tutela

²⁰⁸ Ecuador, *Constitución Del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008, última modificación 13 de julio de 2011, art. 66, numeral 21.

²⁰⁹ Ecuador, Tercer Suplemento del Registro Oficial No.439, 18 de febrero 2015, Última Reforma: (Segundo Suplemento del Registro Oficial 31, 7-VII-2017), Ley Orgánica de Telecomunicaciones, art. 22, numeral 3.

²¹⁰ Ecuador, Suplemento del Registro Oficial No. 676, 25 de enero 2016, Última Reforma: Decreto 864 (Suplemento del Registro Oficial 676, 25-I-2016); Reglamento General a La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, art. 117.

como un bien jurídico protegido, tipificándole como un tipo penal la intromisión de este derecho:

Art. 229.- Revelación ilegal de base de datos. - La persona que, en provecho propio o de un tercero, revele información registrada, contenida en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, a través o dirigidas a un sistema electrónico, informático, telemático o de telecomunicaciones; materializando voluntaria e intencionalmente la violación del secreto, la intimidad y la privacidad de las personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si esta conducta se comete por una o un servidor público, empleadas o empleados bancarios internos o de instituciones de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera o contratistas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.²¹¹

Artículo 470.- Comunicaciones personales. - No podrán grabar o registrar por cualquier medio las comunicaciones personales de terceros sin que ellos hayan conocido y autorizado dicha grabación o registro, salvo los casos expresamente señalados en la ley. La información obtenida ilegalmente carece de todo valor jurídico. Los riesgos, daños y perjuicios que genere para las personas involucradas, serán imputables a quien forzó la revelación de la información, quedando obligada a efectuar la reparación integral de los daños.²¹²

Como podemos ver, la intromisión a las comunicaciones, ya sea por captación, interceptación o grabación, que realicen sin la debida autorización del titular del derecho, constituye un delito contra la vida privada, la cual lleva consigo una pena privativa de libertad.

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, como ya se había referido, es un principio del cual primordialmente se ve afectada la Dignidad Humana, por ende es importante que las mismas sean respetadas, ya sea por el “bloque de convencionalidad”,²¹³ la Constitución o la normativa legal en general; ahora, si bien es cierto el derecho al secreto, la inviolabilidad de las comunicaciones o divulgación de documentos privados, etc., no pueden ser violentados, existen ciertas excepciones en las cuales el Estado a través del poder judicial, pueden intervenir las comunicaciones o datos informáticos, así lo establece el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 476 que textualmente dice: “Interceptación de las comunicaciones o datos informáticos.- La o el juzgador ordenará la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos previa solicitud fundamentada de la o el fiscal cuando existan indicios que

²¹¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 229

²¹² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 470

²¹³ “Bloque de Constitucionalidad. - aquel conjunto de normas que, no constando expresamente dentro de las disposiciones normativas de la Constitución formal, forman parte de esta porque es la propia Constitución la que reconoce ese rango y rol, en virtud del más alto valor del Estado”. *

* Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 004-14-SCN-CC, caso No. 0072-14-CN

resulten relevantes a los fines de la investigación [...]”,²¹⁴ de lo indicado, se desprende que existen ciertos casos extraordinarios en los que la autoridad judicial (Juez), previa solicitud de autoridad competente (fiscal), soliciten la autorización las telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautos, interceptados o intervenidos, sin embargo las mismas tienen que cumplir parámetros previamente establecidos: a) Se debe fundar y motivar el motivo de la intervención; b) Indicar los sujetos que están involucrados y el tiempo preciso que durara la interceptación; c) Deben existir suficientes indicios que resulten relevantes en la investigación; si estos presupuestos no se cumplen para solicitar que se intercepten las comunicaciones, toda prueba obtenida carecerá de efecto legal y deberán ser excluidas del proceso penal.

²¹⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 476.

Capítulo Tercero

La ilicitud de la prueba por vulneración de los derechos fundamentales

La actividad probatoria que se desarrollada ante el juzgador o tribunal, originalmente va dirigida al convencimiento sobre determinados hechos, teniendo como finalidad demostrar la existencia o inexistencia de los hechos alegados, teniendo como requisito básico la licitud de la pruebas, es decir que los elementos probatorios utilizados por la acusación no tienen que vulnerar derechos constitucionalmente protegidos o cuyos medios para su obtención hayan sido practicados infringiendo un derecho fundamental.

La exclusión de la prueba ilícita per se, tiene una lógica primordial y es que no se aliente a la violación de los derechos fundamentales del ser humano, ya que en una relación procesal penal, en la que se confrontan por una parte el imputado o investigado como tal quien no tiene la capacidad ni el poder de respuesta frente al poder coercitivo que tiene el Estado, en este sentido es que no deben obtener pruebas abusivas obtenidas con violación a estos derechos fundamentales anteriormente descritas y de ser el caso las mismas deben ser excluidas.

Como se había indicado en el capítulo segundo, en la cual se refirieron aspectos importantes sobre la prueba ilícita, la misma que se concluyó en que, las llamamos ilícitas, en razón a la vulneración de los derechos fundamentales; destacando que no toda afectación a derechos puede ser considera como prueba ilícita, sino que la lesión tiene que ser concretada en los cuatro derechos fundamentales estudiados anteriormente, tales como la Dignidad Humana, Intimidad, Inviolabilidad del Domicilio, y la Inviolabilidad de las Comunicaciones.

En tal sentido, es prueba ilícita, cuando en la obtención de las mismas se lesionen esos cuatro derechos rectores y principales en la producción probatoria; o dicho de otra manera es:

“[...] aquella que se obtiene con infracción de los derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendiente a allegar un resultado probatorio al proceso, esto es tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba como la labor de obtención del resultado a partir de una 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”.²¹⁵

La dignidad humana, no puede verse afectada el momento de la obtención probatoria; porque al vivir en un Estado Constitucional de Derechos, es el propio Estado quien garantiza la plena realización tanto física, síquica, espiritual, cultural, social, de los individuos que lo conforman, por lo que se debe destinar medios que no afecten al bienestar humano. “Todo medio de prueba que atente contra la misma (la dignidad) deviene ilícito y, por consiguiente, inadmisibles”,²¹⁶ dicho en otras palabras, cualquier medio de prueba que se practique, utilizando para la cual métodos o técnicas que menoscaben la dignidad del individuo, no pueden ser tomadas en cuenta para la decisión judicial, y dentro del marco constitucional, debe ser excluida, por considerarlas ilícitas.

A fin de consignar una mayor comprensión de lo antes referido, se puede ejemplificar con la “tortura”,²¹⁷ esta se convierte en una práctica prohibida para la obtención de una o varias pruebas, toda vez que al momento de llevarla a cabo pone en riesgo la vida e integridad física del investigado, afectando de esta manera la dignidad como ser humano, en ese sentido el Estado al valerse de medios inhumanos o degradantes para obtener pruebas, está nutriendose de un accionar delictivo o dicho en otras palabras doloso, para su cometido; en ese sentido la exclusión probatoria se vuelve necesaria e indispensable, para identificar esos abusos estatales y dejar un lado todos aquellos elementos probatorias declarándoles como ilícitas por afecta al derechos fundamentales de la dignidad humana.

El tratadista Erich Döhring, al referirse a las exclusiones probatorias, básicamente refiere que:

Es ilícita toda coacción que impida al imputado declarar libremente. Un prolongado interrogatorio a un enfermo, anciano, mujer embarazada, o sugestionar al imputado con promesas libertarias o de amenazas de detención o penas constituyen frecuentes formas de quebrantar la voluntad del imputado. Esta prohibición se justifica porque el constreñimiento excesivo puede fácilmente compeler al imputado a hacer indicaciones torcidas, desfiguradas, que se presten a malentendidos, y no tengan nada de verídicas.²¹⁸

²¹⁵ José María Ascencio Mellado, *La prueba prohibida y prueba pre constituida*, (Madrid: Editorial Trivium, 1989), 81,82.

²¹⁶ Miranda, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 18

²¹⁷ “Tortura. - grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo”. *

* Diccionario de la real academia de la lengua, <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=tortura>.

²¹⁸ Erich Döhring; *La prueba su práctica y apreciación*, Traducido, Vanzhaf, T. (Buenos Aires: Editoriales Foro, 1996); 195.

De lo referido se denota que, toda coacción física o psicológica realizada en contra de los investigados y/o procesados, sobre todo en contra de aquellas personas que constitucionalmente requieren de “atención prioritaria”²¹⁹ (adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad), constituyen actos de tortura, en tal sentido ningún funcionario público, agentes policiales y mucho menos por el que ejerce la titularidad de la acción penal (fiscalía), pueden utilizar acciones que conlleven a transgredir sus derechos, ya que se estaría vulnerando principios fundamentales concernientes a la dignidad humana, y ante cualquier indicio de vulneración de estos derechos, es perfectamente aplicable la figura de exclusión probatoria, con la cual se evita y limita el poder punitivo estatal, por ende “el Estado está en la obligación de no lesionar la esfera individual de la dignidad humana, y a más de ello el de hacer efectivo el goce de todos estos derechos que encierra la dignidad, evitando la intromisión a este derecho y a su vez a la protección del mismo”,²²⁰ así, mientras el Estado tiene prerrogativas para reprimir y castigar una infracción penal la misma debe estar concatenada al estricto cumplimiento de obtención y práctica probatoria a fin de no vulnerar derechos y libertades fundamentales.

Ahora bien, es importante mencionar que ciertos sectores, tienen animadversión referente a este tema, pues a criterio de algunos, el hecho que se excluyan ciertas pruebas, a pesar de que las mismas han sido obtenidas ilícitamente, da lugar a que fiscalía no pueda sustentar su acusación en la imputación de un delito, por ende se estaría cometiendo un acto de impunidad, o en se ha dicho que esta regla “no hace sino entorpecer la acción de la Justicia al declarar inadmisibles pruebas, en algunos casos concluyentes, de la comisión de un delito”,²²¹ si bien es cierto, el resultado sería el de generar cierto grado de impunidad, sin embargo ésta ilegalidad, como muchos pensarían no es consecuencia de los agentes policiales que realizan mal sus actuaciones, sino le pasa factura a la administración de justicia, específicamente a fiscalía que es quien

²¹⁹ “Personas y grupos de atención prioritaria. - Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”. *

* Ecuador, *Constitución Del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008, última modificación 13 de julio de 2011, Art. 35.

