



“Universidad Técnica Particular de Loja”
**ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
MODALIDAD PRESENCIAL**

TEMA:

**“LA PRUEBA ILÍCITA: SU EFICACIA
PROBATORIA EN MATERIA PENAL”**

TESIS DE GRADO PREVIA A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADA

AUTORA:

Daniela Estefanía Erazo Galarza

DIRECTOR:

Dr. Miguel Valarezo Tenorio

CENTRO UNIVERSITARIO LOJA

LOJA-ECUADOR

2009



CESIÓN DE DERECHOS

Yo, **Daniela Estefanía Erazo Galarza** declaro ser autora del presente trabajo y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja, que en su parte pertinente textualmente dice: Forman parte del Patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad.

Atentamente,

Daniela Estefanía Erazo Galarza

AUTORA



CERTIFICACIÓN

Doctor

Miguel Valarezo Tenorio

DIRECTOR DE TESINA DE GRADO DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

CERTIFICA:

El haber revisado en forma minuciosa el presente trabajo investigativo titulado **“PRUEBA ILÍCITA: SU EFICACIA PROBATORIA EN MATERIA PENAL”**, el cual ha **cumplido** con todas las exigencias establecidas por la escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja.

Atentamente,

Dr. Miguel Valarezo Tenorio

DIRECTOR DE TESINA DE GRADO



A U T O R I A

Todas las ideas, conceptos, sugerencias, opiniones y criterios, que se exponen en el presente trabajo de investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Daniela Estefanía Erazo Galarza



AGRADECIMIENTO

Expreso mi más sincero agradecimiento a la Universidad Técnica Particular de Loja, particularmente a la Escuela de Ciencias Jurídicas, por haberme dado la oportunidad de formarme como una buena profesional, a lo largo de todos estos años de estudio; a mis profesores, quienes con paciencia y dedicación me inculcaron todos los conocimientos necesarios para ejercer la carrera para la cual me estoy formando.

Especialmente al Dr. Miguel Valarezo, quien desinteresadamente dirigió mi trabajo investigativo hasta la culminación del mismo.

De igual forma hago extensivo este agradecimiento a mis padres, quienes fueron el pilar fundamental en mi desarrollo integral como persona, mujer y profesional; a mis compañeros, por haber sido los promotores de intercambios de ideas, conocimientos y puntos de vista; a mis amigas, por haber compartido conmigo estos cinco años brindándome siempre una amistad incondicional y sincera; y en fin a todas las personas que formaron parte de esta trascendental etapa de mi vida, y a todas las que seguirán formando parte de mi vida en el ejercicio profesional. *Gracias!*

Lo Autora



DEDICATORIA

Dedico este trabajo primero a Dios porque es el ser que jamás me ha fallado en la vida, a si mismo a mi querida familia que con mucho esfuerzo y sacrificio han sabido apoyarme constantemente en el cotidiano vivir y especialmente el querer forjarme como futura profesional.

La Autora



1. INTRODUCCIÓN

Como requisito preliminar para la obtención del título de grado de Abogacía, la Universidad Técnica Particular de Loja y más específicamente la Escuela de Ciencias Jurídicas nos planteo el requerimiento de realizar un trabajo investigativo en el cual conjugáramos todos los conocimientos adquiridos en las aulas de clase a lo largo de estos cinco años, lo cual, en un primer momento nos resulto como una misión complicada, en el sentido de encontrar la forma de agrupar todos esos conocimientos en un mismo trabajo investigativo sobre un tema determinado, y más que nada de fundamentarlos con coherencia y sentido. Pero en el desarrollo de buscar respuestas sobre como realizar este planteamiento, esta misión que parecía complicada en un principio, se torno como un reto interesante por realizar, es por esto que inicie el camino hacia la culminación de la presente tesina, segura de que sería una gran oportunidad para retomar los significativos aportes, que cada uno de nuestros profesores, nos dieron cada día en el interior de las aulas universitarias de mi querida UTPL.

El primer paso consistió en elegir un tema determinado, el cual, teníamos que extraer de los tópicos generativos que la universidad nos dio como alternativas; en realidad elegir dicho tema para mi fue fácil, ya que siempre me ha interesado el área penal, y al ver el tópico “valoración de la prueba” supe que por ahí se orientaría mi investigación. Al recaudar y analizar toda la información necesaria sobre La Prueba y su Valoración, encontré un problema particular que me pareció de suma importancia investigar, el cual es “*Prueba ilícita: su eficacia probatoria en materia penal*”, ya que al revisar la Ley conjuntamente con la doctrina encontré un vacío legal, que poco es tomado en cuenta por el Derecho ecuatoriano, y como consecuencia de esto el Sistema de Justicia, especialmente el Penal se ve perjudicado, ya que no existe ninguna normativa que regule este problema en



nuestra legislación nacional. Es por esto que luego de realizar mi proyecto de investigación, estableciendo todos los parámetros y los fundamentos bajo los cuales se basaría mi tesina, y una vez que mi director de tesis lo aprobó, con entusiasmo vislumbre lo que debía hacer para alcanzar mi meta.

Una primera etapa consistió en agrupar toda la información que había recaudado haciendo uso del método deductivo; por todo esto el primer paso de esta etapa consistiría en entender el significado del Derecho Penal y cual había sido su evolución hasta llegar a lo que hoy es, para lo cual recurrí al acertado criterio de grandes juristas del Derecho, lo cuál me ayudo a clasificar toda la información, y realizar así, mi **Primer Capítulo**, que en general trata sobre el **Derecho Penal** y todas sus características, principios, evolución, definiciones, objeto, además de las conocidas Escuelas Penales de las que surgieron grandes legados que hoy son reconocidos y aplicados en el ejercicio del derecho. Pero este primer capítulo no estaba completo si no incluía en él, un estudio anexo sobre el **Derecho Procesal Penal**, es por esto que bajo la misma temática recaude importantes nociones doctrinales y legales acerca de este Derecho Penal adjetivo, donde describí importantes principios reguladores de los procesos penales, además de establecer que su finalidad fundamentalmente era la aplicación de justicia bajo el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos.

El **Segundo Capítulo** de la presente Tesina lo dedique al **Estudio del Debido Proceso**, donde describí su evolución a lo largo de la historia del Derecho, así como su importancia tanto a nivel internacional como nacional. El Debido Proceso fue especialmente reconocido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y constituye principalmente un conjunto de derechos inherentes a todas las personas en búsqueda del respeto hacia la dignidad humana. Este conjunto de normas es establecido en nuestra Constitución vigente como garantías básicas de



las personas, y por ser la Constitución la norma suprema del Estado, su aplicación y respeto es y deberá ser obligatoria.

Luego de describir al Debido Proceso en el segundo capítulo, inicié el **Tercer Capítulo** de mi Tesina, que consiste en la **Prueba Penal**. En este capítulo comencé describiendo el surgimiento de la Prueba a través de la Historia, lo que me ayudó a determinar que la prueba se origina desde los albores de la humanidad, donde muchas de las veces está prueba era obtenida de creencias y supersticiones místicas características de los grandes períodos ancestrales. Poco a poco la prueba fue evolucionando y tomando su lugar en el Derecho, si bien es cierto que la prueba más antigua de la humanidad consistió en la prueba testimonial, ya que por su característica de ser oral fue utilizada siempre. Es importante destacar la definición de la prueba como un medio para encontrar la verdad de los hechos, y así ejercer justicia. La prueba en nuestro ordenamiento judicial ha servido como instrumento para dar a conocer a los jueces la verdad histórica de ciertos sucesos que por su naturaleza son contrarios a la Ley, y así aplicar justicia y sancionarlos bajo los parámetros legales. La clasificación más común que se le da a la prueba es la expresada por el Código de Procedimiento Penal, el mismo que dice que las pruebas pueden ser clasificadas en materiales, testimoniales y documentales. De igual forma nuestro Código de Procedimiento Penal plantea ciertos requisitos para la admisibilidad de la prueba, es por esto que creí importante establecer el momento de la actividad probatoria. Dentro de este capítulo incluí algunas nociones acerca de las presunciones e indicios, y cual es su influencia dentro del Sistema Procesal Penal Ecuatoriano.

Al Cuarto Capítulo lo denomine “Valoración de la Prueba”, en el que al igual que en los demás inicie analizando su papel a lo largo de la historia, para lo cual descubrí que la valoración de la prueba se origina al mismo tiempo que la Prueba, y su evolución fue paulatina a través de los períodos históricos acontecidos. Valoración



de la Prueba como la definen algunos autores es la actividad mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido, ya que cada medio de prueba es susceptible de valoración a excepción de las pruebas ilícitas, lo cual me permitiré describir más adelante. Es muy importante el deber que cumplen los jueces en la valoración de la prueba ya que si bien es cierto en nuestra legislación se establece que la prueba será valorada bajo las reglas de la sana crítica, no existe ningún parámetro específico ni reglas concretas de la llamada sana crítica, por lo tanto esta actividad u operación mental muchas de las veces puede ser errónea, y tomando en cuenta que mediante esta valoración, se puede, ya sea condenar a un inocente o absolver a un culpable es necesario dedicarle un prolijo análisis. Es por esto que tomando en consideración la opinión de algunos tratadistas, describí en mi tesina las operaciones mentales que realizan los jueces al momento de evaluar las pruebas, además cite un caso de jurisprudencia en donde se describía uno de los sistemas de valoración de la prueba como es la sana crítica.

Finalmente, una vez que analice y describí el contenido de todos los capítulos anteriormente nombrados, pude llegar exitosamente hacia la esencia del problema que me sirvió de instrumento para determinar el tema de mi investigación, el cual es **“PRUEBA ILÍCITA: SU EFICACIA PROBATORIA EN MATERIA PENAL”**, tema que lo he asignado como el **Quinto Capítulo** de mi tesina. A lo largo de la elaboración de la presente investigación destacué la importancia del Proceso Penal en la aplicación de justicia del país, y más que nada el papel de las pruebas como medio para viabilizar esa justicia hacia el camino de la verdad, sin desmerecer el papel protagónico de los jueces al momento de valorar las pruebas presentadas en el proceso; encontrando en todo ese acopio de información el término “prueba ilícita” como un medio de prueba carente de eficacia jurídica y por lo tanto con eficacia probatoria nula. Sin embargo al evaluar su definición, como



aquella prueba que violenta los preceptos constitucionales y por lo tanto es contraria a la ley, considere fundamental iniciar mi estudio por la norma suprema que le daba dicho carácter de ilegal, es decir por la Constitución, en la cual se encuentra contenida dentro del Art. 76 que trata sobre las Garantías Básicas del Debido Proceso, más específicamente en el numeral cuatro de la citada norma legal, donde se advierte que *las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria*, lo cual deja claro su exclusión dentro del sistema procesal penal y por lo tanto ineficacia probatoria.

Sin embargo al adentrarme más hacia el análisis de la Constitución encontré la siguiente frase dentro del Art. 169 que trata el Sistema Procesal, **“No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”**, por lo que al reforzar mi labor investigativa con el apoyo de nociones doctrinales acerca de la Prueba Ilícita me lleve la sorpresa de que si bien muchos de los autores consideran que su exclusión dentro del Sistema de Justicia es adecuada ya que se protegen las garantías básicas del Debido Proceso promovidas por la Constitución, encontré también ciertos criterios que consideran que este tipo de prueba no debería ser desechado en su totalidad, ya que se estaría arriesgando el fin mismo del Derecho Procesal Penal que es aplicar justicia mediante el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos, por lo que dichos juristas consideran necesario aplicar ciertas excepciones a la regla de exclusión probatoria ejercida en nuestro país, y supuestamente aplicada en su totalidad al sistema de justicia, y digo supuestamente por el hecho de haber encontrado dentro de la jurisprudencia un ejemplo en que una Sala de lo Penal, aceptaba estas pruebas, argumentando que no se debía sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades, ya que como en ese caso concreto y en muchos más que no corren la misma suerte, se tenía la certeza que el encausado era el culpable del delito que se le atribuía, pero que sin



embargo no existían medios probatorios obtenidos bajo las formalidades que la ley establece para que alcancen el valor de prueba en el Juicio. Además al investigar las apreciaciones internacionales sobre el problema de la exclusión de la prueba ilícita dentro de los procesos penales, descubrí que en algunas legislaciones internacionales se han llegado a establecer ciertas excepciones a las reglas de exclusiones probatorias, las cuales describí en mi tesina, además de esto encontré que dentro de las corrientes del Derecho se estaba forjando una nueva con mucha fuerza, la cual es denominada como Soft Positivism o Positivism Blando, la cual plantea una nueva percepción acerca de la validez de ciertas normas jurídicas en el Derecho.

Cabe mencionar que en nuestro país ya se están dando los primeros vestigios de esta validez de normas jurídicas antes denominadas como prohibidas y tal es el caso de la reciente reforma al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, donde se aceptan las grabaciones realizadas por un medio de comunicación, o por terceros como pruebas.

Una vez concluida la presente Tesina, elabore el **Sexto Capítulo**, en el cual se encuentran contenidas las **Conclusiones y Recomendaciones** a las cuales he llegado.