²²⁰ Yesid Ramírez, *El juicio oral en Colombia*, (Santafé de Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001), 365.

²²¹ Alejandro D. Garrió, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 3ra. edición, (Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1994), 155.

pierde una prueba importante en contra de quien ha cometido un delito, pruebas que resulten determinantes en un proceso judicial; además de lo indicado se reprocha que esta regla es infructuosa al momento de brindar protección a las víctimas, no obstante se debe preponderar el principio en el cual el Estado no puede convertirse en un agente irrespetuoso de derechos fundamentales, cometiendo un delito con el fin de descubrir otro; es importante recordar que nuestro sistema judicial requiere llegar a establecer una verdad procesal y no una verdad material.

1. Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita

Se podría decir que el origen de la regla de exclusión se remonta a Estados Unidos, donde se le conoce a esta doctrina como (*exclusionary rule*), o regla de exclusión, esta se remonta al año de 1914, específicamente con el caso *Weeks vs. United States*, básicamente se deja plasmado que, en general toda prueba obtenida por la fuerza vulnerando los derechos reconocidos en la constitución carecerán de eficacia probatoria y lo que es más, no podrán ser valoradas por el juez o tribunal en un proceso penal, la jurisprudencia anglosajona, ha establecido este fundamento de la regla de exclusión básicamente para prevenir que el ente estatal realice actividades ilícitas para la obtención de material probatorio lesionando de esta manera los derechos individuales de las personas; así mismo en el *adversary system* estadounidense, refiere que la regla de exclusión “se centra en contener los posibles abusos que puedan producirse en los derechos por parte de los responsables públicos en la persecución de los hechos delictivos”.²²²

Ahora bien es importante diferenciar la regla de la exclusión probatoria estadounidense que opera cuando se han violentado determinados derechos como: no declara en contra de sí mismo, derecho a la intimidad y por ultimo a la inviolabilidad de domicilio esta última que lleva implícito a los registros e incautaciones irrazonables, en cambio desde un punto de vista de América Latina y del Ecuador específicamente, se podría decir que esta tiene su origen eminentemente constitucional y es en base a esta que se excluyen las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley las mismas que no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

²²² Teresa Armenta, *La Prueba Ilícita, Un estudio comparado* (Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2011), 22

Para Oscar Guerrero P. al referirse a este tema dice que “La regla de exclusión probatoria como el mecanismo constitucional mediante el cual se excluye o no se admite en un proceso la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales, entonces ésta persigue garantizar la efectividad de los derechos fundamentales”²²³.

Durante el desarrollo de este trabajo en lo que respecta a la prueba ilícita, hemos sostenido fehacientemente que ese tipo de prueba al convertirse en un aspecto nocivo, perjudicial para el proceso, por afectación a derechos fundamentales, debe ser excluida, es decir extirpada, expulsada del proceso para que cesen sus efectos dañinos.

En el tema de la nulidad o inexistencia de la prueba ilícita, se dejó destacando que la prueba ilícita es considerada como inexistente, por lo tanto, no nace a la vida jurídica ni surte efectos jurídicos, por ende, su contenedor debe ser expulsado o excluido de toda actuación, sin apreciación, ni valoración alguna de su contenido, con excepción del análisis del derecho fundamental que se vulneró el momento de la recolección o práctica de la prueba.

El momento en que las partes o el juez tenga conocimiento de la obtención ilícita de la prueba, deberá excluirla del proceso, generalmente es a petición de parte, quien pone en conocimiento al juzgador sobre la violación de derechos, y será éste quien resuelva el pedido de exclusión.

Si el medio de conocimiento judicial ha sido admitido o practicado en el juicio y el juez encuentra elementos que lo tornen ilícito, se impone el deber jurídico de excluirla. La exclusión del medio de conocimiento judicial de la actuación procesal busca extirpar comportamientos indebidos de las partes procesales, observando la magnitud de la trasgresión a la norma constitucional.²²⁴

El pensamiento de los autores citados, radica en que la exclusión probatoria, si bien tiene que ser puesta en conocimiento del juzgador por las partes, y tiene un momento procesal oportuno para alegarla, sin embargo, si el juez en la práctica probatoria dentro del juicio encuentra que la misma es ilícita, tiene la obligación y el deber jurídico de excluirla, es decir de sacarla del proceso, extirparla o expulsarla, y no podrá ser valorada ni usada para el fundamento de su resolución.

La regla de exclusión probatoria, tiene como finalidad, el disuadir a los investigadores de no violar los derechos fundamentales de las personas, y en el marco

²²³ Guerrero, *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*, 419.

²²⁴ José Antonio Díaz Cabiale y Ricardo Martín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, (Sevilla: Ediciones Civitas, 2001), 428 y 429.

jurídico el evitar que las resoluciones de los juzgadores se basen en pruebas ilícitas, que como resultado adolecerían de nulidad.

Las pruebas que vulneren los derechos fundamentales del ciudadano, no pueden servir de base o fundamento para la realización de actos procesales, ni mucho menos para la realización de una resolución, por eso, el juez no la podrá utilizar de ninguna manera.

Con esas funciones, en las que se vigila conductas de autoridades, especialmente de policías, se busca un sistema de justicia íntegro, y con respeto de los derechos que el propio Estado los reconoce y los garantiza, a más de funciones aseguradoras de confianza en las pruebas con la que se busca llegar a la verdad, y en el caso de existir arbitrariedad en su obtención la función de reparación. Lo que impera el momento de la exclusión probatoria, es la aplicación de la ponderación, siendo un rol importante el del juzgador quien pondera los intereses comprometido en cada caso, unos de carácter individual y otros generales o colectivos.

Para efectos de ponderación, se aplicarán principios de proporcionalidad, necesidad, adecuación, y dentro de los factores, encontraremos la gravedad del acto delictivo, la gravedad del vicio probatorio, la sospecha y los intereses constitucionales en juegos, el interés de los bienes jurídicos protegidos, y la finalidad de evitar la impunidad.

En estos casos se consigna que la verdad procesal debe seguirse siempre con licitud y legitimidad, a fin de que no se afecte la integridad judicial.

2. Prueba ilícitamente obtenida

Desde un punto conceptual, no existe un consenso en relación a una terminología uniforme, que permita individualizar el termino referente a la prueba ilícitamente obtenida, “algunos consideran llamarla prueba ilegalmente o ilegítimamente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba inconstitucional, prueba nula o prueba viciada”,²²⁵ sin embargo de aquello, el termino más común y que es de fácil distinción para los operadores de justicia es precisamente la prueba ilícitamente obtenida, como ya se había indicado ya en el segundo capítulo, se puede definir a la licitud de la prueba como

²²⁵ Buelvas, La prueba ilícita y la cláusula de exclusión probatoria, 5

aquella que se obtiene en estricto respeto de los derechos y garantías fundamentales del ser humano por lo contrario, “la prueba ilícita hace alusión a la violación de derechos constitucionales...”,²²⁶ en este sentido se podría decir que la ilicitud de la prueba infringe y sobre todo lesiona los derechos fundamentales de los cuales se encuentra amparado toda persona, lo que causa que la prueba ilícita deba ser considerada nula de pleno derecho, es decir considerada como inexistente para el ámbito procesal, así como aquellas consecuencias o actos derivados de la misma.

En lo que respecta a la ilicitud de las pruebas, doctrinariamente no se ha podido generar un concepto unánime ya que por una parte ciertos tratadistas colocan a este término desde una concepción restringida, refiriéndose que la prueba ilícita “es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir contra la dignidad humana”²²⁷, lo que se buscaría básicamente es evitar que ciertos sucesos viciados con actos atentatorios a la dignidad humana, se conviertan en herramientas probatorias para un eventual juzgamiento, en ese sentido esta posición evitaría la violación de derechos fundamentales en el decurso de una investigación; en cambio otros tratadistas lo enmarcan desde una concepción amplia, así por ejemplo el profesor Alex Calocca, quien define a la prueba ilícita como “aquella obtenida o practicada con infracción de cualquier derecho fundamental del imputado o de terceros, reconocido a nivel constitucional en un país, ya sea directamente o por remisión a los tratados internacionales sobre derechos humanos”.²²⁸

En concordancia con lo anteriormente referido el Tribunal Constitucional de Colombia definió la ilicitud de la pruebas 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”,²²⁹ en este contexto se podría decir que toda prueba ilícitamente obtenida, sería inefectiva e inutilizable, y limitaría en cierto sentido la averiguación de la verdad en pro de una defensa de los derechos fundamentales de las personas, conflicto que se soluciona bajo los aspectos que la verdad no puede ser obtenida bajo cualquier precio, no todo es válido para obtener la verdad, sino que al contrario de parte del propio

²²⁶ Parra, *Tratado de la prueba judicial*, t. I., 19.

²²⁷ César Augusto Giner A.; *Prueba Prohibida Y Prueba Ilícita*, (Murcia: Universidad de Murcia, 2008), 549.

²²⁸ Calocca, *Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile*, 308.

²²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia de 2003, (2053-2003-HC/TC)

Estado se deben generar exigencias derivadas del propio derecho justo que genere un debido proceso.

Por otra parte Alberto Montón Redondo, considera que “la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita”,²³⁰ en lo que respecta a este criterio básicamente refiere al aspecto doloso con los cuales, agentes policiales o el mismo ente fiscal, actúan para la obtención de pruebas, lo que puede desembocar en la ilicitud y consecuentemente una ineficacia probatoria, “el dolo no aprovecha a la persona que lo comete”,²³¹ según Alfonso Zambrano Pasquel, al obtenerse pruebas ilícitas utilizando la dolosidad “la autoridad contarían con buenos incentivos para investigar violando derechos fundamentales”,²³² agrega además que “se estaría permitiendo una doble violación de derechos”,²³³ por una parte la obtención per se de las pruebas y el uso de este material en contra de las personas investigadas.