2. PROBLEMATIZACIÓN

El ejercicio de la justicia en muchos de los casos puede resultar complicado, si se entiende que mediante su buena o mala actuación, se puede acusar a un inocente o absolver a un culpable, lo cual nos demuestra la gran importancia que se le debe dar, y bajo que normas legales se lo debe aplicar.

La Constitución de la República del Ecuador al ser la norma suprema de nuestro país, velará por la obtención de una justicia para todos sin dilaciones.

El papel que tienen los jueces como administradores de justicia es vital para el desarrollo del sistema judicial.

En materia penal se busca encontrar la verdad acerca de un delito, que será el motivo del proceso judicial.

A este delito se lo intentará probar, así como negar, es decir, afirmar que en realidad fue cometido por determinada persona, o bien negar su existencia y aún más la participación del acusado dentro de él.

Se habla de la importancia de que los jueces sean lo más posiblemente imparciales dentro de estos procesos penales, es decir las partes deberán crear historias coherentes para que los jueces les creen o no.

Dentro de la actuación que tienen las partes en el juicio, se les da la facultad de comprobar el cometimiento de un delito o negarlo, esta actuación la realizan a través de las pruebas.

Las pruebas son los medios a través de los cuales se puede afirmar o negar algo.



Hasta este momento resulta muy simple comprender el rol de las pruebas dentro de un juicio. Pero el problema surge en la forma en que las partes consiguen dichas pruebas y en que momento las presentan, y cual es su influencia dentro de un proceso.

Pueden existir infinidad de pruebas pero la interrogante de, ¿cuales son válidas en el proceso y cuales no?, es presentada constantemente.

La Constitución establece que las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución o a la Ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

Además determina que las partes pueden presentar en “forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes: presentar pruebas y contradecir las que se presentan en su contra”.

Lo cual significa que a lo largo del proceso cualquiera de las partes contradecirá las pruebas que presenta la otra parte, y en muchos de los casos pueden incluso influenciar en los jueces sobre su criterio en la valoración de dichas pruebas.

El problema se presenta al determinar que pruebas tienen eficacia probatoria y cuales no, ya que la constitución no expresa claramente esto.

Acaso un juez mediante la atribución del sistema de libre valoración de las pruebas podrá determinar que prueba que aparentemente es valida no lo es, bajo su sana critica, cual es la posición de dicho juez ante su punto de vista y un razonamiento judicial.

La interrogante es bajo que normas se desenvuelve la libre valoración de las pruebas, que tipos de prueba pueden ser valoradas y cuales no.



Una de las finalidades de las pruebas es determinar la materialidad y la responsabilidad de la infracción; el sistema puede encontrar varios problemas como por ejemplo si una prueba vital para el proceso que quizás podría definir lo que realmente sucedió, pero que es presentada fuera del tiempo dado, tiene validez alguna, o en otro contexto, puede influir en la decisión final de los jueces; o en otros de los casos conseguida de una forma ilegal como por ejemplo que un tercero grabe una conversación telefónica donde el acusado confiese que cometió el delito, si bien no se la considera como válida, que influencia podrá tener dentro de la sana crítica de los jueces, y en su sentencia. *Si un juez sabe mediante esta prueba ilegal que el acusado es culpable, pero dentro del proceso las demás pruebas dicen lo contrario, ¿cual será su decisión? , que problemas pueden existir si una prueba que puede definir un proceso no tiene eficacia probatoria, que pruebas son ilícitas, y cuales son sus consecuencias en el juicio.*

Así en el Ecuador, la prueba ilícita como su efecto inmediato indudablemente representan medios de prueba inválidos, ineficaces, totalmente improductivos a la hora de poder ser valorados por el Juez o Tribunal penal para establecer una condena. Y, de ser el caso que prueba ilícita sea la única prueba o evidencia de cargo en contra de un acusado sometido a Juicio, el Tribunal Penal, en forma responsable debe absolver en estricto apego a la ley, porque la invalidez de la prueba primaria viciada de inconstitucionalidad se extiende a las pruebas derivadas de ella. Señálese también que conforme lo establece Art. 80 de nuestro Código de Procedimiento Penal, tácitamente se prohíbe al Tribunal Penal sustentar una sentencia en medios de prueba obtenidos con infracción a derechos fundamentales o garantías constitucionales.

Por toda esta serie de interrogantes y problemas entre la comprensión de lo legal y lo válido ante el razonamiento de una persona normal que en este caso son los jueces, creo conveniente realizar la presente investigación sobre la eficacia e *Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal*



ineficacia probatoria en materia penal, para así determinar, que pruebas las partes pueden presentar y en que momentos.

Ya que como lo señale con anterioridad, existe un gran problema a la hora de encontrarse con este tipo de pruebas, es por esto que es importante distinguir su efecto y sus consecuencias dentro del juicio.

Además es necesario en el Sistema Judicial del País, determinar y establecer las limitaciones de la prueba ilícita y sus derivados, así como de fijar que excepciones se aplicaría a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita en el Ecuador, que normativa sobre este tema debería contener nuestro Código de Procedimiento Penal y la doctrina, ya que como lo nombre anteriormente la Constitución y el Código nombran la ineficacia probatoria de la prueba ilícita vagamente.

La norma suprema que nuestro país posee es la Constitución, como es y debe ser de conocimiento general, ahora bien y volviendo al Art. 76 numeral 4 en el que se establece que toda prueba que vulnere los preceptos legales es considerada como no valida; es importante entonces destacar y profundizar lo que el art. 169 y contenido en el mismo cuerpo legal citado dice en lo referente a los principios de la administración de justicia: *El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. **No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.***

Citado este artículo entonces es importante destacar la contrariedad que existe en cuanto al fin de la justicia misma.

Ya que si bien es cierto al ser la prueba un medio para llegar a la verdad de un hecho, y por lo tanto hacer justicia, que es la definición misma que se le da al país



al decir que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, y que es constantemente nombrado en la Constitución, por lo tanto, cabe la siguiente interrogante, en el caso de la existencia de pruebas que omitan ciertas formalidades y que si bien la norma las coloca y clasifica como pruebas ilícitas y por lo tanto las desecha, este fin de la justicia en donde queda, si al desecharlas se la esta sacrificando, además de ir en contra del fin mismo del derecho que es la búsqueda, obtención y realización de dicha justicia.



3. OBJETIVOS

1. OBJETIVO GENERAL:

- 1.1. Analizar cual es la eficacia probatoria de la prueba ilícita en materia penal.**

2. OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- 2.1. Determinar que son las pruebas
- 2.2. Establecer cuáles son los tipos de prueba
- 2.3. Determinar que es la valoración de la prueba
- 2.4. Conocer bajo que condiciones los jueces califican las pruebas.
- 2.5. Investigar bajo que parámetros las pruebas tienen eficacia probatoria y bajo cuales son desechadas por carecer de dicha eficacia.
- 2.6. Determinar que son las pruebas ilícitas.
- 2.7. Establecer cuál es la incidencia de las pruebas que carecen de eficacia probatoria en la decisión de un juez.
- 2.8. Establecer como se aplica la justicia en cuanto a la omisión de las formalidades de ciertas pruebas.



- 2.9. Conocer si en el Derecho comparado existen excepciones al rechazo de las pruebas ilícitas dentro de los procesos.
- 2.10. Establecer cuáles son las disposiciones constitucionales acerca de las pruebas ilícitas

4. METODOLOGÍA

Para realizar el presente trabajo de investigación he aplicado diversos métodos, técnicas y procedimientos, que me sirvieron de guía para cumplir con los objetivos planteados.

He realizado la recopilación de toda la información legal y doctrinal acerca del tema que me he propuesto investigar.

MÉTODOS

- **Método deductivo:**

A través del método deductivo pude extraer una serie de conclusiones a partir de conceptos generales o premisas previas. Para esto hice uso del razonamiento que me permitió deducir mis propias premisas acerca del tema que estoy investigando.

- **Método sintético:**

Mediante este método puede relacionar diferentes premisas aisladas para así formular un razonamiento unificado sobre el tema y el problema de la investigación.



- **Método histórico-comparado:**

Por medio de este método pude describir los hechos que ocurrieron en el pasado, es decir toda la normativa legal y su historia sobre el tema de la investigación, además de realizar un estudio comparado con la normativa actual.

TÉCNICAS

Dentro de las técnicas que utilice se encuentra la lectura científica, ya que para recopilar toda la información necesaria para mi investigación tuve que realizar una lectura profunda del material bibliográfico que encontré, para así poder seleccionarlo de acuerdo a su importancia.

Dentro de mi investigación primero recopile toda la información que necesitaba ya sea de los cuerpos legales o de la doctrina, lo cual me permitió tener una idea clara del tema que escogí, luego estructure toda esta información de acuerdo a su importancia.



5. JUSTIFICACIÓN

➤ JUSTIFICACIÓN ACADÉMICA

La Universidad Técnica Particular de Loja, en su afán de actuar como un ente que brinde beneficios a la sociedad, en su sistema de estudios ha promovido la investigación como un recurso fundamental para la formación de profesionales aptos y capaces de desenvolverse en el medio que los acoge; por lo cual yo como estudiante de esta prestigiosa universidad, y al entender que en el ejercicio de mi carrera profesional es necesario la adopción de una actitud crítica y analítica acerca de la normativa legal de nuestro país, y luego de conocer los vacíos legales acerca de la eficacia probatoria en materia penal, he decidido elaborar la presente investigación como tema para mi tesina, ya que considero que mediante la realización del trabajo investigativo que me he propuesto realizar, además de enriquecer mis conocimientos académicos brindare una nueva perspectiva a los futuros abogados acerca de la eficacia probatoria en materia penal, ya que es muy importante que como estudiosos del derecho realicemos constantes investigaciones sobre de temas de gran trascendencia para la carrera para la cual nos estamos formando.



➤ **JUSTIFICACIÓN SOCIAL**

La aplicación de la justicia es fundamental para la sociedad, el fin de nuestro país mismo es el ejercicio de dicha justicia, por todo esto es muy importante la correcta aplicación de las normativas legales que rigen la sociedad. Considero que es necesario y significativo realizar un profundo análisis acerca de la eficacia probatoria de ciertos tipos de pruebas en los procesos penales, ya que de esta manera los administradores de justicia podrán llegar a establecer la verdad de los hechos, y así dictar sentencias justas basadas en fundamentos veraces que sancionen acciones antijurídicas que en realidad fueron cometidas. Mediante mi investigación encontrare las fallas del sistema de valoración de la prueba en lo referente a su admisibilidad dentro de un proceso, y con esto se sentaran bases que permitan a la justicia condenar a los verdaderos culpables y absolver a los inocentes.

➤ **FACTIBILIDAD**

Para la realización de mi investigación haré uso de los preceptos legales y normas constitucionales del Ecuador, por lo cual y luego de contar con conocimientos acerca del procedimiento penal y de la prueba más específicamente, considero que mi trabajo investigativo es factible, y lo puedo realizar en el tiempo propuesto, haciendo uso de todo el acopio legal que poseo acerca de la materia producto de mi análisis.



6. MARCO TEÓRICO

El tema central del presente trabajo investigativo es ***“La prueba ilícita: su eficacia probatoria en materia penal”***, por lo cual al ser un tema netamente penal, es importante iniciar su estudio desde el estudio del Derecho Penal mismo. Según la definición de Enrique Cury¹, *Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas, que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a determinados hechos estrictamente determinados por la Ley, como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica*. No se puede determinar con exactitud el momento exacto en el que surgió el Derecho Penal dentro de la Historia Mundial, pero según el Dr. Gustavo Labatut² el Derecho Penal atravesó cuatro períodos. El primer período corresponde al de la Venganza Privada o Defensiva, donde era característico de esta época la venganza de las familias como medio para administrar justicia, como limitante a esta venganza desmedida surgió la conocida Ley del Talión “ojo por ojo, diente por diente”, para luego venir el la composición; el segundo período lo ocupa el Período Teológico-

¹ CURY, Enrique. Definición extraída de www.derechoecuador.com

² LABATUT Glenda, Gustavo. Derecho Penal

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



Político de la Venganza Divina, Pública y la Intimidación, donde la autoridad pública era la encargada de sancionar; el tercer período lo ocupa el conocido como el Período Humanitario, donde el derecho canónico juega un papel fundamental como medio para evitar y poner límites al accionar desmedido de la justicia de aquellos tiempos; el cuarto período, denominado como Período Contemporáneo, está caracterizado principalmente por la irrupción de las Ciencias en el campo penal. Continuamente con la evolución del derecho surgieron las llamadas Escuelas Penales, donde se dio el florecimiento de grandes ideas filosóficas. La Primera Escuela Penal denominada como Clásica tuvo su aparición gracias a Cesar Beccaria que es considerado como su principal promotor, para esta escuela la ley regía la sociedad y por lo tanto cualquier persona que iba contra esa ley merecía ser sancionado a toda costa; Francesco Carrara otro de sus grandes pensadores dio muchos aportes a esta escuela como lo fue la “tutela jurídica”; la siguiente escuela fue la Escuela Positivista del Derecho Penal, la cual nació en oposición a la escuela clásica, sus principales fundadores fueron César Lombroso, Enrique Ferri y Raffaele Garófalo, esta escuela colocó al hombre en primer lugar, y se encargó del estudio del delincuente; otra escuela importante es la Escuela del Neopositivismo, que promueve un nuevo Derecho Penal tomando lo mejor de la escuela clásica y de la positivista; en realidad surgieron muchas otras escuelas como la Escuela Técnico-Jurídica, la cual brindó un gran aporte a la ciencia penal al formalizar el estudio del Delito.