Por otro lado Manuel Miranda Estrampes, sostiene que la ilicitud probatoria “es la que infringe cualquier ley, no sólo la fundamental, sino también la legislación ordinaria, la prueba prohibida es la que surge con violación a las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales”,²³⁴ en este sentido el autor al referirse a la ilicitud de la prueba, básicamente basta con que se violente la norma o que sea contraria a derecho para que la misma sea excluida, es decir aquella prueba que ha sido practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico independientemente que sean normas supra legales (constitución), o legales (normativa procesal interna).

Ya sea que las pruebas hayan sido obtenidas, producidas o reproducidas con violación a ciertos derechos y garantías fundamentales inherentes a la condición del ser humano o legalmente establecidos en normativas internas, el resultado va a ser la exclusión y separación del proceso de dichas pruebas, así lo sostiene Eliodoro Fierro Méndez, al decir que: “la consecuencia de obtener una prueba violando garantías fundamentales o el debido proceso será el rechazo de la prueba o la exclusión del acervo

²³⁰ Montón, *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, 174.

²³¹ Manresa Navarro J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, (Madrid Edit. Reus, 1887), 273.

²³² Alfonso Zambrano Pasquel, *La prueba ilícita en el proceso penal, estudio doctrinario y jurisprudencial*, (Quito: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, 2009), 17.

²³³ *Ibíd.*, 17.

²³⁴ Miranda, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 15.

probatorio, y lo fundamental es que la prueba ya no podrá ser valorada ni usada para demostrar la responsabilidad del procesado”, como podemos observar no solo que las pruebas deben ser excluidas sino que las mismas no pueden volver a ser solicitadas y mucho menos nuevamente practicadas.

Por otra parte la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Casación del 21 de febrero del 2007, al referirse a este tema indica que: “[...] si bien es cierto en el evento de una prueba viciada que debe ser excluida no necesariamente supone la nulidad de todo lo actuado”²³⁵, agrega además que “[...]el desconocimiento de algunas formalidades menores no hacen necesaria la exclusión de la prueba, ya que no afectaría la estructura del proceso ni el derecho de defensa”²³⁶.

La doctrina, ha permitido diferenciar los momentos en los cuales se puede incurrir en las ilicitudes procesales, siendo estas la ilicitud extraprocesal e ilicitud intraprocesal, la primera “es aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, en oportunidad de la obtención de la fuente de prueba. Afecta, por tanto la labor de investigación de los hechos, es decir, a la búsqueda, recogida y obtención de las fuentes de prueba”,²³⁷ por ejemplo, los documentos que se han obtenido delictivamente y después son incorporados al proceso; y la segunda “es la que afecta a un acto procesal, es decir, cuando afecta la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso”,²³⁸ por ejemplo, el empleo en los interrogatorios del inculcado de medios coactivos.

Ahora bien, es importante determinar las causas que pueden dar origen a la ilicitud de las pruebas, para lo cual y a fin de tener una mayor comprensión se puede decir que se distinguen en tres presupuestos: a) expresamente prohibidas por la ley.- son aquellas prohibiciones probatorias que se encuentra expresamente en la ley, en nuestra normativa legal (COIP), una de las prohibiciones serian por ejemplo la establecida en el artículo 503, numeral 2, en el que señala “No se recibirá las declaraciones de las personas depositarias de un secreto en razón de su profesión, oficio o función, si estas versan sobre la materia del secreto”, al respecto Prats Morales, refiere que “cualquier decisión judicial en contra de la libre decisión de testimoniar o no del confidente,

²³⁵ Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Casación del 21 de febrero del 2007, Rad. 25920 M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ Cafferata, *La Prueba en el Proceso Penal*, 3ra edición, 14.

²³⁸ *Ibíd.*, 14

convertiría en ilícita la realización de la prueba testimonial”,²³⁹ es decir si el testigo curador de un secreto es obligado a declarar en contra de su voluntad, esta prueba se vuelve ilícitamente por ende debe ser excluida del proceso penal; y b) practicadas con infracción de los derechos fundamentales.- este tipo de pruebas pueden ser denominadas como pruebas inconstitucionales, toda vez que en esta se enmarcan todas aquellas pruebas en cuya obtención o producción se han vulnerado derechos fundamentales consagradas en la Constitución.

La prueba ilícita frente a los derechos fundamentales, por su forma de obtención, y mecanismos utilizados, incluido el engaño, será excluida, y no podrá ser sujeta a valoración judicial, por el simple hecho de afectar a estos derechos principales del ser humano.

3. Reglas de Excepción a la Exclusión Probatoria

Durante el desarrollo de esta tesis, se mantenido que las pruebas ilícitamente obtenidas, se convierten en un aspecto nocivo, perjudicial para el proceso, al ser atentatoria a los derechos y garantías fundamentales, por ende deben ser excluida, es decir expulsada del proceso para que cesen sus efectos dañinos, “en el caso de violación de un derecho fundamental pierde validez toda la intervención realizada en el ámbito de dicho derecho fundamental”,²⁴⁰ se recalcó que la prueba ilícita es considerada como inexistente, por lo tanto no nace a la vida jurídica ni surte efectos legales, en tal sentido debe ser excluida de toda actuación, sin apreciación, ni valoración.

Si bien las reglas del debido proceso han permitido garantizar el pleno desarrollo del sistema judicial, más aun cuando se trata de un proceso penal en la cual se ven involucradas víctimas y personas investigadas y/o procesadas, en tal sentido el debido proceso permite hacer justicia y que la víctima conozca de la verdad de los hechos, y al mismo tiempo que las personas los procesadas no se les vulneren sus derechos, “[...] en todo caso, se debe ponderar el conflicto surgido entre la necesidad del derecho a obtener la verdad con sacrificio del debido proceso con una interpretación restrictiva”.²⁴¹

²³⁹ Prats Morales F., *Privacy y reforma penal: la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal*, en Documentación Jurídica, Vol. 1, enero-diciembre 1983, números. 37-40, 614

²⁴⁰ Luis Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, (Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, 2003), 87.

²⁴¹ Rodríguez, *La Prueba Ilícita Penal*, 380.

En cuando a las excepciones a la regla de exclusión, la Corte Constitucional de Colombia, según pronunciamiento considera que son “[...] admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto”,²⁴² en tal sentido aunque no se encuentre normado la regla de exclusión propiamente dicha, es obligación del juzgador revisar todos y cada uno de los elementos probatorios que tengan relación con la prueba ilegal o ilícita, a fin de que pueda resolver sobre su admisión o exclusión.

Sin embargo de aquello, la jurisprudencia y la doctrina ha ido generando teorías que en cierto sentido justifican una revaloración a la regla de exclusión probatorio ya que toda regla tiene su excepción; en lo que respecta a la exclusión de las pruebas ilegalmente obtenidas, se ha generado ciertas excepciones, que permiten que, en ciertas circunstancias las pruebas obtenidas desde un primer enfoque ilegalmente, se apliquen ciertas reglas a la exclusión, con el fin que éstas tengan plena valides; si bien estas reglas no se encuentran normadas en nuestro ordenamientos, implícitamente si las hay, lo cual permite a los jueces realizar valoraciones a so pena de sacrificios ciertos derecho y libertades, a fin de salvar prueba que permite a su vez ejercer justicia.

Entrando al tema de estudio de este capítulo en lo que respecta a las excepciones a la regla general de la exclusión de la prueba ilícita se ha determinado las siguientes: a) Teoría de la fuente independiente; b) Teoría del descubrimiento inevitable; c) Teoría del vínculo atenuado; y d) Prueba obtenida de buena fe.

3.1. Teoría de la fuente independiente (independent source doctrine)

Esta teoría tiene su origen en los Estados Unidos, en el año de 1920, conocida como (independent source doctrine), en el caso *Silverthorne VS United States*, el Juez ponente Olliver Wendell Hollmes, razonó en una primera instancia al referir que “La esencia de una disposición prohibiendo la adquisición de evidencia en una forma determinada, no es solo para que la evidencia así obtenida no sea usada en Corte, sino que para no sea utilizada en absoluto. Por supuesto, esto no significa que los hechos obtenidos así sean sagrados e inaccesibles...”;²⁴³ sin embargo la jurisprudencia

²⁴² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-591/05, del 09 de junio de 2005.

²⁴³ Alfredo Cuadros Añazco, análisis de la sentencia *Silverthorne v. United States*, <https://alfredocuadros.com/tag/silverthorne-v-united-states/>

norteamericana fue más allá, al desarrollar y establecer la doctrina de fuente independiente, como una excepción a la regla de exclusiones probatorias, en la que se sostiene que, al existir prueba ilícita, no significa que esta sea intocable, por ejemplo: al realizar un allanamiento sin contar con la respectiva orden judicial, violentando flagrantemente al derecho fundamental a la intimidad, se entendería que las pruebas ahí obtenidas apuntan a la imputación de un delito penal, más sin embargo dichas pruebas estarían contaminadas, lo que derivaría en su exclusión probatoria, no obstante si esa misma información es conseguida por una fuente independiente o separada, lejana al allanamiento o si las investigaciones realizadas hubieran derivado de manera inevitable en obtener la misma información, estas tendrían plena validez, esta afirmación es sostenida por el tratadista Oscar Guerrero Peralta quien doctrinariamente dice: “como es obvio, esto (la exclusión) no significa que los hechos así obtenidos (ilegalmente) se conviertan en sacros e inaccesibles. Si el conocimiento de los hechos se obtiene a través de una fuente independiente pueden ser probados como cualquiera otro”.²⁴⁴

Se ha sostenido que, para poder hablar de la teoría de fuente independiente, es preciso que no exista vinculación directa entre la fuente primaria, que se podría decir que fue la prueba ilícita, con una diferente que fue obtenida indistintamente por medios legales; “[...] esta doctrina versa sobre los modos de obtener evidencia o de demostrar un hecho, pues en ambas situaciones existen dos modos: uno completamente legal y otro ilegal, sin que entre estos dos exista vínculo alguno”.²⁴⁵

Trinidad del Pilar Luengo, refiere que según esta teoría “todas las pruebas que se hayan obtenido en virtud de datos o informaciones que no deriven de una prueba ilícita no quedarían privadas de eficacia. Y esto, incluso si se refiere a los mismos hechos que hubieran podido ser acreditados por la actuación en caso de haber sido lícita”.²⁴⁶

Es indispensablemente mencionar que, esta teoría de fuente independiente de la que se hablado, únicamente se puede generar siempre y cuando se presente con anterioridad a la comisión de los actos atentatorios que afecten los derechos fundamentales, y bajo ningún concepto posteriores a esta, puesto que es precisamente la acción delictiva la que se debe establecer con la prueba de fuente independiente, caso contrario toda la investigación que se realice luego de actos violatorios a los derechos fundamentales debería ser excluida.