El Dr. Torres Chaves³ define al derecho penal como “un elemento jurídico más enérgico del Estado, para evitar más conductas indeseables, inconvenientes e insoportables, socialmente. El fin principal del Derecho Penal es el mantenimiento del sistema social, a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para una existencia en común que concretan una serie de condiciones valiosas, los

³ TORRES Chaves, Efraín. Filosofía y Derecho Penal. Colección Ensayistas de Hoy, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1987.



llamados bienes jurídico. Su función es organizadora, propulsora y evolutiva. Las fuentes del Derecho Penal son: la Ley, la Costumbre, la Jurisprudencia, la Doctrina y otros principios generales del Derecho.

Al ser el Derecho Penal una ciencia contenida dentro del Derecho, se encuentra con constante relación con otras ramas como el Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Administrativo, entre las más importantes. El Derecho Penal cuenta con una serie de principios implícitos en él, como el principio de proporcionalidad, el principio de legalidad, el principio de irretroactividad, el principio de la máxima taxatividad legal e interpretativa y otros principios pro de derechos humanos.

El Derecho Procesal Penal, también entendido como el derecho adjetivo del Derecho Penal, según el Dr. Jorge Zavala⁴ es un proceso jurídico humano, donde siempre está presente la fase negativa de la sociedad, en donde toda la humanidad está involucrada por lo que se llama la Responsabilidad Compartida. Además en otro de sus textos argumenta, que es una rama del Derecho Público que tiene por objeto el estudio del proceso penal, el procedimiento por el cual esté se desarrolla, las leyes que están relacionadas con su objeto, y el sector de la realidad del cual surgió en un tiempo determinado. La finalidad del Derecho Procesal Penal se puede resumir en la búsqueda de la verdad histórica de los hechos, protegiendo en cada paso los sujetos contenidos en esa búsqueda, la cual estará orientada a la aplicación de justicia.

El Derecho Procesal Penal cuenta con una serie de Principios. Entre los Principios Generales se destacan el de Oficialidad, Investigación Integral de la Verdad, Personalidad Justiciable, y Otros principios como el de concentración, adquisición, preclusión, intermediación y liberalidad. Dentro de los Principios Fundamentales se

⁴ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Penal
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



encuentran: Juicio Previo, P. de Legalidad, P. de Juez Natural, P. de Inocencia, P. Único Proceso, P. de Celeridad, P. de extradición, P. de Irretractabilidad, P. de Derecho a la Información Procesal, P. de Impulso Oficioso, P. de Inviolabilidad de la Defensa del Imputado, P. de Información de Derecho, Derecho al Interprete, Igualdad de Derechos y por último Interpretación Restrictiva.

El Debido Proceso es una institución protectora de los Derechos Humanos, que está orientada a garantizar los derechos de toda persona procesada. El Debido Proceso se encuentra contenido en importantes cuerpos internacionales. El Dr. José García Falconi⁵ lo define *como el más perfecto y sofisticado instrumento de resolución de disputas o conflictos de contenido o relevancia jurídica, pues el proceso tiene reglas que nos permiten llegar a una resolución justa debida*. El Debido Proceso se encuentra contenido en la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 76 donde se lo establece como Garantías Básicas. El Derecho del Debido Proceso es un derecho inherente a todas las personas, y que debido a su importancia es protegido por las normas internacionales, las cuales lo acogen como Garantías Judiciales.

El Código de Procedimiento Penal⁶ establece que se respetarán todas las garantías del Debido Proceso durante toda la sustanciación del proceso, desde su inicio hasta su culminación. El Dr. Jorge Zavala⁷ destaca el papel protagónico del Estado como responsable de ejercer la tutela jurídica del Debido Proceso.

Varios tratadistas han clasificado a los principios del debido proceso de la siguiente manera: **Principios Generales**, en el cual se encuentran contenidos los siguientes: Principio de Legalidad, Principio de Extra Actividad de Ley Penal, P. de la Proporcionalidad Penal, P. del Derecho a la Defensa, P. de Derecho a las

⁵ GARCIA Falconi, José. Definición encontrada en www.derechoecuador.com

⁶ Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano

⁷ ZAVALA Baquerizo, Jorge. El Debido Proceso Penal. EDINO. Año 2002

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



Resoluciones Motivadas y Principio de Obligaciones del Testigo y los Peritos; **Principios Fundamentales**, los cuales son, Derecho a la Motivación de la Detención y el Derecho al Silencio, Derecho al Interrogatorio Protegido, Limitación al Derecho a la Libertad Personal, Límite Temporal de la Prisión Preventiva, el Derecho a no Testimoniar en Perjuicio, Idioma del Acusado, el Principio “Non Bis in Idem” y Principio de Validez de la Prueba; **Principios Fundamentales Legales**, el Juicio Previo Legal, el Principio de Legalidad Procesal, Perfeccionamiento del Proceso, Inviolabilidad de la Defensa Restrictiva, Información al Acusado e Igualdad Procesal; **Principios Procesales**, como Necesidad del Debido Proceso Previo, Principio de Oficialidad, Principio de Investigación Integral de la Verdad y Principio de Personalidad Justiciable.

En cuanto a la Prueba Penal cabe destacar que la *prueba en todas las épocas ha desempeñado un papel de indiscutible trascendencia dentro de las relaciones jurídicas de los pueblos y ha ido evolucionando a través del tiempo*. En la antigüedad la falta de un sistema de justicia, era reemplazado por creencias místicas y supersticiosas a través de las cuales se buscaban encontrar respuestas sobre la culpabilidad o inocencia de una persona. Poco a poco la prueba fue evolucionando, conforme los diferentes pueblos adoptaron sistemas nuevos, además de la influencia de importantes hechos históricos la prueba evoluciono, hasta llegar a ser considerada en la actualidad como uno de los principales instrumentos de justicia.

El Dr. Florián⁸ define a la prueba así: *“prueba, quiere decir, a un mismo tiempo, todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa, y en sentido más amplio y haciendo abstracción de las fuentes, significa el*

⁸ FLORIAN Eugenio. De las Pruebas Penales. Tomo I. TEMIS. Tercera Edición. Colombia 1998.
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



conjunto de motivos que nos suministran ese conocimiento. La primera es una concepción subjetiva y la segunda es objetiva. Por otra parte, Ricardo H. Levene la define como: el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión de un litigio sometido al proceso.

En cuanto a la finalidad de la prueba tal como lo establece el Código de Procedimiento Penal, consiste en establecer tanto la existencia de la infracción, como la responsabilidad del imputado. Según la doctrina la prueba tiene como finalidad proporcionar al juez o tribunal el convencimiento necesario para tomar una decisión acerca del litigio.

El Dr. Ricardo Vaca Andrade⁹ define como cuatro los principios rectores de la prueba: por un lado el Principio de Necesidad, por lo que la prueba debe establecer tanto la infracción como la responsabilidad del imputado; Principio de Inmediación, los jueces al ser los que tomarán la decisión final debe evaluar conocer directamente la prueba que es presentada en el juicio; Principio de Oficialidad, este principio determina que tratándose de un delito de acción pública, el proceso debe ser iniciado por iniciativa del Fiscal ya que él es el único facultado; Principio de Legalidad, este principio establece que la obtención y proposición de la prueba están sujetas a ciertas formalidades establecidas por la Ley; Principio de Contradicción, este principio establece que las partes deben saber cuales son las pruebas presentadas en el juicio, para que así tengan la oportunidad de discutir y rebatir dichas pruebas; Principio de Pertinencia, este principio considera que cada dato o prueba que se vaya a introducir en el proceso debe coincidir con los objetivos para los cuales es incluido; y por último existen otros importantes

⁹ VACA Andrade, Ricardo. "Manual de Derecho Procesal Penal". Segunda Edición. Tomo II. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2003.



principios como el de Unidad de la Prueba, Comunidad de la Prueba, Principio de Interés Público y por último Principio de Lealtad y Veracidad.

En cuanto al Objeto de la Prueba, la doctrina establece que el objeto es todo aquello susceptible de ser probado, aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba.

Según Echandía¹⁰, en lo referente a la carga de la prueba, agrega que determina lo que cada parte tiene interés en probar para tener éxito en el proceso.

El momento de la actividad probatoria, tal como lo establece nuestro CPP: *"Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, a excepción de las pruebas testimoniales urgentes que serán practicadas por los jueces penales"*.

El Código de Procedimiento Penal clasifica a las pruebas de tres tipos: Materiales, la cual consiste en los resultados de la infracción, sus vestigios o en los instrumentos con los que se la cometió; Testimoniales, considerada como la prueba más antigua en la Historia de la Prueba, a la cual el CPP la clasifica en testimonio propio, testimonio del ofendido, testimonio del imputado, el Dr. Ricardo Vaca Andrade¹¹, considera que es la prueba que se desarrolla con mayor agilidad, facilidad y frecuencia, muchos autores consideran que el testigo es el protagonista de un proceso penal; y por último las Pruebas Documentales, las cuales según el CPP son las que están constituidas por documentos públicos y privados.

Existen otras clasificaciones doctrinales las cuales distinguen a la prueba como pruebas directas e indirectas, por otro lado pruebas lícitas e ilícitas y pruebas absolutorias y condenatorias.

¹⁰ ECHANDÍA Devis, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Colombia 2002.

¹¹ VACA Andrade, Ricardo. Ob. Cit.



En cuanto a los indicios, el Dr. Vaca Andrade los define como *una forma de razonamiento deductivo que permite, sobre la base de un hecho previamente comprobado y establecido en el proceso, que ese llama Indicios, concluir en otro hecho cuya verdad se desconoce, pero dada la relación que tiene con el hecho conocido y probado en que se funda es muy probable que ha sucedido*. A las presunciones en cambio las define así: *la presunción es una operación deductiva, por la cual se concluye que existe o no otro hecho. Las presunciones están íntimamente ligadas a los indicios, pero entre ellos se encuentra una relativa diversidad: el indicio es la causa como hecho conocido, y la presunción es el efecto, o sea, el conocimiento del hecho ignorado*.

Según lo establecido por el Art. 87 del CPP¹², *“Las presunciones que el juez o tribunal obtenga en el proceso estarán basados en indicios probados, graves, precisos y concordantes”*.

El siguiente capítulo trata acerca de la Valoración de la Prueba, que según el Dr. Jorge Zavala B¹³. es el tercer nivel de la actividad probatoria, sus orígenes provienen desde los orígenes de la Prueba mismo.

El Dr. Vaca Andrade¹⁴ la define como *“es la operación destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba”*; por otro lado el Dr. Hernando Devis Echandía dice lo siguiente: *“por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido”*.

El Código de Procedimiento Penal en cuanto a la valoración de las pruebas establece: *“Toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las*

¹² Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano

¹³ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Ob. Cit.

¹⁴ VACA Andrade, Ricardo. Ob. Cit.



reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo”.

Sin embargo, existen ciertas normas que se contraponen a dicha libertad de cuestionamiento por parte del Juez, como el deber de los jueces de fundamentar sus resoluciones y sentencias.

Según la doctrina el Sistema de Valoración de Pruebas se enmarca bajo los siguientes sistemas: Sistema Arbitrario, Sistema Legal, Sistema de Íntima Convicción y por último Sistema de la Sana Crítica Racional.

El Dr. Hernando Devis Echandía¹⁵, en lo referente a las operaciones en el Proceso Mental de los jueces al momento de valorar la prueba, los distingue en las siguientes fases: *1. La fase de los tres aspectos básicos de la función valorativa: percepción, representación o reconstrucción y razonamiento; 2. La fundamental función de la Lógica; 3. Por el lado de la razón y la lógica, actúan la imaginación, la psicología y la sociología; además de otros conocimientos científicos y técnicos; y, 4. También existe una actividad de la voluntad.*

Las reglas de apreciación pueden ser de múltiples y variada naturaleza (lógicas, psicológicas, morales, sociológicas, técnicas) y que su aplicación concreta varía según las características del hecho investigado, de los medios de prueba utilizados y del sistema (de libre apreciación o de tarifa legal) vigentes en el proceso.

El fin de la apreciación o valoración de la prueba es el fin de la prueba mismo, es decir encontrar la verdad histórica de los hechos.

En lo referente a la Fuerza o Valor Probatorio según algunos autores *es la aptitud que tiene un hecho para demostrar judicialmente otro hecho o para que el mismo hecho quede demostrado.*

¹⁵ ECHANDÍA Devis, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. *Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal*



Según el Derecho Comparado en legislaciones como la dominicana se usan los Sistemas de la Tarifa Legal y la Intima Convicción para evaluar las pruebas; en España se usan los mismos Sistemas antes nombrados y en Venezuela se hace uso del Sistema de Libre Valoración de la Prueba mediante la Intima Convicción del Juez.