²⁴⁴ Guerrero, *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*, 435.

²⁴⁵ *Ibíd.*, 257.

²⁴⁶ Luengo Montt, *Excepciones a la regla de exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales*, (Santiago de Chile: Facultad De Derecho, Universidad de Chile, 2008), 144.

Para tener un mejor espectro sobre la aplicabilidad de esta teoría, es pertinente ejemplificar con un caso práctico es así que: En el aeropuerto es aprehendido un ciudadano, quien se proponía viajar a Estados Unidos con documentos falsificados, sin embargo al momento que agentes Policiales de Migración, utilizando la fuerza, obligan a confesar al aprehendido, quien acepta que efectivamente el pasaporte y la visa de ingreso a los Estados Unidos eran falsos; esta acción a simple vista haría pensar que los actos realizados por la autoridad migratoria son ineficaces, puesto que afecta derechos de la persona aprehendida, obteniendo como resultado que la confesión sea ilícita y deba ser excluida, así como todo lo que provenga de ésta (teoría de los frutos del árbol envenenado), sin embargo de aquello el ciudadano ya había sido detenido por que se le observo en actitud inusual y al momento de solicitar el pasaporte se pudo determinar que estaba alterado, es decir ya contaban con ciertos indicios de una posible falsificación, además en ningún momento en la declaración realizada menciona sobre el uso que le hizo al documento falso, de modo que su declaración no afecto a la investigación (teoría de la fuente independiente), los agentes de migración ya conocían sobre la falsedad de pasaporte y de la visa de los Estados Unidos, así como de su uso.

En lo que respecta a la fuente independiente como excepción a la regla de exclusión de la prueba, para su correcta aplicación es necesario que se presenten dos presupuestos; a) Que se genere una ilicitud en la obtención de la prueba; y b) Que para la imputación de un delito se demuestre que dicha prueba ilícita se pudo haber obtenida mediante otra fuente; esta teoría en nuestro país no se encuentra formalmente normada, sin embargo al igual que en otros estados se ha ido estudiando y asimilando a nuestras realidades y es gracias a los principios de libertad y contradicción probatoria que paulatinamente se va subsumiendo esta y otras teorías.

3.2. Teoría del descubrimiento inevitable (inevitable discovery):

Como se ha indicado, la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas no deben ser absolutas, la sociedad ha mirado estas exclusiones probatorias con cierto recelo, toda vez que a criterio popular, éstas han permitido que se deje en la impunidad delitos tradicionalmente punibles, hecho que ha impedido llegar a conocer la verdad; este paradigma ha permitido que se desarrolle ciertas excepciones a las tantas veces citadas exclusiones, una de ellas es la teoría del descubrimiento inevitable, ésta tiene su origen en el año de 1943, en el caso *Somer vs USA*, sin embargo, se consolidó en el año

de 1984, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos, conoció y resolvió el caso *Nix vs Williams*, en la cual básicamente, el acusado de homicidio, en una entrevista casual, indico al agente policial con exactitud donde se encontraba enterrado el cuerpo sin vida de la víctima, pero ya en el juicio su defensa solicito la exclusión de la prueba material, argumentando que esta se deriva de una declaración ilegal realizada al agente policial, por su parte, el Tribunal negó dicho pedido aduciendo que, si la búsqueda del cadáver hubiera continuado, éste habría sido encontrado inevitablemente y en las mismas condiciones en las que se halló.

Para los tratadistas Jerold Israel y Wayne Lafave, al referirse a este tema indican que “La regla del inevitable “Discovery”, es una variante de la fuente independiente, en la que solo se trata de asegurar que la supresión de la ilicitud no proscriba el “Deterrence effect” o efecto disuasor”,²⁴⁷ en tal sentido ésta teoría constituye una variación de la teoría de fuente independiente, sin embargo la diferencia radica “en que lo importante a considerar no es si el órgano de investigación en realidad consiguió el medio de conocimiento judicial confiando en una fuente no contaminada, sino en si la prueba adquirida con violación constitucional, habría sido obtenida, descubierta inevitablemente de otros medios”²⁴⁸, dicho en otras palabras esta doctrina consistiría en demostrar que la evidencia de la cual se ha solicitado que se excluya, de alguna manera u otra, inevitablemente se hubiera descubierto si continuaban las investigaciones ordinarias por parte de la policía o el ente investigador, si se logra demostrar este particular dicha prueba no tendría que ser declarada ilegal y por ende seria completamente valida.

Así mismo Jerold Israel y Wayne Lafave, al tratar de conceptualizar esta teoría refieren que:

[...] una prueba lícita directamente derivada de una prueba ilícita es admisible si la parte procesal, prueba aunque la misma prueba habría sido obtenida por otro medio, así la prueba primaria original haya sido excluida. Se debe demostrar por prueba irrefutable, que la información al final o inevitablemente ha sido conseguida empleando medios legales, y es descubrimiento ineludible implica la ausencia de elementos especulativos y, por consiguiente, se centra en hechos arbitrarios demostrables susceptibles de pronta colaboración o recusación²⁴⁹.

²⁴⁷ Jerold Israel y Wayne Lafave, *Criminare procedure and the constitucional limitations in Nuthshell*, (USA: Minn, 1993), 430.

²⁴⁸ Rodríguez, *La Prueba Ilícita Penal*, 390.

²⁴⁹ Jerold y Lafave, *Criminare procedure and the constitucional limitations in Nuthshell*, 430.

Para tener claro la aplicabilidad de esta teoría, es importante ejemplificarla, ante lo cual se mencionara el siguiente caso: Fiscalía inicia una investigación por un presunto delito de tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización, dentro de las investigaciones, la policía antinarcoóticos tenía identificada la vivienda que iba ser allanada y donde supuestamente se almacenaba las sustancias ilícitas (drogas); sin embargo de aquello, otros agentes policiales aprehenden al investigado por distintas causas, éste confiesa sobre las sustancias ilícitas (drogas), que se encuentra en su domicilio, llegando a descubrirse la materialidad de la infracción (drogas); en este sentido se puede decir que dichas sustancias (drogas) se hubiera obtenido de todas formas, sin necesidad de vulnerar el derecho al investigado a guardar silencio y a no auto incriminarse, por ende la prueba material no debería ser excluida ya que el descubrimiento de igual manera hubiera sido inevitable.

Uno de los parámetros primordiales para la aplicabilidad de esta teoría, es que ésta solo debería emplearse cuando, esté claro que agentes policial o fiscalía como ente estatal investigador, no actuaron con mala fe para acelerar el descubrimiento de las pruebas “[...] por ello la judicatura no debe perder de vista el hecho de que aplicar mecánicamente esta doctrina, puede conllevar a potencial los atajos inconstitucionales a la hora de conseguir la prueba”;²⁵⁰ sine qua non, para un correcto ejercicio de ésta teoría, es imprescindible cumplir con los siguientes presupuestos: a) Que se haya realizado una investigación legal previa al cometimiento de la ilicitud; b) Que el ente investigador (fiscalía), en la investigación demuestre que inevitablemente hubiera llegado a descubrir la misma prueba obtenida ilícitamente; c) Que en la investigación haya sido conducida por agentes policiales distintos a aquellos que cometieron la ilicitud.

Ahora bien, se ha dejado claro en que consiste la teoría del descubrimiento inevitable, sin embargo, algunos confunden esta teoría con la del *hallazgo casual*; Orlando Rodríguez indica que “el descubrimiento inevitable, es diferente al hallazgo casual, pues en aquel la limitación precisa de actuaciones en curso lícitas encaminadas a probar el delito, de lo que adolece en la segunda hipótesis, el encuentro por mero azar y causalidad”,²⁵¹ a fin de tener clara la diferencia con los hallazgos causales, en líneas posteriores no adentraremos en el tema.

²⁵⁰ Rodríguez, *La Prueba Ilícita Penal*, 390.

²⁵¹ *Ibíd.*, 391.

Los hallazgos casuales, básicamente consisten en “[...] la aparición de hechos delictivos nuevos no incluidos en la resolución judicial habilitante [...] y que surgen a la luz cuando ésta se está llevando a efecto. Estos nuevos hechos delictivos pueden [...] tratarse de delitos absolutamente autónomos e independientes, produciéndose una especie de novación del tipo penal investigado”;²⁵² ésta teoría básicamente consiste validar todas aquellas pruebas obtenidas casualmente y que responsabilizan a una o más personas en la comisión de uno o varios delitos distintos a aquel por el cual inicio la investigación; los presupuestos para que se considere un hallazgo casual son: a) Que no se haya realizado una investigación legal paralela; b) Que las fuentes de pruebas encontradas hayan sido por azar o casualidad; c) Que se encuentra algún producto del delito, sin que haya mediado necesariamente la investigación paralela.