Por último, en lo referente al tema central de la presente investigación se encuentra **“La prueba ilícita: su eficacia probatoria en penal”**. Esta prueba tuvo su origen en Estados Unidos, donde es denominada *Fruit of the poisonous tree*, o *fruite doctrine*, en 1920.

Prueba ilícita es entendida como aquella *“que vulnera las garantías constitucionales o derechos fundamentales en su obtención, esta conceptualización recibe una eminente 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”*.

Estas pruebas según la normativa ecuatoriana, carecen de eficacia probatoria, de lo dicho el Art. 76 numeral cuarto de la Constitución¹⁶ vigente del país, expresa: *“Las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la constitución no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”*.

En cambio el Código de Procedimiento Penal¹⁷, en su Art. 80 establece lo siguiente: *“Toda acción preprocesal o procesal que vulnere las garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías”*.

¹⁶ Constitución de la República del Ecuador. Codificación año 2008.

¹⁷ Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano



El Art. 83 dispone: *“La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de éste Código. No se pueden utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito”.*

Según las normas legales, y en consideración con la doctrina, este tipo de prueba carece de eficacia probatoria, y por lo tanto de eficacia jurídica, ya que violenta las garantías consagradas en la Constitución.

La prueba ilícita es meramente nombrada en el Código de Procedimiento Penal, mediante dos distintos enunciados. Ya que por un lado dice que la prueba que viole las normas constitucionales se la tendrá como no válida y carecerá de eficacia probatoria, es decir la ineficacia jurídica del medio de prueba; y en otra perspectiva la nombra cuando se asegura que si violenta las normas procesales en el momento de incorporar la prueba al proceso, es decir la consecuencia de la nulidad del proceso por haber violado el trámite de Ley.

De manera general gran parte de los tratadistas ecuatorianos al hacer un análisis de las Pruebas Ilícitas, y la posibilidad de que sean incluidas ciertas excepciones a su inclusión como pruebas validas, se muestran negativos, ya que en su mayoría coinciden al decir que aceptar este tipo de pruebas sería irse contra la Ley y contra las normas Constitucionales.

Sin embargo en la jurisprudencia ecuatoriana, algunos jueces las han acogido como pruebas validas, considerando otra norma constitucional **“no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”**. Además de fundamentar que su decisión esta basada en el fin del Proceso Penal que es descubrir la verdad histórica de los hechos.



Sobre esto Zavala¹⁸ analiza lo siguiente: *La regla de la exclusión de la prueba ilegal ha sido objeto de duros ataques por quienes piensan que es una norma que favorece la impunidad.*

En contraposición con esto a nivel internacional, ciertos países han aceptado y han acogido las siguientes excepciones a las reglas de las exclusiones probatorias: 1. Doctrina de la Fuente Independiente; 2. Descubrimiento Inevitable; 3. La Buena Fe; 4. La Doctrina de la conexión atenuada o vínculo atenuado; 5. La Infracción Constitucional Privada; y, 6. Principio de Proporcionalidad.

Es importante destacar la incursión de este nuevo medio probatorio en el Código de Procedimiento Penal, que pocos meses atrás era prohibido por el mismo cuerpo legal, y que sin embargo para su admisión establecía como condición la “autorización judicial”, sin embargo ahora esta autorización es suprimida bajo las condiciones establecidas; es evidente como los legisladores regularon este cuerpo normativo basados a mi criterio en el fin mismo del Proceso Penal que es la justicia y en el fin de la Prueba que es el descubrimiento histórico de los hechos, es decir la verdad. Además del precepto legal en donde se dice que *“no se sacrificará la justicia por la simple omisión de formalidades”*, por lo que en fin de dicha justicia mismo se da la facultad al fiscal y al juez de considerar esta prueba como válida así no haya sido obtenida bajo las formalidades que en Códigos atrás eran requeridas.

Por último es muy importante reconocer la influencia del Soft Positivismo en todas estas nuevas corrientes del Derecho, ya que propone una nueva concepción acerca de la validez de ciertas normas jurídicas, tomando en cuenta la moral.

“La versión mas radical (y, por consiguiente, la más blanda) del positivismo blando (frecuentemente llamado “incorporacionismo” o “positivismo incluyente”) sostiene

¹⁸ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho penal
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



que los estándares morales forman parte del Derecho, no sólo en el contexto de la función de validez, sino también en el contexto de la función de aplicabilidad. Por medio de una referencia explícita o implícita en los estándares morales de las normas jurídicas, dichos estándares se incorporan al Derecho. Por tanto, los estándares morales no solamente sirven como criterio para determinar la validez de las normas jurídicas, también orientan el contenido de las decisiones judiciales. Los estándares morales a los que se refieren explícita o implícitamente las reglas jurídicas forman parte del Derecho. Una decisión judicial inconsecuente con dichos estándares no solamente puede criticarse por ser injusta e inequitativa, también por violar el Derecho. Una vez más, el hecho de que los estándares morales estén incorporados al Derecho, depende de que la regla de conocimiento los adopte”.

Esta nueva corriente, podría influir de mucho en la aceptación de pruebas ilícitas, aunque cabe recalcar que ya se han evidenciado sus primeros efectos como las excepciones a la regla de las exclusiones probatorias.



7. ESQUEMA DE CONTENIDOS

➤ **CAPITULO I: DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL**

1. El Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal

1.1. Derecho Penal

- 1.1.1. Antecedentes
- 1.1.2. Origen del Derecho Penal en el Ecuador
- 1.1.3. Códigos Penales
- 1.1.4. Escuelas Penales
- 1.1.5. Definición de Derecho Penal
- 1.1.6. Nociones Doctrinales sobre le Derecho Penal
- 1.1.7. Finalidad del Derecho Penal
- 1.1.8. Misión del Derecho Penal
- 1.1.9. Función del Ordenamiento Penal
- 1.1.10. Fuentes del Derecho Penal
- 1.1.11. Relación del Derecho Penal con otras ramas del Derecho
- 1.1.12. Relaciones entre el Derecho Penal y la Moral
- 1.1.13. Principios Limitadores del Derecho Penal
- 1.1.14. División del Derecho Penal
- 1.1.15. Algunos conceptos importantes dentro del Derecho Penal

1.2. Derecho Procesal Penal

- 1.2.1. Antecedentes
- 1.2.2. Generalidades
- 1.2.3. Constitución de la República del Ecuador
- 1.2.4. Concepto
- 1.2.5. Nociones Doctrinales sobre el Derecho Procesal Penal
- 1.2.6. Objeto del Derecho Procesal Penal
- 1.2.7. Fines del Derecho Procesal Penal
- 1.2.8. Definición de Sistema Procesal Penal
- 1.2.9. Relación del Derecho Procesal Penal con el Derecho Penal
- 1.2.10. Principios del Derecho Procesal Penal
- 1.2.11. Misión del Derecho Procesal Penal
- 1.2.12. Características del Derecho Procesal Penal



➤ **CAPITULO II: EL DEBIDO PROCESO**

2. El Debido Proceso

- 2.1. Generalidades
- 2.2. Antecedentes
- 2.3. Concepto
- 2.4. Constitución de la República del Ecuador
- 2.5. Esencia e importancia del Debido Proceso según la normativa internacional
- 2.6. Alcance del Debido Proceso en el Derecho Penal
- 2.7. Código de Procedimiento Penal
- 2.8. Nociones Doctrinales sobre los Presupuestos del Debido Proceso en Ecuador
- 2.9. Principios y Derechos importantes del Debido Proceso según la Doctrina Penal
- 2.10. Principios Importantes establecidos por las Normas Internacionales del Debido Proceso

➤ **CAPITULO III: LA PRUEBA Y LAS PRESUNCIONES**

3. La Prueba y las Presunciones

3.1. La Prueba

- 3.1.1. Generalidades
- 3.1.2. Historia
- 3.1.3. Conceptos doctrinales de la Prueba
- 3.1.4. Importancia de la Prueba
- 3.1.5. Finalidad de la Prueba
- 3.1.6. Objeto de la Prueba
- 3.1.7. La Prueba como medio para demostrar la verdad
- 3.1.8. Carga de la Prueba
- 3.1.9. Momento de la Actividad Probatoria
- 3.1.10. Importancia de la Cadena de Custodia para la validez de las pruebas



3.1.11. Clasificación de las pruebas según el Código de Procedimiento Penal

3.1.12. Otras Clasificaciones Doctrinales

3.2. Los indicios y las Presunciones

3.2.1. Antecedentes

3.2.2. Indicios

3.2.3. Presunciones

3.2.4. Requisitos formales para las presunciones e indicios

3.2.5. Valoración Jurídica indicios y presunciones

➤ **CAPITULO IV: VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

4. Valoración de la Prueba

4.1. Generalidades

4.2. Historia

4.3. Definiciones doctrinales sobre la Valoración de la Prueba

4.4. Constitución de la República del Ecuador

4.5. Código de Procedimiento Penal

4.6. Sistema de Valoración de la Prueba

4.7. Criterios de Jurisprudencia en el ordenamiento ecuatoriano

4.8. Limitaciones en la legislación ecuatoriana al razonamiento implícito en el Sistema de Libre Valoración de las Pruebas

4.9. Operaciones en el Proceso Mental de Valoración y Apreciación de la Prueba

4.10. Naturaleza de las Reglas de Apreciación

4.11. Fin de la Apreciación o Valoración de la Prueba

4.12. Fuerza o Valor Probatorio de los medios de prueba

4.13. Grados y límites de la Prueba o su valor probatorio

4.14. Resultado Final de la Valoración de la Prueba

4.15. Derecho Comparado

➤ **CAPITULO V: PRUEBA ILÍCITA: SU EFICACIA PROBATORIA EN MATERIA PENAL**



5. Prueba Ilícita: Su Eficacia Probatoria en Materia Penal

- 5.1. Generalidades
- 5.2. Historia de la Prueba Ilícita
- 5.3. Definiciones de Prueba Ilícita
- 5.4. Constitución de la República del Ecuador
- 5.5. Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano
- 5.6. Características de la Prueba Ilícita
- 5.7. Efectos de la Prueba Ilícita
- 5.8. Eficacia Probatoria
- 5.9. Eficacia Jurídica
- 5.10. Consideraciones doctrinales ecuatorianas sobre la Prueba Ilícita
- 5.11. Reglas de Exclusión Probatoria de la Prueba Ilícita
- 5.12. Fundamento de las Reglas de Exclusión Probatoria
- 5.13. Ejemplo de Jurisprudencia ecuatoriana en cuanto a la prueba ilícita
- 5.14. Excepciones a la Ineficacia de la Prueba Ilícita planteadas internacionalmente
- 5.15. Reforma al Código de Procedimiento Penal, con nuevas inclusiones probatorias antes consideradas prohibidas
- 5.16. Incursión del Soft Positivismo o Positivismo Blando como una propuesta de validez de las normas jurídicas

➤ **CAPITULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 6.1. Conclusiones
- 6.2. Recomendaciones

➤ **BIBLIOGRAFÍA**



CAPITULO I



CAPITULO I

DERECHO PENAL

ANTECEDENTES

Según el libro de Derecho Penal del Dr. Gustavo Labatut Glana: “En su evolución histórica, desde los tiempo primitivos hasta nuestros días, el derecho penal ha pasado por cuatro etapas o períodos, que no coinciden con los de la historia universal: a) Período dela venganza privada o defensiva; b) Período teológico-político de la venganza divina y pública; c) Período humanitario, y d) Período Contemporáneo o científico”¹⁹.

➤ **PERÍODO DE LA VENGANZA PRIVADA O DEFENSIVA**

✓ **Venganza**

No se puede determinar con exactitud el momento exacto en el que surgió del Derecho Penal dentro de la Historia mundial, sin embargo una de sus primeras manifestaciones según varios autores, fue la venganza, en la que la pena tenía un sentido individualista. La venganza no solo se podía visualizar como una manifestación o equivalente de la pena, sino como una guerra entre grupos sociales, siendo estos organismos políticos primarios dotados de un rudimentario sistema de prohibiciones y sanciones. Según la opinión tradicional, en toda agrupación humana primitiva el ofendido por el delito o sus parientes reaccionan contra el ofensor. Cuando la reacción es proviene de la víctima, se habla de venganza privada; cuando procede de los parientes, se denomina venganza de sangre.

¹⁹ LABATUT Glana, Gustavo. Derecho Penal. Tomo I. Editorial Jurídicas de Chile.
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



✓ **Ley del Tailón**

Debido a la desenfrenada y libre práctica de esta venganza, se dio el surgimiento de una institución que establecería límites, esta institución era conocida con el nombre de “El Tailón” (ojo por ojo, diente por diente).

✓ **Sistema de Composición**

Otra limitación fue la Composición, calificada como “el primer progreso en área punitiva”, mediante la cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido y su familia el derecho de venganza mediante el pago de una cantidad, surgiendo el “sistema de composición”, Ley establecida en el famoso Código de Hammurabi. Esta transformación de la pena en una remuneración pecuniaria y privada, fue la fuente de los delitos privados que existían en muchas legislaciones, como la romana y más tarde en los pueblos germánicos.