Así por ejemplo: en el caso de tener una orden de allanamiento por fines investigativos de asociación ilícita, cuyo delito fin es la asociación para cometer robos, al momento de ingresar al domicilio y realizar el allanamiento y realizar la exploración del lugar, los agentes policiales encuentra sustancia ilícita sujeta a fiscalización (droga); a pesar que el allanamiento fue dispuesto por autoridad competente, bajo el tipo penal de asociación ilícita, es decir por el presunto cometimiento de un delito específico, el hallazgo casual de la sustancia sujeta a fiscalización (droga), fue casual, motivo por el cual, si se llegase a realizar una alegación para que se excluya la prueba por no contar con la orden de allanamiento específica para el tipo penal de drogas, esta no debería darse paso.

En conclusión se puede decir que la teoría de los hallazgos casuales, no debe pasar desapercibida, toda vez que si se llegase a excluirse, tácitamente se estaría negando la propia evidencia material, fomentando de esta manera la impunidad de ciertas conductas delictivas, cabe recalcar que tanto en teoría del descubrimiento inevitable así como también en los hallazgos casuales, de ser alegados por algunas de las partes, se deberá realizar un análisis por el juzgador a fin de que los mismos sean excluidos por vulnerar derechos fundamentales o en su defecto sea valorados y así alcanzar el valor probatorio.

²⁵² Concepto recogido en la Circular de la Fiscalía Nº 1/1999 de 29 de diciembre, *Enjuiciamiento Criminal. Intervención de las Comunicaciones Telefónicas en el Seno de los Procesos Penales*, <http://www.pnsd.mscbs.gob.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/c63.pdf>

3.3. Vínculo Causal Atenuado (purged taint)

Ésta es conocida como teoría del nexo causal atenuado (purged taint), su desarrollo se encuentra estrechamente ligada a la jurisprudencia estadounidense quienes, han realizado esfuerzos para que, de alguna manera se permita la admisibilidad del material probatorio que en un primer momento pareciera que debe ser excluida, sin embargo y luego de un análisis pormenorizado se encuentra la excepción a esa exclusión; a más de Estados Unidos esta teoría ha sido estudiada y desarrollada en Europa, hasta llegar a nuestro continente; por la complejidad de esta teoría es importante conocer sucintamente sus orígenes, así como también su evolución, hasta aterrizarla en nuestra realidad.

Como bien se ha dicho ésta teoría ha sido desarrollada en los Estados Unidos, específicamente en el caso *Wong Sun vs US*, en el año de 1963; siendo el caso el siguiente: la policía antinarcóticos sin orden judicial previa, realizó un registro en el negocio comercial del Sr. Llamado Toy, en dicho registro Toy refirió a la policía que él que se dedicaba a la venta de sustancias ilícitas era el señor Yee, desde su domicilio, inmediatamente los agentes policiales registraron el domicilio de Yee, encontrando efectivamente la sustancia ilícita, Yee por su parte denunció que el que le proveía la droga era el Wong Sun, a quien se le llamó a declarar, en un primer momento Wong Sun había negado los hechos, sin embargo al paso de un momento regresó voluntariamente para hacer un trato con la policía, el cual consistía en entregar la sustancia ilícita y admitir el cometimiento de la infracción; ya en el juicio se alegó exclusión de las pruebas tanto la declaración de Toy, como de la sustancia ilícita encontrada, toda vez que el allanamiento fue realizado sin orden judicial, estos elementos probatorios fueron efectivamente excluidos como frutos del árbol envenenado; de igual manera el abogado del señor Wong Su, trató de realizar la misma alegación, refiriendo al tribunal que la confesión de su cliente también debería ser excluida, porque el mismo provenía de una ilicitud ya declarada por el tribunal; sin embargo, Tribunal observó que esta regla tenía una excepción, ya que si bien se llegó a investigar a Wong Sun, a partir de pruebas ilícitamente obtenidas, fue el mismo Wong Sun quien voluntariamente, regresó para realizar una confesión libre y voluntaria, acto que rompía la cadena de las pruebas ilícitamente obtenidas, por lo que la confesión rendida por Wong Sun era completamente admisible como prueba.

Aun reconociendo que si no hubiera existido la inicial entrada ilegal probablemente no se hubiera producido, pero destacó la voluntariedad de dicha confesión y el que se le hubiera advertido previamente de sus derechos, lo que a juicio del Tribunal Supremo norteamericano introducía un acto independiente sanador que rompía la cadena causal con la vulneración inicial.²⁵³

En esta sentencia el tribunal estadounidense básicamente sostuvo que, la confesión libre y voluntaria de un sujeto que ha sido procesado, dista jurídicamente de aquella prueba que ha sido obtenida lesionando el derecho fundamental.

Ahora bien, con el propósito de aterrizar la conceptualización de esta teoría, el tratadista José Manuel Barranco, la define diciendo “esta excepción no niega la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada, pero el mismo se presenta tan debilitado, atenuado, que autoriza la utilización en el proceso de la prueba derivada”²⁵⁴, dicho en otras palabras si bien existe un nexo entre la prueba ilícitamente obtenida y una lícita derribada de esta, que a primera vista se podrían entender que al igual que la principal ésta se encuentra viciada, esta pequeña diferencia resulta ser muy tenue o dicho en otras palabras atenuada, permitiendo de esta manera que la prueba derivada de la principal tenga plena validez.

A fin de tener una mayor referencia sobre esta teoría John Strong, ha referido que se debe considerar los siguientes presupuestos:

a) Secuencia de tiempo: un prolongado lapso temporal entre la ilegalidad primaria y la evidencia cuestionada en último término; b) Circunstancias interferentes: La cantidad y naturaleza de los factores ilícitos que intervienen entre la ilicitud original y la última prueba pueden ser tenidos en cuenta para la procedencia de la limitación a la regla de exclusión por disipación del tinte de ilegalidad. Algunos sugieren que, si en algunas de las circunstancias interferentes autónomamente legales ha obrado la autoridad judicial, ello también es una base importante para el funcionamiento de la excepción; c) Magnitud de la conducta funcional: el propósito y la intensidad de la primera ilegalidad es relevante para tomar en cuenta la “dosis de veneno” que puede transmitir a la evidencia subsecuente. Ello está medido en función de la utilidad de la exclusión para disuadir la mala conducta policial; y d) Elección voluntaria: Se da cuando la cadena de hechos involucra una decisión voluntaria de alguno de cooperar con la investigación generalmente en casos de arrestos incorrectos.²⁵⁵

Sin embargo esta clase de regla a la exclusión resulta un tanto complicada de comprenderla, no se trata de una fórmula matemática, al contrario hay que entenderla aplicando las reglas de la lógica y el sentido común; John Strong no obstante de

²⁵³ Manuel Miranda Estrampes, *La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Revista Catalana de Seguretat Publica, 146; <https://core.ac.uk/download/pdf/39102149.pdf>

²⁵⁴ José Manuel Barranco Gámez, *Excepciones a la conexión de antijuridicidad para el Tribunal Constitucional*, 14, <http://www.icauelva.es/wp-content/uploads/descargas/doctrinales/articulos-doctrinales-Excepciones-TC.pdf>

²⁵⁵ John Strong y otros, *Mc Cormick on Evidence*, (Minnesota: West Publishing Co, 1992), 315

sistematizar los presupuestos necesarios para una correcta aplicabilidad de esta teoría, señala que "a pesar de su amplia aceptación e histórico pedigree, tanto la racionalidad como el alcance de la excepción no queda claro",²⁵⁶ dicho de otra forma es importante analizar cada caso como único, no todos los casos se parecen y por ende no se puede aplicar la misma teoría, eso sí, es importante que cada decisión que sea tomada por los juzgadores protejan los intereses constitucionales y derechos fundamentales de las personas.

3.4. Prueba obtenida de buena fe (good faith)

La teoría de buena fe o conocida en los Estados Unidos como la "good faith", es precisamente en este país donde tiene su origen ésta excepción a la regla de la exclusión, específicamente se dictó este fallo en el caso *Leon vs. Estados Unidos*, por el año de 1984; los hechos del caso son los siguientes: en agosto de 1981 según denuncia anónima realizada a los agentes de policía del Departamento Burbank en California, quienes realizaron las respectivas investigaciones por un supuesto delito de tráfico de drogas, estas indagaciones implicaban la vigilancia de ciertas actividades de los sospechosos, en este sentido el oficial de policía Rombach, realizó una solicitud de allanamiento para tres casas, adjuntando una declaración jurada con sospechas, dicha solicitud de allanamiento fue revisada por varios fiscales, previa a la autorización emitida por un juez de la corte estatal, efectivamente en los allanamientos se encontraron grandes cantidades de drogas y otras pruebas, sin embargo los denunciados solicitaron la exclusión de la prueba encontrada en los allanamientos, argumentando que la sola declaración jurada del oficial de policía era insuficiente para establecer una causa probable. Por su parte el tribunal rechazó dicha petición de exclusión de la prueba, toda vez que el Oficial Rombach había actuado con buena fe, ya que la regla de exclusión no debe aplicarse cuando tanto la orden de allanamiento así como las pruebas confiscadas hayan sido solicitadas y adquiridas respectivamente de buena fe, la falta de aplicación de esta regla puede generar una falta de respeto por la ley y hacia la administración de justicia, provocando que algunos imputados salgan libres o recibirán sentencias reducidas; de igual manera el tribunal comino a reconocer la excepción de buena fe a la regla de exclusión y que ésta debería ser reconocida.

²⁵⁶ John Strong y otros, *Mc Cormick on Evidence*, (Minnessota: West Publishing Co, 1992), 318

Ahora bien, este reconocimiento de buena fe, debe ser analizado objetivamente en cada caso, toda vez que no todos son análogos a los mismos parámetros, cuando los funcionarios han actuado en función de una orden judicial, es obligación de fiscalía demostrar la buena fe con la que actuaron; cabe indicar que, si la orden judicial adolece de elementos formales como errores tipográficos, errores en los nombres de los investigados, etc., este si deberá ser excluidos del bagaje probatorio.

Para Maximiliano Hairabedian, al referirse a esta teoría indica que “si la regla de exclusión, tiene por objeto disuadir, desestimular, mandar un mensaje a los agentes policiales para que no abusen de sus funciones de investigación, debe entenderse entonces que cuanto actúan de buena fe no debe excluirse el medio de conocimiento judicial”,²⁵⁷ es decir que, los agentes investigadores o policiales al realizar sus labores hubieren actuado de buena fe en el desarrollo de sus investigaciones, respetando los derechos fundamentales del ser humano los juzgadores deben observar este particular, para no excluir pruebas que a primera vista sean atentatorias a los derechos del ser humano.

El fundamento de dicha excepción estaría en la necesidad de estimular que las actuaciones de los agentes públicos respeten la Constitución, por tanto, cuando la actuación de los agentes públicos no tenía intención de desconocer o violar la Constitución o despreciar sus mandatos, si éstos han actuado de forma razonable y de buena fe no hay razones funcionales que justifiquen prescindir de la evidencia así obtenida.²⁵⁸

En sentido estricto se puede entender que, si el actual policial ha sido realizado con buena fe, para la obtención de elementos probatorios o evidencias físicas, sin vulneración a los derechos y garantía constitucionales, estas deben ser admitida en el proceso, previo a un juicio de valor en la que se despojada del dolo al agente que obtuvo dichas pruebas.

Para que “la policía puede alegar esta excepción si demuestra que actuó de forma honesta, razonable y bien intencionada”,²⁵⁹ se deben cumplir con ciertos presupuestos:

a) cuando el error fue cometido por el juez; b) cuando el error fue cometido por un empleado del tribunal; c) cuando la policía cree erróneamente que la información dada al juez que emite la orden de registro era correcta; d) cuando la policía cree razonablemente que la persona que le otorgó el permiso para realizar el registro tenía la

²⁵⁷ Maximiliano Hairabedian, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, (Buenos Aires: Villela Editorial, 2002), 32

²⁵⁸ Javier Hernández García, *Valor probatorio de la actividad investigadora de la policía judicial*, (Barcelona: Revista Catalana de Seguridad Ciudadana, 2010), 100.

²⁵⁹ Javier Mijangos, *Revista en Cultura de la Legalidad*, (Ciudad de México: Eunomía, 2013), 227

autoridad para dar ese consentimiento; y e) cuando la acción de la policía está fundamentada en una ley que con posterioridad es declarada inconstitucional.²⁶⁰

En este sentido, el accionar de buena fe, se lo valora y se lo mide, desde la esfera de que el policía se encuentra actuando, bajo la premisa o creencia de que su actuación está amparada en un mandamiento judicial, tal es el caso, cuando un policía ingresa a inmueble, cuyo mandamiento judicial no es fundamentado, pero el cumple su función al existir el mandamiento e ingresa al domicilio por considerar que su conducta está amparada en una orden judicial legal.

En contra posición a esta regla de excepción de buena fe, ciertos doctrinarios han mantenido una posición escéptica e incluso contradictoria por propiciar y permitir un accionar deliberado de los agentes policiales, permitiendo que es estado sea permisible con la vulneración de ciertos derechos fundamentales, a so pena de obtener un elemento probatorio.

Para el autor chileno Julián López Masle, al referirse a este tema señala que “aceptar dicha doctrina como limitación a los alcances de la regla de exclusión no resulta posible en caso que –como propugna– se reconozca a dicha regla una función múltiple, que exceda del criterio de prevención o disuasión policial”²⁶¹, agregando además que “el fin perseguido por la regla de exclusión el resguardo de la integridad judicial”.²⁶²

En igual sentido, para Manuel Miranda Estrampes, refiere su disconformidad con la aplicación de esta doctrina de buena fe, ya que para dicho autor, “el que se vulneren derechos y garantías de buena fe o con dolo, el resultado de vulneración al derecho es lo mismo, y el estado como garantista de derechos no podría valerse de pruebas ilícitas por el mero hecho de presumir la buena fe policial”²⁶³, estos criterios darían a pensar que esta excepción es peligrosa si se llega a convertirse en regla general, en tal sentido su uso debe ser cuidadoso y restringido.

A criterio personal y haciendo una valoración de estas dos posturas, se puede deducir que las pruebas obtenidas de buena fe, debe ser analizado desde parámetros subjetivos mismos que deben ser analizados por el juzgador el juzgador quien a su sana crítica y anteponiendo principios y derechos fundamentales velando que los estos no

²⁶⁰ Mijangos, *Revista en Cultura de la Legalidad*, 227.

²⁶¹ María Inés Horvitz Lennon, Julián López Masle, *Derecho Procesal Penal Chileno*, vol. II, (Santiago: Jurídica de Chile, 2004) 183.

²⁶² *Ibíd.*, 183

²⁶³ Miranda, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 75.

sean vulnerados, visualice el accionar policial verificando efectivamente que este no sea doloso, impidiendo que los agentes policiales puedan vulnerar derechos y luego alegar buena fe procesal.

A fin de tener una mejor comprensión se ha considerado ejemplificar lo indicado en líneas anteriores: Cuando se allana un domicilio con la debida orden judicial, al ingresar al domicilio resulta que el inmueble es cohabitado por un tercero que arrienda determinado espacio de la vivienda, efectivamente se obtuvo evidencia en contra de quien se tenía la orden, pero los agentes policiales no conocía de éste tercero que habitaba el domicilio; el tercero que arrienda no debe ser procesado ya que en contra de él no pesa una orden de allanamiento, caso contrario se le estaría vulnerando derecho a al domicilio, por lo que no se requiere exclusión de la evidencia encontrada en la vivienda arrendada.

4. Ventajas y desventajas de la regla de exclusión

Efectivamente, todo Estado de derecho, goza de legalidad y legitimidad, para accionar su aparataje jurídico, al momento de perseguir actos atentatorios a la seguridad ciudadana y en general al bienestar social, en tal sentido se ha logrado institucionalizar la “Fiscalía General de Estado”,²⁶⁴ como ente rector que busca sancionar conductas penalmente relevantes, que vulneren cualquier bien jurídico protegido, sin embargo para ejercer tal actividad debe seguir un lineamiento investigativo, en la cual debe recabar un sin número de pruebas ya sean de cargo o de descargo, para que al final pueda demostrar una verdad procesal; no obstante dichas atribuciones constitucionalmente conferidas tienen sus limitaciones o prohibiciones, el sistema penal acusatorio, tiene como principio básico el respeto irrestricto al debido proceso, a las garantías constitucionales y sobre todo a los derechos fundamentales de las personas imputadas, sobre todo si hablamos de los elementos probatorios que se pretendan utilizar, esto con el único fin de evitar de alguna manera los posibles abusos arbitrarios que se puedan dar con la parte más débil de un proceso judicial penal, que son los procesados.

²⁶⁴ “La Fiscalía General del Estado. - es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso”. *

* Ecuador, *Constitución Del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008, última modificación 13 de julio de 2011, Art. 194.

A pesar que la regla de exclusión, no se encuentra normado en nuestra legislación, esta se ha convertido en una práctica diaria por parte del sistema judicial y sus órganos auxiliares, en ella se han podido encontrar algunas ventajas y desventajas en la aplicación de esta regla, así, por ejemplo:

Por una parte tenemos las desventajas, considerando que la más importante sin duda es aquella reprochada por la sociedad civil que tiene la percepción de que el sistema judicial, deliberadamente permite la libertad de delincuentes por no cumplir con meros o simples tecnicismos, José Cafferata Nores al hablar sobre la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas dice que, estas exclusiones pueden conllevar a la impunidad de los delitos “Pero no es menos cierto que el orden jurídico ha optado en muchos casos por la impunidad, cuando ello ha sido el precio de la tutela de otros intereses que ha considerado más valiosos que el castigo del ilícito, dándoles una protección de rango constitucional”;²⁶⁵ esta protección ha sido imprecada por los agentes policiales por considerar que ésta protege a los delincuentes y paraliza los esfuerzos que se realizan en la lucha contra el crimen; como se había dicho para algunos tratadistas esta regla no sanciona directamente al delincuente, sino al agente de policía que incumple con ciertos derechos y garantías constitucionales, lo único que logra es que la sociedad pierda respeto hacia el sistema de justicia penal.

A criterio personal esta creencia de la opinión pública se debe a que no es consciente que en la mayoría de casos en los cuales intervienen los agentes policiales estos desarrollan su trabajo fuera de los constitucionales y legales, los registros, intervenciones y confiscaciones suelen darse fuera de los parámetros permitidos, la opinión pública responde con muy poca simpatía al reclamo del respeto a sus derechos constitucionales, las preocupaciones a corto plazo sobre la inseguridad pública suelen triunfar sobre el efecto que tienen en la sociedad las actuaciones policíacas que se realizan al margen de la ley.

Ahora bien una de las ventajas que tiene la exclusión de la prueba, básicamente radica en los derechos más importantes e invaluable reconocidos al ser humano, son los Derechos Fundamentales, sin embargo no son los únicos que deben regir la actividad judicial (materia penal), a estos deben estar acompañados por derechos que acompañan la actividad jurisdiccional, bajo normas y reglas que deben ser aplicadas en estricta legalidad, donde los juzgadores y juzgadoras tienen la obligación de dirigir

²⁶⁵ Cafferata, *La prueba en proceso penal*, 15.

correctamente una audiencia, garantizando principios del imputado de entre ellos los más importantes, como el derecho a la defensa, principio de “indubio pro reo”, principio de inocencia, sin dejar un lado los derechos de la víctima; aquellos juzgadores a más de estar atentos a que no se cometan actos vulneratorios a los principios del procesado, deben estar atentos al desarrollo del procedimiento como tal, observando que se cumplan los principios de legalidad, legitimidad, inmediación, libertad probatoria, contradicción de la prueba, pero sobre todo realizar una valoración lógica de la prueba.

La consecuencias jurídicas de admitir pruebas que han sido viciadas por ser atentatorias a los derechos fundamentales, implicaría un retroceso jurídico y de derechos humanos, regresión que nos llevaría aquellas épocas, en las cuales se el juzgador emitía criterios con una sola prueba madre, que era la confesión, la cual incitaba y permitía que se utilicen métodos inhumanos, crueles y degradantes a fin de obtener una confesión de culpabilidad, admitiendo hechos que nunca sucedieron y aceptando responsabilidades que nos les correspondían, con el único fin que se les deje de torturar; en la actualidad estas prácticas se han minimizado, sin embargo aún persisten, de ahí la importancia de aplicar las exclusiones probatorias en todas y cada una de las pruebas que resultaren ser inadmisibles, en tal sentido recae sobre el órgano judicial, así como los organismos auxiliares, el cumplir y garantizar los derechos fundamentales inherentes al ser humano.