Bajo las influencias de la Iglesia la venganza privada desaparece poco a poco, ya que se dio el aumento del poder público brindando mejores garantías al individuo.

➤ **PERÍODO TEOLÓGICO-POLÍTICO DE LA VENGANZA DIVINA, PÚBLICA Y LA INTIMIDACIÓN**

Luego surgió el Período Teológico-Político de la venganza divina, pública y de la intimidación, aquí la autoridad pública era la encargada de sancionar las ofensas al derecho. Se castigaba con muerte por medio del fuego la blasfemia, el ateísmo, la herejía, el sacrilegio; la brujería, y la posesión demoniaca. La penalidad europea desde la antigüedad hasta fines del siglo XVIII se basaba en la idea de la venganza social y de la intimidación. Entre los pueblos del Antiguo Oriente, semitas y arios, el derecho penal se encauza en un sentido teológico.



Retomando lo dicho por el Dr. Labatut²⁰, quien señala como características principales de este período las siguientes:

- ✓ Crueldad excesiva de las penas
- ✓ Falta de personalidad de las penas
- ✓ Desigualdad ante la ley
- ✓ La instrucción del proceso era secreta
- ✓ Dominaba la más completa arbitrariedad judicial
- ✓ Se castigaban actos de irreligiosidad

➤ **PERÍODOS HUMANITARIOS**

Según señala Labatut, en concepto de algunos autores, la reacción humanista contra los excesos de la justicia penal se inicia con el derecho canónico. Su influencia en los progresos del derecho penal es innegable. Desde luego, introdujo el derecho de asilo para limitar la venganza privada; en lo procesal rechazó las ordalías y el duelo judicial; por otra parte incorporó el principio de la responsabilidad moral del delincuente, fundada en la el libre albedrío, y asignó a la pena, puramente expiatoria hasta entonces, un fin de corrección y enmienda del penado, mediante su propio y espontáneo arrepentimiento.

➤ **PERÍODO CONTEMPORÁNEO O CIENTÍFICO**

Este período surge con la publicación del conocido libro de Lombroso en el año de 1876, y se caracteriza por la irrupción de las ciencias en el campo penal.

➤ **EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL EN OTROS PAÍSES**

✓ **Derecho Penal Francés**

El antiguo Derecho Penal Francés, no contaba con ninguna codificación, y sus influencias más notables fueron sacadas del derecho penal romano, del derecho

²⁰ LABATUT Glana, Gustavo. Ob. Cit. Pág. 17
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



penal germánico y del derecho penal canónico, donde todavía perduraba la venganza pública, la arbitrariedad de las penas, así como las incuminaciones de lesa majestad divina y de lesa majestad humana, siendo impersonales las penas con una desigualdad en su aplicación. Las penas trataban de intimidar y dar ejemplo. Su procedimiento era secreto y no contradictorio.

✓ ***Derecho Penal Revolucionario Europeo***

Su nacimiento data del siglo XVIII, en que nace la filosofía penal liberal, su acento fue en un primer momento crítico y buscaba eliminar lo que ya estaba establecido. Beccaría, Howard y Marat, mas que promover un derecho penal y carcelario nuevo, censuraron lo existente, procuran lo ya caduco.

La Revolución Francesa favoreció el movimiento de reforma penal. La nueva Francia inspiro con El Contrato Social de Rousseau y en la Enciclopedia sus códigos penales; el 25 de septiembre de 1791, el de Brumario del año VI, y el de 1810, siendo este último el que inspirara la codificación penal de Europa.

✓ ***Código Francés de 1810***

En Europa se percibieron las primeras codificaciones penales en el mundo, realizadas por los grandes pensadores de la época. La Revolución Francesa, junto con las guerras napoleónicas, movimientos liberales, procesos de unificación o separación de naciones, promovieron grandes cambios en cuanto a la visión de la humanidad en el mundo.

En el siglo XIX se promulga finalmente el código penal francés, en el año de 1810, bajo el imperio de Napoleón I, este código ejerció gran influencia puesto que fue impuesto por las armas francesas a muchas naciones europeas, muchas de esas naciones conservaron el código aún después de retirados los franceses, sirviéndole a otras como modelo a seguir. Y aunque este código ha sido modificado, por las naciones que en el se basa su propio código todavía conservan

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



la esencia del código de 1810, solo que no lo han adaptado a través del tiempo a las nuevas necesidades que van surgiendo en la sociedad²¹.

✓ ***Derecho Penal en República Dominicana***

Las primeras leyes puestas en función dentro del territorio de la Española (hoy República Dominicana) fueron las Leyes de Indias, puestas en vigor a partir de 1525, y estas eran el resultado de las Ordenanzas, que era disposiciones de los reyes para los territorios recién descubiertos. Todas estas leyes, no contemplaban a los indígenas o taínos como seres humanos, sino como cosas u objetos, consideraban que los taínos eran propiedad de los españoles, por tanto no tenían derecho alguno, según los españoles de la época. Así que las leyes que funcionaban eran las mismas que las que estaban en vigencia en España, por tanto, cualquier litigio legal era remitido a los reyes y podían tardar años para recibir una respuesta de estos.

✚ **ORÍGENES DEL DERECHO PENAL EN EL ECUADOR**

El Dr. Fernando Pérez Álvarez en su libro “Fundamentos del Derecho Penal Ecuatoriano”²², en cuanto a lo orígenes del Derecho Penal dice: Los orígenes de la Legislación Penal ecuatoriana, si por ello entendemos la formalización de un control punitivo en el seno de lo social y detentado por una organización también social, ha de remontarse al tiempo de las primeras comunidades de pueblos ecuatorianos donde, a pesar de no contar con instrumentos “legislativos” en el sentido actualmente aplicativo del término, la “Justicia Penal” también se impartía, decidiendo la conformación de un “Derecho” sobre el que, con posterioridad, van a incidir los consiguientes sucesos cronológicos hasta nuestros días.

²¹ www.derechoecuador.com

²² PÉREZ, Álvarez Fernando, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, “FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL ECUATORIANO, Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador, 1994.



En la historia del Derecho Penal se distinguen cuatro períodos:

➤ **EL DERECHO PENAL PREVIO A LA CONQUISTA INCAICA**

Los Quitos, primer grupo poblador del territorio de Ecuador, los Shirys, sus conquistadores, los Puruháes, Huancabambas, Cajas, Cascayuncas, Cañarís, Caranquis, Huacavilcas, Paltas, los Chonos y un largo conjunto de diferentes pueblos, distinguen a los más importantes dentro de los aborígenes del Ecuador, pueblos de los que poco o muy poco podemos conocer referente a sus costumbres sociales, culturales y, evidentemente, penales.

Es innegable que tales tribus, reinos, pueblos y demás parcialidades indígenas delinearon normas, costumbres o reglas a las que sujetaban sus relaciones internas y externas, contando con una organización que les permitía resistir a las constantes invasiones procedentes del sur y asentarse en una organización agrícola y sedentaria.

En lo estrictamente penal podemos afirmar determinados elementos decisorios, como la presencia de prohibiciones de naturaleza tabú, concepción religiosa de la justicia, formas aberrantes de imputación (responsabilidad por la causa, hechicería, responsabilidad colectiva) y venganza.

En resumen, esta inicial época es acreedora de las notas apuntadas y de una doble cautela, en primer lugar, por la falta de datos reales en los que fundamenten resultados y, en segundo lugar, por la necesidad de valorar desde el punto de vista *emic* las escasas relaciones que ofrece un derecho marcadamente religioso, de profusión de la pena capital y de irregular implantación en un sinnúmero de pueblos que poblaron el Ecuador en sus más remotos orígenes, donde costumbre y tradición son sus elementos²³.

²³ Ídem

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



➤ **LA DOMINACIÓN CLÁSICA**

Por el año 1450, el Reino de Quito comienza a sufrir la conquista y el paulatino sometimiento de sus territorios al Imperio Inca. La sumisión, derivada de un férreo control y disciplinada organización, es traída como razón explicativa del nuevo ámbito penal del que podemos extraer las siguientes características que aporta el estudio de la doctrina:

Asistimos a un Derecho Penal de tradición Oral, ya que existió un Código de leyes, al ignorar los Incas la escritura, fundamentándose las reglas jurídicas en las costumbres y precedentes de las decisiones de los jueces. Era un sistema penal de carácter público, que no sólo eliminó la venganza privada, sino que también decidía la consecución de los procesos de oficio aún cuando el particular ofendido abandonaba la querrela.

También, como lo hace JIMÉNEZ DE ASUA, podemos diferenciar los delitos contra el orden político (traición a la patria, alta traición, desobediencia a la Autoridad, sublevación, desertión, lesa majestad, delitos contra la religión, contra el orden administrativo y la administración de justicia) de los delitos contra bienes jurídicos individuales (vida, familia y propiedad).

En definitiva, el sistema penal, definidor de las infracciones y penas, que se aplicaban con rigor y prontitud, respondía a una organización económica, religiosa y política dirigida preferentemente a mantener el orden contra la sublevación, preponderando los intereses de la seguridad interior y exterior así como de la tutela del capital humano que era la fuerza de riqueza. Todo ello bajo el envoltorio de un poder absoluto del Inca, reforzado por la eficacia e inmediatez.

➤ **LA DOMINACIÓN ESPAÑOLA**



Va del siglo XVI al siglo XIX, época en que se produce la independencia de las colonias españolas²⁴.

El Derecho Penal instituido en Ecuador refleja la tónica dominante en todas las colonias donde regían las Leyes de Indias, las Cédulas Reales y determinadas Pragmáticas de carácter penal y como derecho supletorio el derecho de Castilla, sin otra especialidad que las nuevas divisiones territoriales que desmembraron el antiguo Reino de Quito en dos grandes Virreinos: el de Nueva España al Norte y el de Perú al Sur. Ello implicaba, en un principio, que la verdadera administración de justicia para los pobladores del Ecuador se impartiera en Lima, en la Real Audiencia, con las lógicas desventajas que reclamaron la creación de una nueva Audiencia, lo que se produce en 1593 el 19 de Agosto, con una sola Sala de lo Civil y de lo Criminal.

Respecto de las características del Derecho Penal de la Colonia, en el ánimo de no incurrir en redundantes añadidos, pudiéramos remitirnos a la abundante literatura, así como a las apreciaciones de otros autores que comentan o explican la génesis de las legislaciones penales latinoamericanas, dado que la trayectoria de tales legislaciones discurre por este período colonial donde, al menos en petición de principio, comparten una normativa unitaria.

En cuanto a las penas existían penas de muerte, penas corporales, penas privativas de la libertad, pena especial de galeras con trabajos forzados y penas pecuniarias.

➤ **LA CODIFICACIÓN**

El 24 de mayo de 1822, se declara la independencia ecuatoriana, por lo cual no trae consigo el establecimiento de un nuevo orden jurídico, ni siquiera la instauración revolucionaria de una nueva conciencia jurídico penal.

²⁴ Ídem

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



Una vez proclamada la República independiente, la Asamblea Nacional declaró vigente la Recopilación Española de Indias, con lo que se eslabonó el nuevo régimen desde un primer momento al feudalismo que se pretendía destruir, cuestión que el saber popular consagró en la famosa expresión “*último día de despotismo y primero de lo mismo*”. Tal vez fue la “*imperiosa necesidad*” la que decidió la continuidad de la legislación que regía en los años de la colonia, no había tiempo para pensar en el cambio inmediato de las instituciones coloniales ni en su reforma.

CÓDIGOS PENALES

Entre los principales Códigos penales estuvieron los siguientes:

➤ **CÓDIGO PENAL DE 1837**

Fue el primer Código Penal implementado en el Ecuador el 17 de abril de 1837. Este Código consta de Título Preliminar y dos partes, la Parte Primera relativa a “Delitos contra la Causa Pública” y la Parte Segunda, que recoge los “Delitos contra los particulares”. Este Código se caracterizó fundamentalmente por la determinación del principio de legalidad penal en su contenido.

El Dr. Fernando Pérez Álvarez, relata que “*a este cuerpo legislativo le sucedieron importantes reformas al filo de los cambios sociales y direcciones políticas de las que merecen destacarse las operadas el 14 de diciembre de 1852, por la que se tipifica el delito político; la de 30 de octubre de 1867 por la que se suprime la pena de muerte para determinados delitos; la de 13 de mayo de 1869 que castiga el incesto y concubinato público; y la del 18 de julio de 1871 que prohíbe la embriaguez.*”

➤ **CÓDIGO PENAL DE 1872**



Este Código es dictado el 3 de noviembre de 1871, y entro en vigencia a partir del 1 de noviembre de 1873, recibe el impulso del código Belga. En este código aparecen por primera vez las contravenciones diferenciadas de los delitos y sancionadas con penas de policía.

➤ **CÓDIGO PENAL DE 1889**

En este Código se da principalmente una nueva clasificación a las penas, reemplazando las penas de penitencia por penas de reclusión mayor y menor. La nueva edad penal se extiende a 16 años. Surgen los antecedentes del delito hoy conocido como Abigeato. En muchos de los casos se suprime la pena de muerte.