5. La Prueba Generadora de la Verdad

Como ya se dijo en líneas anteriores y a lo largo del desarrollo del trabajo investigativo, la prueba tiene como finalidad hacer que el Juez y las partes lleguen a un estado de posesión de la verdad, que se denomina certeza de los hechos determinados, dentro de la investigación procesal, para dictar una decisión lo más cercana a la realidad.

Esta íntima relación que tiene la prueba, la verdad y la justicia, ha sido configurada mediante una fórmula axiológica que sostiene que la justicia es condición de la verdad, de manera que “la verdad – para ser verdadera- debe ser justa y la justicia - para ser justa- debe ser verdadera”,²⁶⁶ es decir que ninguno de estos elementos puede tener una participación disuadida dentro del proceso penal, puesto que existe una

²⁶⁶ Tribunal Supremo de Justicia Córdoba – Argentina, Sentencia 4/11/1983 Caso Heredia

fundamental interdependencia, para obtener procesos justos, mediante la incorporación de pruebas reales y verdaderas, que permitan al juzgador el alcance de la convicción y certeza de los hechos, para emanar decisiones judiciales motivadas que eviten el error judicial.

Para Jorge Clariá, al referirse a esta trilogía establece: “La justicia es digna cuando se apoya en la verdad; pero la búsqueda de esa verdad debe practicarse sin ofender la dignidad humana, es decir, con el debido proceso a la libertad individual”,²⁶⁷ lo que se ha sostenido a la largo del desarrollo argumental, respecto a la validez de la prueba, cuando se obtiene mediante el cumplimiento de principios como el de eficacia probatoria, que permiten el alcance de la verdad, y el respeto irrestricto de los derechos, sobre todo el de la dignidad, voluntad y libertad de la persona; de modo que la verdad, no podrá alcanzarse si dentro del proceso se incorpora pruebas ilícitas, forjadas o inválidas, lo que dará como resultado evidente una injusticia, que provocará la impunidad.

Para Yuri Naqvi, la verdad tiene una relación íntima con el derecho y la justicia, tanto como fundamento filosófico o como requisito condicionante de la legitimidad de los fallos, la verdad es un elemento que precede la aplicación y es indispensable para hacer justicia;²⁶⁸ esta comprobación que es requisito para el alcance de la verdad, deviene del hecho de incorporar dentro del proceso penal, pruebas valederas y lícitas que conduzcan al juzgador a la certeza de los indicios recogidos y obtenidos, con la finalidad de dictar decisiones justas en apego al cumplimiento de las garantías y derechos constitucionales.

Jairo Parra, al referirse a este tema sostiene: “[...] que el fin primordial de cualquier proceso judicial es la búsqueda de la verdad; y que, además, ese fin existe en la medida en que se entiende que la decisión del juez solo será verdaderamente justa cuando se fundamente en los hechos que ocurrieron en la realidad”;²⁶⁹ como se puede evidenciar este nexo causal entre la prueba, verdad y justicia, es un factor indispensable en todo proceso judicial, más aún, en el campo procesal penal, puesto que en base a esta íntima relación, la decisión del juez podrá ser verdaderamente justa, ya que por medio de la verdad se pretende esclarecer y descubrir, las causas para el cometimiento del

²⁶⁷ Clariá, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 464.

²⁶⁸ Yuri Naqvi, *El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?*, International Red Cross Review; https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irrc_862_naqvi.pdf

²⁶⁹ Jairo Parra, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, (Bogotá: Editorial Temis, 2004), 8.

hecho delictivo o infracción y por medio de la prueba, se procura comprobar los indicios sobre las presunciones, de modo que estos elementos son condición de la justicia.

Conclusiones

La prueba es, todo aquello que es susceptible a una demostración o comprobación, con la finalidad de buscar la verdad y llegar al convencimiento de los hechos, ya sea que puedan ser percibido por los sentidos, así como todo lo que puede representar un suceso, acontecimiento o accionar humano, sean voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, o a su vez los causados por la naturaleza.

La prueba es generadora de conocimiento y convencimiento para el juzgador, por ende, todo el andamiaje probatorio que se realiza a lo largo del proceso, tiene como finalidad encontrar la certeza o la plena convicción de la culpabilidad del acusado y bajo ningún concepto las partes procesales deben ejecutar actos o diligencias que atenten a los derechos fundamentales del ser humano.

La prueba tiene por objetivo, demostrar y llegar al convencimiento de un determinado hecho dándole la categoría de verdadero, sin embargo, es importante diferenciar entre la verdad material y la verdad procesal; la primera es aquella que efectivamente permite el descubrimiento de lo que realmente ocurrió en un tiempo y espacio determinado, y segunda aquella que se ha logrado demostrar con la prueba dentro de un proceso penal.

La prueba tiene varios principios que regula su actividad, de entre ellos podemos destacar el principio de libertad probatoria, que en cierta manera ancla al resto de principios como los de inmediación, contradicción, pertinencia, exclusión y unidad.

La prueba ilícita y la prueba ilegal tienen diferente significado y sobre todo distinto efecto jurídico, así la primera es considerada como violatoria y atentatoria a derechos fundamentales y por ende debe ser excluida, mientras que la prueba ilegal, es considerada como aquella que el momento de su producción, práctica o aducción se incumplen con ciertos requisitos legales, y por ende no ameritan una exclusión del proceso, sin embargo, puede ser valorada por el juzgador.

La prueba ilícita al violar derechos fundamentales, se excluye, porque contamina el proceso, y su consecuencia jurídica es su inexistencia, por ende, no tiene ninguna vocación generadora de conocimiento.

La prueba ilícita no debe ser confundida con la nulidad procesal, ya que la prueba ilícita no nace a la vida jurídica, y en consecuencia no tiene existencia procesal,

a diferencia de la nulidad que es un acto procesal, que tiene existencia dentro del proceso y que despliega efectos jurídicos procesales.

La prueba necesariamente debe cruzar por los filtros que identifiquen una vulneración a los derechos fundamentales, así como al debido proceso, para que ésta posea validez, eficacia y legitimidad probatoria y así el juzgador pueda dictar un fallo valedero conforme a Derecho.

Toda prueba que sea obtenida vulnerando los derechos fundamentales del ser humano afectando sobre todo la dignidad humana, ya sea a la intimidad, el domicilio (propiedad) o las comunicaciones, deben ser consideradas pruebas ilícitamente obtenidas.

La prueba ilícita, no produce efectos jurídicos, por cuanto la misma no ha nacido a la vida jurídica, pero requiere para su inmediata exclusión del acervo probatorio, ser evaluada por el juez quien determinara la ilicitud o ilegalidad de la prueba, para que así sea suprimida de la actuación judicial.

Ante una prueba ilícita, se debe aplicar la regla de exclusión probatoria, convirtiéndose en el mecanismo constitucional mediante el cual no se admite al proceso y por ende no se valora dicha prueba, por atentar a derechos fundamentales.

En cuanto a la exclusión probatoria, se han generado algunas teorías, como la teoría del árbol envenenado, que sostiene que, si la raíz y el tronco se encuentran envenenados, probablemente sus frutos y todo lo proveniente del árbol lo esté. Frente a dicha teoría nace la exclusionary rule o la canasta envenenada, que sostiene que, si un fruto está envenenado, se lo suprime o se lo saca del canasto, pero todo lo demás tiene validez jurídica.

A fin de no sacrificar la justicia, y no dejar los casos en impunidad, se han desarrollado reglas de excepción a la exclusión probatoria, tales como: a) doctrina de la fuente independiente, b) vínculo causal atenuado, c) descubrimiento inevitable, d) prueba obtenida de buena fe.

Bajo la premisa de que no se puede sacrificar la justicia por meras formalidades, nos obliga a analizar y pensar que definitivamente si la prueba ha vulnerado alguna norma de procedimiento, como cadena de custodia, u hora del allanamiento, se convierte en una prueba ilegal pero que, al no lesionar los derechos fundamentales, la misma puede ser admitida y valorada en juicio, sin que amerite su exclusión alguna.

Como una gran conclusión se puede deducir que tanto los jueces, profesionales del derecho y en general todos aquellos que conforman el aparataje de la administración

de justicia (área penal), deben tener un rol proactivo dentro del proceso puesto que todos son vigilantes de los derechos fundamentales y constitucionales de los sujetos procesales, por ello la importancia de que su preparación, este direccionada a solucionar conflictos, sin que ello conlleve a la vulneración de derechos, dejar en indefensión al procesado o peor aún dejar en impunidad un hecho.

Los jueces, profesionales del derecho y en general todos aquellos que conforman el aparataje de la administración de justicia (área penal), deben conocer la diferencia que existe entre prueba ilícitamente obtenida y la prueba ilegalmente obtenida, a fin de resolver de forma correcta los petitorios de exclusión probatoria aludido por cualquiera de los sujetos procesales.