➤ **CÓDIGO PENAL DE 1906**

Se implementa este Código en la presidencia de Eloy Alfaro. Se da la definición de delito, se diferencia la tentativa y frustración, se incorporan nuevos delitos relacionados con la Seguridad Exterior de la República. Luego a este Código vinieron reformas como las del falso testimonio y el perjurio, de los crímenes y delitos contra la seguridad interior de la República.

➤ **CÓDIGO PENAL DE 1938**

Es un código que reúne muchas similitudes comparado con el de 1906. A continuación de este Código vinieron algunas reformas como las relativas al hurto y al abigeato en el año 1947.

✚ **LAS ESCUELAS PENALES**

El Dr. Efraín Torres Chaves en su libro Filosofía del Derecho Penal describe a las escuelas penales de la siguiente manera:



En los siglos XVII y XVIII hubo gran florecimiento de las ideas filosóficas, como una reacción en contra del dogmatismo y es así como de la ciencia Jurídica, nació la actual Filosofía del Derecho.

Los juristas partieron del viejo principio romano del derecho, natural porque devenía en una natural derecho. Las personas para vivir juntas, necesitaban de un orden y por eso, el derecho era definitivamente “natural” en contraposición con el proveniente de la revelación.

En un ambiente filosófico como éste, se formó una Escuela general de Derecho Penal cuyos principios inspiraron a los Códigos que se editaron después de la Revolución Francesa.

César Beccaria fue el precursor de esta Escuela, denominada CLÁSICA y que promulgó un Código Penal Liberal, propio de la “época de las luces”.

Para la escuela Clásica, el delincuente, el hombre, el actor, no existe. Existe la Ley y punto.

Para que una acción sea delito, debe ser prevista con anterioridad (Nullum crimen sine lege) y el fundamento del derecho de castigar es el mantenimiento del Estado.

La escuela Clásica considero que en todo delito concurre una fuerza inmaterial o moral, de intención libre que es la voluntad y otra fuerza material en forma de acto que va a cambiar, de alguna manera el mundo exterior.

El profesor Ledislado Thot resume a la Escuela Clásica, en los siguientes principios:

- El delito es una entidad jurídica, formada por fuerzas morales y físicas;
- El derecho de castigar corresponde al Estado;
- El fin de la pena es el establecimiento del orden social;



- La pena es un contenido necesario del Derecho;
- La imputabilidad se basa en la moral; y,
- El método de investigación deber ser el objetivo.

No puede hablarse, en puridad, de un verdadero o científico Derecho Penal, hasta la mitad del siglo XVIII. Fue Beccaria con su obra “Del deliti y delle pena” quien da el primer paso en tal sentido, producto de las doctrinas llamadas “iluministas” que dieran más tarde origen a la Revolución Francesa la que a su vez, evoca los nombres de Montesquieu, Voltaire, Rosseau, D’alembert y Diderot para el nacimiento de las doctrinas liberales, en el comienzo de una época en que el pensamiento llegó a sus más altas cumbres.

Beccaria, se inspiró en los enciclopedistas y así lo dice por ejemplo, en una carta que escribiera al abate Moreller, citado por Cabanellas.

El pequeño libro del Marqués de Beccaria, fue recibido con gran entusiasmo en Europa y mereció otro de comentario, escrito por Voltaire en 1766. De todos modos, el gran valor de la obra de Beccaria estaría en la oportunidad con que fue escrita cuando toda Europa estaba preparada para sus ideas a tal punto que varios monarcas suavizaron inmediatamente las penas.

➤ **ESCUELA CLÁSICA**

Según el Libro de Derecho Penal del Dr. Labatut: “La llamada escuela clásica representa el conjunto de Doctrinas filosóficas penales formuladas desde Beccaria, a quien se considera su iniciador, hasta Enrique Pessina (1828-1916), el último de los grandes clásicos”²⁵.

²⁵ LABOTUT Glana, Gustavo. Derecho Penal.



El Dr. Efraín Torres Chaves²⁶ expresa: Después del antecedente de Beccaria, viene la verdadera escuela “clásica” del Derecho Penal en la que se destacan Giardomenico Romagnosi, Pellegrino Rossi, Carmigniani Luchini, Pessina y sobre todo y sobre todos, Francesco Carrara.

Ya se dijo que el más cercano antecedente a las ideas que dieron nacimiento a la Escuela Clásica, fue el libro del Marqués de Beccaria, asentado a su vez, en las doctrinas del humanismo.

“Clásico” es lo que se acerca a lo acabado, a lo perfecto, a lo ideal. Este nombre se ha reservado siempre para aquellas actividades del hombre que aparecen como definitivamente consagradas y que pueden servir como arquetipos a nuevas realizaciones.

La denominación de Escuela “Clásica” no la dieron, pues, quienes la formaron sino más bien quienes la continuaron.

La figura que sobresale sobre todos, como ya se anotó, es la del eminente Francesco Carrara cuya doctrina, según Sebastián Soler, logra fijar el límite perpetuo de lo ilícito, del cual ya no solamente el Juez, sino el Legislador mismo, no pueden aceptarse sin ir a la tiranía.

Tales límites o tales bases, le son suministrados a Carrara por la idea del hombre como ser libre, por la del que el delito es un ente jurídico y, finalmente, por la idea de la “tutela jurídica” como fundamento de la represión.

Las doctrinas de Francesco Carrara como ya se anotó, fueron las que más solidez y prestigio dieron a la Escuela Clásica, cuya idea fundamental se encuentra en la “tutela jurídica”. Carrara explica que si el delito tiene su esencia en la violación del Derecho, sigue de ella la necesidad de la represión. Todo derecho debe tener la

²⁶ TORRES, Chaves Efraín, Filosofía y Derecho Penal. Colección Ensayistas de Hoy, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1987. Extracto tomado de su obra.



facultad de su propia defensa, sería irrisoria una ley que no tenga fuerza para que se la cumpla²⁷.

Las más importantes ideas de la Clásica, en cuanto al Derecho Penal, son las siguientes:

1. El derecho penal tiene por misión la de moderar los abusos de la autoridad;
2. El derecho penal encuentra su justificación en la “tutela jurídica”;
3. El derecho de castigar radica en la justicia pero restringida a la necesidad de la defensa;
4. El derecho penal protege la libertad humana y ayuda al hombre a dominar sus pasiones o ayuda al débil contra los abusos del poderoso;
5. La Ley castiga, porque el hombre que la viola es consciente, inteligente y libre;
6. Tres temas comprende el Derecho Penal: Delito, Pena y Juicio (como se vé, no le interesa para nada el delincuente); y
7. Nada debe quedar al arbitrio del juez, todo debe estar previsto en la Ley.

Francisco Carrara clasificó las penas en capitales, aflictivas, infamantes y pecuniarias.

Las teorías clásicas sobre la pena se resumen en los siguientes principios:

- a. La pena es, para el delincuente, la única consecuencia del delito;
- b. La pena es el mal que le Juez inflige al delincuente;
- c. El fin de la pena es el restablecimiento del orden social;
- d. En la pena hay una fuerza moral y una fuerza física igual que en el delito al que se opone;
- e. La cantidad y la gravedad de la pena, debe adecuarse a la cantidad y gravedad del delito;

²⁷ Ídem

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



- f. La ordenación de las penas debe hacerse en proporción aritmética, sin tomar en cuenta al delincuente;
- g. Debe haber concordancia entre la pena y la pasión impulsante;
- h. Las penas deber ser aflictivas, ejemplares, ciertas, irredimibles, inmutables, prontas, públicas y no pervertidoras del recluso;
- i. No deben ser ilegales, ni aberrantes, ni excesivas;
- j. Las penas deber ser divisibles, es decir, susceptibles de graduarse con las circunstancias agravantes o atenuantes y hasta donde sea posible, reparables, ante la posibilidad del error judicial²⁸.

➤ **LOS CÓDIGOS CLÁSICOS:**

Los principales sustentados por Carrara, sobre todo, y en general por los penalistas que conformaron la Escuela Clásica encontraron pronta acogida en las legislaciones europeas y así, se pueden mencionar las siguientes Leyes:

1. El Código Toscano
2. El Código Belga de 1860
3. El Código Español de 1870
4. El Código Penal Alemán de 1870
5. El Código Penal Holandés de 1881
6. El Código Penal Argentino de 1886
7. El Código Penal Italiano de 1889, entre otros.

En Latino-América, se copiaron, año a año, los Códigos Europeos y es así como en el Ecuador, por ejemplo, apareció el de 1872 con el influjo del Código Belga nuestro Código, pues, estuvo alineado mucho tiempo, entre los clásicos, y muy tímidamente, fue incorporando mediadas de política criminal, Jiménez de Asúa,

²⁸ TORRES, Chaves Efraín, Filosofía y Derecho Penal. Colección Ensayistas de Hoy, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1987.



hizo las siguientes apreciaciones muy certeras, sobre nuestra evolución legislativa penal:

“El Código Penal Ecuatoriano de 1872, recibe la influencia del Código Belga, tan inspirado en el de Francia, eliminando así la tradición española, a pesar de que el Código Español de 1870 era mucho más estimable que el de Bélgica, éste unos pocos años anterior al de España en su última redacción.

“En el año de 1889 se modificó ese Código introduciendo en él ligeras variantes que dejan intacta su estructura. En 1906 se hizo una reforma más. La Jefatura Suprema dice, en la Exposición de Motivos del Código Penal “que es implazable la necesidad de reformas y poner en armonía las leyes ecuatorianas”, pero lo cierto es que de los cambios hechos en el texto fueron muy pocos hasta el punto de que sigue vigente el viejo Código de 1872, casi literalmente tomado del de Bélgica. Las más importantes reformas introducidas en 1906 se refieren a la parte general y se tomaron de muy distintos Códigos y de los principios que habían establecido los más famosos criminalistas europeos de fines del siglo XIX.

“Este Código modificado o complementado por sus leyes especiales como la de falso testimonio y perjurio, la referente al delito de abigeato y el Decreto Supremo del 24 de Diciembre de 1935 sobre explosivos, rigió treinta y dos años, hasta que fue reemplazado por el del 22 de Marzo de 1938 que se halla en vigor desde el 1 de Abril del mismo año. Lo compusieron los doctores Andrés F. Córdova y Aurelio Aguilar Vásquez, y en puridad es el mismo de antes, como el de 1906, a través del de 1889, era el de 1872, al que se han hecho incrustaciones de la Legislación Italiana, sin que falten reminiscencias del Código Español. En suma, la vieja estructura del Belga perdura todavía, con algunas incrustaciones del Código Argentino y del fascista de 1930. Acaso de este último procede la preocupación legislativa sobre la causalidad, aunque se ha reemplazado el sistema italiano de la



equivalencia de condiciones, por un régimen de causación corregida por la culpabilidad, de fórmula no muy nítida, (Art.13)²⁹.

➤ **LA ESCUELA POSITIVISTA DEL DERECHO PENAL**

El Dr. Labatut se refiere a esta escuela de la siguiente manera: “Nació en oposición al clasicismo y representa una subestimación de lo jurídico en beneficio de lo biológico-social. Su aparición fue favorecida no sólo por el fracaso de los principios clásicos en la lucha contra el delito, sino también por la extensión del método experimental y de observación a las ciencias sociales, tarea que realizaron Augusto Comte, Herbert Spencer, John Stuart Mill y otros sociólogos del siglo XIX; por el progreso de algunas ciencias, tales como la antropología, la psicología y la psiquiatría, y por la aplicación de la estadística a las investigaciones sociológicas”³⁰.

El jurista Torres Chaves expresa que cuando se consideraba que la Escuela Clásica había llegado al mayor apogeo y cuando se creía en el mundo entero que el sistema carrereano era perfecto, surge una verdadera revolución en el campo penal.

Los estudios psiquiátricos anteriores a Lombroso habían dado ya a luz una serie de observaciones supremamente interesantes en los delincuentes y, por otro lado, la Medicina Legal había avanzado extraordinariamente. Estos fueron, pues, los antecedentes y el terreno abonado en el que sembró Lombroso sus teorías, cobijándose además, en el método experimental de la ciencia, proclamado por la Filosofía de Augusto Comte.

²⁹ TORRES Chaves, Efraín. Ob. Cit. Pág. 137

³⁰ LABATUT Glenda, Gustavo. Ob. Cit. Pág. 24



La denominación de “Positivista”, desde luego, no deriva del sistema filosófico cotidiano, sino, más bien, de un método práctico, de experimentación y observación, que se optó en las Ciencias Penales.

César Lombroso, Enrique Ferri y Raffaele Garófalo, aparecen unidos en el nacimiento de la Escuela Positiva y son, efectivamente, sus fundadores.

Lombroso, nace en Verona, Italia, el 6 de Noviembre de 1835 de un matrimonio judío. Su vida fue abnegada y dedicada al estudio, hombre de profundas convicciones en sus propias ideas, ingresó en 1852 a la Facultad de Medicina de Pavia y después pasó a Viena, cuya Universidad ejerció gran influencia en su vida y en ella, se resolvió curar las enfermedades mentales.