Bibliografía

- Abarca, Luis. 2006. La Defensa Penal Oral, Tomo VI, Primera Edición. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Arburola, Alan. 1996. La Prueba y los Principios Probatorios en Materia Penal. San José: Editorial Obras Jurídicas Probatorias S.A.
- Armenta, Teresa. 2011. La Prueba Ilícita, Un estudio comparado. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Bentahm, Jeremías. 2002. Tratado de las Pruebas Judiciales. Buenos Aires: Valleta Ediciones.
- Buevas, Carlos. 2011. La prueba ilícita y la cláusula de exclusión probatoria en el nuevo Sistema Penal, ¿Cuál es su alcance y aplicación? Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Cabanellas, Guillermo. 1983. Diccionario jurídico elemental. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
- Cafferata, José. 1998. La Prueba en el Proceso Penal, 3ra edición. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Calocca, Alex. 1998. Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile, vol. 4, núm. 2. Santiago: Editorial Ius et Praxis.
- Carnelutti, Francesco. 2000. Teoría General del Derecho. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.
- Carocca Pérez, Alex. 1998. Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile. Talca: Universidad de Talca.
- Carrara, Francesco. 1993. Programa de Derecho Criminal: Parte General. Bogotá: Editorial Temis.
- Caycho M., Jan Karlo. 1986. La Prueba en Proceso Penal. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Chiovenda, Giuseppe. 1954. Instituciones de derecho procesal civil. Madrid: Revista de derecho privado.
- Clariá, Jorge. 1960. Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Claro, Luis. 1986. Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado, tomo IX: De los bienes. Santiago de Chile.

- Climent, Carlos. 1999. La prueba penal, doctrina y jurisprudencia. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Couture, Eduardo. 1993. Vocabulario jurídico, con referencia especial al Derecho procesal positivo vigente uruguayo, 5a reimpresión. Buenos Aires: Depalma.
- Díaz de León, Marco. 2004. Tratado sobre las pruebas penales. México: Editorial Porrúa.
- Díaz, José y Ricardo Martín. 2001. La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. Sevilla: Ediciones Civitas.
- Döhring, Erich. 1996. La prueba su práctica y apreciación, Traducido, Vanzhaf, T. Buenos Aires: Editoriales Foro.
- Echandía, Hernando. 2000. Compendio de la Prueba Judicial, Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal/Culzoni Editores.
- . “Teoría General de la Prueba Judicial”. Bogotá: Editorial Temis.
- . “Teoría General de la Prueba Judicial”. Sexta Edición. Bogotá: Editorial Temis.
- Eugenio, Florián. 1982. De las pruebas penales. Bogotá: Ediciones Temis.
- Falcón, Enrique. 2003. Tratado de la Prueba. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Ferrajoli, Luigi. 1995. Derecho y Razón. Madrid: Editorial Trotta.
- Flores R., José. 2002. Pruebas Judiciales. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.
- Framarino dei Malatesta, Nicola. 2002. Lógica de las pruebas en materia criminal, t.1, 4ª ed. Bogotá; Editorial Temis.
- Gálvez, Luis. 2003. La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Navarra: Editorial Thomson Aranzadi.
- Garrió, Alejandro. 1994. Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, 3ra. Edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L.
- Giner, César. 2008. Prueba Prohibida Y Prueba Ilícita. Murcia: Universidad de Murcia.
- González, Antonio. 2011. La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio. Bogotá: Leyer Editores.
- Guerrero, Oscar. 2015. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Guerrero, Walter. 1997. La Prueba en Materia Penal, Tomo I, Segunda Edición. Quito: Editores Pudeleco S.A.

- Gutiérrez, Carlos y Alejandro Aguilar Brevis. 2002. *La Prueba Ilícita: Las Reglas de Exclusión de Medios Probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales*. Santiago: La Revista de Derecho: Derecho, Sociedad, Cultura, Año VIII.
- Hairabedian, Maximiliano. 2002. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Villela Editorial.
- Hernández, Javier. 2010. *Valor probatorio de la actividad investigadora de la policía judicial*. Barcelona: Revista Catalana de Seguridad Ciudadana.
- Herrera, Elizabeth y Javier Cortés. 2011. *La prueba Ilícita y la Prueba Ilegal Criterios de diferenciación*, Bogotá: Editorial Temis.
- Horvitz, María y Julián López. 2004. *Derecho Procesal Penal Chileno*, vol. II. Santiago: Jurídica de Chile.
- Ibarra, Karina. 2017. *Los efectos de la prueba ilícita en Colombia: Caso miti – miti*. Bogotá: Revista Verba Iuris.
- Israel, Jerold y Wayne Lafave. 1993. *Criminare procedure and the constitutional limitations in Nuthshell*. USA: Minn.
- Jauchen, Eduardo. 2002. *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Kant, Immanuel. 1998. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Tras. M. García Morente. Madrid: Espasa-Calpe.
- Kayser, Pierre. 1984. *La protección de la vida privada*. París: Editorial Económica.
- Korsgaard, Christine. 1996. “Kant’s Formula of Humanity” en *Creating the Kingdom of Ends*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lluch, Xavier. 2012. *Derecho Probatorio*. España: J.M. Bosch.
- Maier, Julio. 1989. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Martínez, Ángel. 1995. *Filosofía Jurídica de la Prueba*. México: Editorial Porrúa.
- Melero, Silvia. 2004. *El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2da Edición. Barcelona: Ediciones.
- Mellado, José. 1989. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Editorial Trivium.
- Meyan, Camp. 1996. *El derecho a la intimidad y la informática*. México DF: Porrúa Ediciones.
- Micheli, Gian. 1961. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Editorial Europa-América.

- Midon, Marcelo. 2007. Derecho Probatorio Parte General, Primera Edición. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Miranda, Manuel. 1999. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor.
- Montón, Alberto. 1977. Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso. Salamanca: Editorial Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.
- Montón, Alberto. 1977. Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso. Salamanca: Editorial Departamento de Derecho Procesal de la Universidad.
- Monton, Alberto. 1999. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona: Editorial Bosch.
- Montt, Luengo. 2008. Excepciones a la regla de exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. Santiago de Chile: Facultad De Derecho.
- Navarro, Manresa. 1887. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III. Madrid Edit. Reus.
- Noya, María. 2000. La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Palacio, Lino. 2000. La Prueba en el Proceso Penal. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Parra Quijano, Jairo. 1994. Tratado de la prueba judicial, Tomo I. Santafé de Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Parra Quijano, Jairo. 2006. Manual de Derecho Probatorio, décima quinta edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Parra, Jairo. 1994. Tratado de la prueba judicial, Tomo I. Santafé de Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Parra, Jairo. 2004. Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio. Bogotá: Editorial Temis.
- Parra, Jairo. 2006. Manual de Derecho Probatorio, décima quinta edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Ramírez Salinas, Liza A. 2005. Principios Generales que rigen la Actividad Probatoria. Asunción: La Ley.

- Ramírez, Yesid. 2001. El juicio oral en Colombia. Santafé de Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Rendón, Gustavo. 2002. Curso de Procedimiento Penal. Bogotá: Editorial Temis.
- Rocco, Ugo. 1959. Teoría general del proceso civil. México: Ediciones Porrúa S.A.
- Rodríguez, Orlando. 2014. La Prueba Ilícita Penal. Bogotá; Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Rosenberg, Leo. 2017. La carga de la prueba. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Roxin, Claus. 2000. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Del Puerto.
- Sáez, José. 1999. El derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas. Buenos Aires: Din Editora.
- Strong John y otros. 1992. Mc Cormick on Evidence. Minnessota: West Publishing Co.
- Vaca, Ricardo. 2001. Manual de derecho procesal penal. Cuenca: Editorial Cuenca Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Vélez, Alfredo. 1981. Derecho Procesal Penal, t.1. Córdoba: Editorial Lerner.
- Vittorio Denti. 2004. El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, 2da Edición. Barcelona: Ediciones.
- Warren, Samuel y Louis D. Brandeis. 1890. The Right to Privacy, vol. IV. Boston: Harvard Law Review.
- Zabala Baquerizo, Jorge. 2004. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IV. Quito: Editorial Edino.
- Zambrano, Alfonso. 2009. La prueba ilícita en el proceso penal, estudio doctrinario y jurisprudencial. Quito: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones CEP.
- Zapata, María Francisca. 2004. La prueba ilícita. Santiago: Lexis Nexis.
- Normas Jurídicas
- ONU Asamblea General. Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948
- ACNUDH Asamblea General. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966.
- Asamblea General. Convención Americana de Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969.
- Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

España. Constitución Española. aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978.

Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

Ecuador. Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.

Ecuador. Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial 360, Suplemento, 13 de enero 2000.

Ecuador. Código Civil. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, última modificación 22 de mayo de 2016.

Ecuador. Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Registro Oficial No.439, Tercer Suplemento, 18 de febrero 2015. Última Reforma: (Segundo Suplemento del Registro Oficial 31, 7-VII-2017).

Sentencias y casos

Corte IDH. “Sentencia de 30 de enero de 1987 (Opinión Consultiva Oc-8/87)”. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

Corte IDH. “Sentencia de 29 de julio de 1988 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. 29 de julio de 1988. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En Juicio n° 117-14-SEP-CC, caso n° 1010-11-EP.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”. En Juicio n° 004-14-SCN-CC, caso n° 0072-14-CN.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”. En Juicio n° 024-13-SEP-CC, caso n° 1437-11-EP.

Ecuador. Corte Suprema de Justicia. “Resolución”. No. 1528-06-RA, Primera Sala, R.O. 155-S, 24-VIII-2007.

Ecuador. Corte Suprema de Justicia. “Sentencia”. En Juicio n° 25920 M.P.

Ecuador. Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”. En Juicio n° 23.193.

Colombia. La Sala Plena de la Corte Constitucional de la Republica de Colombia, “Sentencia”. En Juicio n° SU-159. de 06 de marzo de 2002.

Colombia. La Sala Plena de la Corte Constitucional de la Republica de Colombia, “Sentencia”. En Juicio n° 2053-2003-HC/TC.

Colombia. La Sala Plena de la Corte Constitucional de la Republica de Colombia, “Sentencia”. En Juicio n° C-591/05, del 09 de junio de 2005.

Colombia. Corte Suprema de Justicia de Colombia, “Sentencia”. En Juicio n° 18.103, del 02 de marzo 2002.

Argentina. Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Tribunal Supremo de Justicia Córdoba – Argentina. “Sentencia”. Resolución No. 77506, Caso Heredia, Resolución No. 77506.

Estados Unidos. Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, “Sentencia”, Caso Weeks vs U.S. de 1914

Estados Unidos. Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, “Sentencia”. Caso Mapp. vs Ohio, 367, US, 643 1961.

Estados Unidos. Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, “Sentencia”. Caso “Miranda vs. Arizona.