En 1871 se hizo cargo del Manicomio de Pésaro y éste como en el Presidio del lugar, realizó su gran obra de observación de delincuentes, aunque sus conclusiones fueran exageradas y totalizadoras, lo que no corresponde, desde luego, a la frialdad de la ciencia.

Dice Lombroso que al abrir el cráneo del bandido Villela, encontró en su base una foseta occipital media, en vez de la ordinaria cresta occipital y añade, textualmente: “Viendo aquella fosa, me pareció bruscamente, como en una amplia, llanura bajo un horizonte infinito, aclarado el problema de la naturaleza del delincuente que debía reproducir en nuestros tiempos, los caracteres del hombre primitivo hasta los carnívoros”. “Entre los locos y los delincuentes no hay diferencia de calidad, sino de intensidad, todos son atávicos”. Después, al examinar a otro delincuente llamado Misdeas, fundamentó su teoría sobre la epilepsia de los delincuentes.

Enrique Ferri, alumno de Lombroso, nació también en Italia, en Mantúa, en 1856. Se doctoró en Derecho en Turrín y luego desempeñó cátedras en las



Universidades de Bolonia, Sisa y Roma y fuera de Italia en la Universidad de Bruselas. Cofundador con Lombroso de la Escuela Positivista, publicó muchas obras siendo las más importantes “Sociología Criminal”, “Nuevos horizontes del Derecho Penal”, “Los delincuentes en el arte” y “Defensas Penales”.

Raffaele Garófalo fue profesor de Derecho Penal en la Universidad de Nápoles. En 1887 escribió su famosa obra “Criminología”. Colaboró con Ferri y Lombroso en el “Archivo de Antropología, Psiquiatría y Ciencias Penales”. Garófalo es el jurisconsulto de la Escuela Positivista, Lombroso el antropólogo y Ferri el sociólogo. Los tres, son los “evangelistas” de la Escuela Positivista –como se los llamó- movimiento que tuvo incontables adeptos en el mundo entero.

La Escuela Positivista fue una reacción violenta contra los principios de la Escuela Clásica que había excluido al hombre –delincuente de su construcción sistemática y a quién, en cambio, coloca en el primer lugar con nuevos y revolucionarios estudios (el delincuente nato de Lombroso, la influencia social de Ferri, etc).

El delito deja de ser un “ente jurídico” para convertirse en una realidad humana constituida por todo acto opuesto a la seguridad social que es la que define el Código Penal.

El fin de la Pena deja de ser el restablecimiento del derecho violado y pasa a ser el de su prevención por lo cual las penas no son ya determinadas y proporcionales al delito sino proporcionales a la temibilidad del delincuente.

La pena, para la escuela positivista, es en definitiva inútil, y por eso propone una serie de medidas de seguridad que llevan por finalidad la reforma o curación del delincuente.



Respecto a la concepción misma del “delito” las posiciones entre la Escuela Clásica y la Positiva son totalmente antagónicas: mientras que para la primera es un “ente jurídico” para los positivistas, esto es absurdo³¹.

➤ **EL NEOPOSITIVISMO**

El Dr. Labatut sobre el tema expresa: “Las doctrinas positivistas, según tuvimos oportunidad de observar en el capítulo anterior, se remozaron por el decisivo influjo de los nuevos principios filosóficos y biológicos; y, por otra parte, gracias a la orientación jurídica impresa a la escuela por los propios positivistas, ha podido influir en la formación del nuevo derecho penal. Entre los más destacados neopositivistas hay que mencionar a Eugenio Florian y a Felipe Grispigni”³².

➤ **LA ESCUELA ECLÉCTICA**

Las críticas contra la Escuela Clásica y la Escuela Positiva, dieron lugar al nacimiento de otras Escuelas Penales que, sin lugar a dudas, no han tenido la fuerza de aquellas porque, precisamente, no han sido radicales ni revolucionarias, sino más bien contraria a toda exageración y amigas del término medio.

Estas teorías eclécticas han sido denominadas en Italia, “Positismo Crítico”; en Francia “Escuela Ecléctica” y en Alemania “Escuela de Política Criminal”, habiendo sido sus principales exponentes, Alimena, Carnavale y Puglia en Italia; Garraud, Vidal y Garcón y Cuche, en Francia y, sobre todo, Von Listz con su doctrina Política Criminal.

Toda esta nueva posición coincide en aceptar que el crimen es un fenómeno natural, pero también es un ente jurídico, producto de factores individuales y exógenos por lo cuales hay varias clases de delincuentes.

³¹ Ídem

³² LABATUT Glana, Gustavo. Ob. Cit. Pág. 28

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



Por otra parte, han asomado otras tres tendencias nuevas en la ciencia penal: El Humanismo, El Pragmatismo y el Psicologismo³³.

➤ **ESCUELA DEL POSITIVISMO CRÍTICO O TERZA SCUOLA**

Para el Dr. Ángel Montoya, en su obra Ciencia Penal “el pensamiento de esta Escuela se aproxima tanto a la Escuela Positivista, al concebir al delito como fenómeno social, cuanto a la Escuela Clásica por catalogar a lo que perpetúan un ilícito en imputables e inimputables. Por lo cual el rol desempeñado por el Positivismo Crítico es conciliador”³⁴.

➤ **ESCUELA DE LA POLITICA CRIMINAL ALEMANA**

Escuela que toma en cuenta las ideas positivistas para sus postulados, y cuyo máximo representante según varios autores es Franz von Liszt (1851-1919). Esta escuela dio un gran aporte a la Codificación Penal, entre sus más destacados postulados se encuentra la separación del derecho penal de la sociología criminal, así como la consideración del delito como un fenómeno social y natural.

➤ **ESCUELA DUALISTA**

Esta escuela divide las legislaciones penales en dos códigos: uno penal de índole retributiva y otro preventivo.

➤ **ESCUELA HUMANISTA**

Esta escuela surge por la preocupación de encontrar un nuevo significado más humano a la conducta penal, impulsada y fundada en Italia por Vicente Lanza, está escuela considera al delito como una violación de carácter moral contra la sociedad, además plantea la idea de concebir a la pena como una medida de orden educativa.

³³ TORRES Chaves, Efraín. Ob. Cit. Pág. 141

³⁴ MONTOYA, Ángel. Ciencia Penal. Pág. 98



➤ **ESCUELA TECNICO-JURÍDICA**

Los líderes de esta escuela son Carlos Binding, en Alemania; y, Carnelutti, en Italia. Según varios autores conciben que esta escuela ha tomado los postulados más destacados e importantes de la Escuela Clásica y Positivista. Su aporte es muy destacado para la Ciencia Penal ya que impulsan el estudio formal del delito.

✚ **CONCEPTO**

Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas, que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos estrictamente determinados por la Ley, como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica³⁵.

También ha sido definido como la *rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de Derecho³⁶.*

Cuando se habla de derecho penal se utiliza el término con diferentes significados según a que él mismo se esta refiriendo. De tal modo es posible mencionar una clasificación preliminar tal como: derecho penal sustantivo y, por otro lado, el derecho penal adjetivo o procesal penal.

El primero de ellos está constituido por lo que generalmente conocemos como Código penal o leyes penales de fondo, que son las normas promulgadas por el estado estableciendo los delitos y las penas, mientras que el derecho procesal

³⁵ Definición de Enrique Cury

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General, Ediar, 2005.

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



penal es el conjunto de normas destinadas a establecer el modo de aplicación de aquellas.

NOCIONES DOCTRINALES SOBRE EL DERECHO PENAL

En el libro Manuel de Derecho Penal, el Catedrático Italiano de Derecho Penal de la Universidad de Torino Francesco Antolisel expone: “*el Derecho penal es una parte del ordenamiento jurídico del Estado. Se halla caracterizado por la naturaleza de la consecuencia que deriva de la transgresión de sus preceptos: la pena, de la cual recibe la denominación. Además agrega: “Derecho penal, es el grupo de normas jurídicas con las que el Estado prohíbe, mediante la amenaza de una pena, ciertos comportamientos humanos (acciones u omisiones)”*³⁷.

Otra de las definiciones que se da al Derecho Penal, y para no ir tan lejos la encontramos en el libro de Práctica Penal “Sistema Acusatorio” del conocido Dr. Efraín Torres Chaves, quien lo define así: “*El Derecho Penal es el elemento jurídico más enérgico del Estado, para evitar las conductas indeseables, inconvenientes e insoportables, socialmente*”.³⁸

La Dra. Silvana Erazo Bustamante, Directora de la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja, en su libro “Ciencias Penales”, define al Derecho Penal de la siguiente manera: “*Este Derecho se diferencia de los otros porque lleva implícita una pena. Es el conjunto de normas punitivas establecidas por el Estado con el objeto de prevenir la delincuencia o sancionar a aquellos que cometen las infracciones*”³⁹.

La Dra. Silvana Erazo, más adelante cita al Dr. Edmundo Mezger, quien señala: “*Derecho penal es el conjunto de normas públicas que regulan el ejercicio del*

³⁷ ANTOLISEL, Francesco, MANUAL DE DERECHO PENAL, U.T.E.H.A. Italia, año 1960

³⁸ TORRES Chaves, Efraín, PRACTICA PENAL “Sistema Acusatorio”, UTPL –Escuela de Ciencias Jurídicas-, Primera Edición, Enero-2006.

³⁹ ERAZO Bustamante, Silvana. Ciencia Penal, Primera Edición. Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja.



poder punitivo del Estado, asociando al Delito, como presupuesto la pena como consecuencia jurídica”.

FINALIDAD DEL DERECHO PENAL

Tomando como referencia dos puntos de vista de dos grandes juristas quienes en su opinión hacen un análisis sobre la verdadera finalidad del Derecho Penal, es preciso destacar los siguientes:

- Para el Dr. Francesco Antolisel, conocido jurista italiano, la finalidad del Derecho Penal es *impedir la comisión de delitos, o en otros términos, combatir el triste fenómeno que es la delincuencia o criminalidad.*
- Para el Dr. Efraín Torres Chaves, el Derecho Penal, tiene como finalidad última, *el mantenimiento del sistema social, como afirma Roxin, a través de “la tutela de los presupuestos imprescindibles para una existencia en común que concretan una serie de condiciones valiosas, los llamados bienes jurídicos”.*

MISIÓN DEL DERECHO PENAL

El derecho penal no se reduce solo al listado de las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que fundamentalmente su misión es proteger a la sociedad.

FUNCIÓN DEL ORDENAMIENTO PENAL

Citando nuevamente al ilustre jurista italiano, Dr. Francesco Antolisel quien establece que conforme a la opinión dominante, la función del ordenamiento jurídico penal consiste exclusivamente en asegurar la existencia de la sociedad y garantizar las condiciones fundamentales e indispensables de la vida comunitaria.



Su función es por lo tanto organizadora, propulsora y evolutiva.

FUENTES DEL DERECHO PENAL

- ***La Ley***

La Ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite⁴⁰.

Enfocándose en el ámbito penal, y según la definición del Código Penal en su primer artículo: “*Leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena*”⁴¹.

- ***Costumbre***

La costumbre es una fuente muy importante del Derecho que se presenta en muchos sistemas y por ello tiene trascendental importancia para el ordenamiento jurídico ya que reseña acontecimientos repetitivos de la sociedad en el tiempo.

- ***Jurisprudencia***

Jurisprudencia es la reiteración de decisiones sobre un mismo asunto de forma similar. La jurisprudencia también puede ser entendida como la interpretación que hacen los tribunales de la ley, para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción.

- ***Doctrina***

La doctrina abarca todos los estudios de carácter científico que los juristas elaboran acerca del Derecho y sus ramas, ya sea para sintetizar sus preceptos, interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación.

- ***Principios generales del Derecho***

Son un medio de interpretación, sirven de herramienta para interpretar la ley, para interpretar las normas jurídicas penales.

⁴⁰ Codificación del Código Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, año 2005.

⁴¹ Codificación del Código Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, año 2008.



RELACIÓN DEL DERECHO PENAL CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO

Como todos sabemos, el Ecuador al ser establecido en la Constitución de la República del Ecuador como un país unitario, es entendido que las leyes son para todos, por lo tanto se entiende al derecho como un todo, pero por cuestiones de doctrina y de ordenamiento jurídico se lo divide en varias ramas, las cuales están relacionadas entre sí y en constante interacción.

- **Derecho Constitucional:** La constitución es la norma suprema de cada país, por lo tanto fijara las bases sobre las cuales se ejecutara la justicia, fija los límites bajo los cuales el derecho penal debe ejercerse.
- **Derecho Civil:** El derecho civil aporta de mucho al derecho penal, ya que fija ciertos conceptos o condiciones las cuales son constantemente usadas por las leyes penales.
- **Derecho Mercantil:** Para que el derecho penal se desarrolle es cierto que se desarrollen ciertas conductas que vayan contra la ley, y por lo tanto deben estar establecidas en las diferentes normas jurídicas, este es el caso del derecho mercantil, por ejemplo en el delito de estafa con cheque.
- **Derecho Administrativo:** Al igual que con las otras ramas antes mencionadas la relación del derecho penal con el rama administrativa es muy importante ya que el derecho penal se encarga de evaluar el comportamiento antijurídico que viole las potestades administrativas o las normas administrativas que rigen ciertas organizaciones.

RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y LA MORAL

Según una extendida línea doctrinal, existe un nexo indisoluble entre el Derecho penal y la ética. Partiendo del supuesto de que el Derecho en general se mueva en



el ámbito de la moral y esté constituido por idéntica sustancia, el derecho sería a la ética, como la parte al todo, como los cimientos al edificio, se sostiene que el delito es siempre un acto inmoral.⁴²

PRINCIPIOS LIMITADORES DEL DERECHO PENAL

Los principios limitadores del derecho penal son aquellas partes de la doctrina que le han impuesto límites a la construcción del derecho penal, con el objetivo de que éste no se salga de control y acabe con el estado de derecho. El objetivo de los principios es la reducción del poder punitivo de los estados. Los principios son:

➤ PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad, se refiere a la calidad del proceso, a la vez ecuánime (respeto de los derechos de defensa y equilibrio de las partes) y eficaz (proporcionalidad y celeridad).

Proporcionalidad entre las garantías de defensa que se deben al imputado en cuanto ser humano, y las garantías de eficacia de la investigación, en relación a la gravedad del delito, que se deben al resto de los individuos de la sociedad no imputados.

➤ PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio es un principio fundamental para el Derecho Penal, ya que asegura la seguridad jurídica. Para lo cual se encuentra contenido tanto en el Código Penal como en el Código de Procedimiento Penal, además de que está incluido en los principios reconocidos mundialmente del Debido Proceso. Es conveniente citar entonces lo que establece el artículo 2 del Código Penal: “Nadie puede ser

⁴² MANUAL DE DERECHO PENAL, Antolisel Francesco, U.T.E.H.A. Italia, año 1960
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida⁴³.

➤ **PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD**

El principio de irretroactividad se refiere principalmente al hecho de proteger a los ciudadanos de que se les pueda sancionar *a posteriori* por un acto que cuando fue realizado no estaba prohibido. Se dice que es derivado del principio de legalidad, y en realidad se encuentra establecido en el mismo Art. 2 del Código Penal.

➤ **PRINCIPIO DE LA MÁXIMA TAXATIVIDAD LEGAL E INTERPRETATIVA**

Este principio expone la responsabilidad que tiene el Derecho acerca de plantear normas que al momento de ser interpretadas por los jueces sean bajo el estricto sentido de la Ley.

➤ **PRINCIPIOS PRO DERECHOS HUMANOS**

- ✓ Lesividad
- ✓ Humanidad
- ✓ Trascendencia mínima

✚ **DIVISIONES DEL DERECHO PENAL**

El Dr. Francesco Antolisel en su obra “El derecho penal” distingue lo siguiente: Sobre la base de la colocación, de la naturaleza y de la esfera de eficacia de las normas, pueden hacerse en el ámbito del Derecho penal sustantivo las siguientes distinciones:

➤ ***Derecho penal fundamental y Derecho penal complementario***

⁴³ Codificación del Código Penal Ecuatoriano, Actualizado a enero de 2008. Corporación de Estudios y Publicaciones.



El primero es el que se contiene en el Código Penal, que es la ley fundamental; mientras que el segundo aparece constituido por las normas penales comprendidas en las leyes especiales, que integran o modifican el Código Penal.

➤ ***Derecho penal común y Derecho penal especial***

Según que tenga validez para todos los súbditos o se aplique solamente a una clase o categoría de personas, a causa de sus cualidades o de la especial condición jurídica en que se encuentren. Se comprenden en el segundo grupo los códigos penales especiales como el militar, el de navegación, etc.

✚ **CONCEPTOS IMPORTANTES EN EL DERECHO PENAL**

- ***Leyes Penales:*** Según el art. 1 del Código Penal Ecuatoriano “leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena”⁴⁴.
- ***Delito:*** La conducta que se prohíbe por el Estado con la amenaza de una pena. Para Giner de los Ríos el delito es toda perturbación consciente y peculiar del Derecho. Es decir, la acción de desorden que rompe la quietud y sosiego. Es consciente porque demanda conocimiento del hecho y voluntad para hacerlo.
- ***El tipo en lo penal:*** Se dice que algo es típico cuando es característico, distintivo, representativo, peculiar, que incluye TIPICIDAD. La tipicidad exige que debe haber coincidencia entre el acto que se considera sancionable por la ley y lo efectuado por el transgresor de la misma.
- ***Antijurídico:*** Lo antijurídico es lo que está contra Derecho, entendió éste como facultad moral que tiene las personas para exigir que se respeten: su vida,

⁴⁴ Código Penal. Art. 1



integridad física y moral, propiedad; o contra la ley (Derecho) protectora de estos bienes o valores.

- **Culpa:** La culpa es el acto u omisión constitutiva de una falta, intencional o no intencional a una prescripción de la ley. La culpa es la imprudencia, inadvertencia, descuido, desidia, impericia, desconocimiento que genera un resultado antijurídico, no previsto, o previsto, pero, no querido, ni consentido.
- **Dolo:** El Derecho Penal lo define como la resolución consciente y libre de efectuar voluntariamente una acción u omisión punible.

El dolo es la forma principal como se manifiesta la criminalidad.



DERECHO PROCESAL PENAL

ANTECEDENTES

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo al hablar del Derecho Ecuatoriano en su obra Tratado de Derecho Procesal Penal, establece que la primera ley de procedimiento criminal de la República se dictó en el año 1839 y se distingue porque no existían tribunales pluripersonales, sino que todos eran singulares, y las instituciones procesales carecían de de sistematización.

En el año 1848 el Congreso Nacional dictó la Ley de Jurados, la cual era una verdadera ley de procedimiento penal, desde ese momento el procedimiento penal ecuatoriano adoptó el sistema mixto. El 4 de junio de 1851 la Convención Nacional dictó la Ley de Procedimiento Criminal, la cual comprende la sustanciación de los procesos por los delitos llamados públicos y los delitos privados.

Desde la Ley de 1839 hasta el Código de Procedimiento Penal del presente año 2009, se ha dictado algunas leyes de procedimiento penal bajo diversos regímenes políticos, que poco han alterado el sistema mixto de procedimiento.⁴⁵

GENERALIDADES

Es el modo legalmente regulado de realización de la administración de justicia, que se compone de actos que se caracterizan por su tendencia hacia la sentencia y a su ejecución, como acumulación de la finalidad de realizar el Derecho Penal Material.

⁴⁵ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, EDINO, 2004.
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



Estos actos se suceden entre la noticia del delito, a partir de la cual se promueve la acción, y la sentencia. Los actos marchas sin retorno, proceden, hacia el momento final.

Dentro de esos actos procesales "vivos" que montan la impulsión del proceso, se ha distinguido los de mera investigación o instrucción, los de persecución, que luego continúa con el auto de procesamiento, la elevación a juicio, la citación a juicio, la audiencia.

El fin institucionalmente propuesto para el proceso penal es la realización del Derecho Penal material. La satisfacción del tipo penal de que se trate en el caso concreto genera una relación jurídica sustancial que funda una pretensión punitiva que se lleva al proceso por medio de la acción penal.

Según el profesor Percy Chocano Núñez, autor de Teoría de la Actividad Procesal y Derecho Probatorio y Derechos Humanos, el Derecho Procesal Penal, se divide en Teoría General del Proceso, Teoría de la Prueba y Teoría de la Actividad Procesal. La Teoría General del Proceso, trata de las instituciones que regulan el proceso en general, como la Jurisdicción, la Competencia, Los Sujetos Procesales y las Medidas Coercitivas o cautelares. La Teoría de la Prueba trata sobre la forma en que debe probarse una imputación y comprende el concepto de la prueba, la diferencia entre prueba y medios de prueba, teoría de la actividad probatoria, la carga de la prueba y la valoración de la prueba. La Teoría de la Actividad Procesal, trata sobre los actos procesales, lo que implica la estructura del acto procesal, la clase de actos procesales, el tiempo en la actividad procesal, etc.⁴⁶

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR

⁴⁶ CHOCANO Núñez, Percy. Teoría de la Actividad Procesal y derecho probatorio. *Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal*



El Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador al hablar del sistema procesal establece: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. **No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades**”⁴⁷.

CONCEPTO

Se ha convenido al Derecho Procesal como el *conjunto de normas que regulan los tres pilares del debido proceso, con la única finalidad de la aplicación de las leyes de fondo, o derecho sustancial, o que se controla la no aplicación de esas garantías y derecho a una de las partes del proceso.*

En el Derecho Procesal Penal existen un conjunto de normas que regulan el proceso desde el inicio hasta la finalización del proceso. Tiene la función de investigar, identificar y sancionar las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Es el modo legalmente regulado de la realización de la administración de justicia, que se compone de actos que se caracterizan por su tendencia hasta la sentencia y a su ejecución, como concreción de la finalidad de realizar el Derecho Penal Material.

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo dice: “*es un proceso jurídico humano, provocado y orientado por humanos, protagonizado por humanos, donde siempre está presente la fase negativa de la sociedad, en donde toda la humanidad está involucrada por lo que se llama la Responsabilidad Compartida*”⁴⁸, agrega que en el proceso penal

⁴⁷ Constitución de la República del Ecuador, año 2008.

⁴⁸ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. EDINO. Año 2004.
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



se juzga a toda la sociedad, porque pudo hacer oportunamente en beneficio físico y moral al posteriormente justiciable y no lo hizo. Además dice, que el carácter fundamental del proceso penal se nos muestra como un límite tanto al poder punitivo del Estado, como a la actividad particular, pues a través del proceso es que los órganos jurisdiccionales están en capacidad de imponer la pena prevista por la ley penal sustancial dentro de los límites legales comprendidos en la propia ley sancionadora, impidiendo, de esa manera el abuso del ejercicio del poder de penar.

El nuevo sistema acusatorio del Nuevo Código de Procedimiento Penal su objeto es el respeto de los derechos y garantías constitucionales, de los ciudadanos, o sea el fin último y esencial del proceso penal hoy en día es la justicia.

✚ NOCIONES DOCTRINALES SOBRE EL DERECHO PROCESAL PENAL

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, cita la definición del Dr. Vincenzo Manzini, quien dice: *“El derecho procesal penal es una rama del Derecho Público que tiene por objeto el estudio del proceso penal, el procedimiento por el cual éste se desarrolla, las leyes que están relacionadas con su objeto, y el sector de la realidad social del cual surgió en un tiempo determinado”.*

✚ OBJETO DEL DERECHO PROCESAL PENAL

El Derecho Procesal Penal, según lo citado por el Dr. Zavala, tiene por objeto el estudio del proceso penal, de la ley de procedimiento que lo rige en su organización y estructura y de las leyes no penales que, por cualquier motivo y en un momento dado, entran también a regular el proceso penal, ya como leyes subsidiarias, ya como leyes referidas; y, además, el sector de la realidad en donde



surgieron las mencionadas leyes. Entre las leyes subsidiarias, encontramos por ejemplo, el CPC, y entre las referidas, la LOFJ.

Según la opinión de Jorge Clariá Olmedo, también debe ser objeto del Derecho Procesal Penal *“el estudio de la magistratura penal en lo referente a su organización, sus funciones, su repartición conforme a las distintas reglas de la competencia, sus condiciones subjetivas y demás aspectos y circunstancias atinentes a los fines de su implantación”*.

FINES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Los principales fines del Derecho Procesal Penal son los siguientes:

- 1. La comprobación de una acción u omisión que constituya delito
- 2. Individualización e identificación de todos los responsables de la infracción.
- 3. El aseguramiento del imputado y de las personas cuya presencia sea necesaria para el esclarecimiento de la verdad.
- 4. El aseguramiento del objeto material de la infracción y de los elementos necesarios que fueran probatorios.
- 5. El aseguramiento de bienes suficientes del encausado para cubrir las indemnizaciones, las penas pecuniarias y el valor de las costas procesales.
- 6. La condena o absolución del enjuiciado penalmente.

DEFINICIÓN DE SISTEMA PROCESAL PENAL

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo define al sistema procesal penal como el medio o instrumento a través del cual el Derecho Penal sustancial se realiza con el fin de imponer la Justicia, es decir, es el instrumento jurídico para la protección de bienes



jurídicos fundamentales del hombre, como la vida, la libertad, el honor, la salud y la inocencia.

RELACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL CON EL DERECHO PENAL

Clariá Olmedo, jurista citado por el Dr. Zavala, manifiesta que la realidad captada por el derecho sustantivo y que el derecho procesal realiza, es asumida por éste como posibilidad o existencia de futuro, es decir, como hipotético asunto de la vida que habrá de concretarse conforme al derecho para cumplirse después hasta satisfacer la declaración obtenida cuando ésta tiene contenido ejecutable. Esto demuestra que entre lo sustantivo y lo procesal existe correlación, sobre lo cual no cabe duda alguna; pero también demuestra que el derecho procesal, en cuanto disciplina científica, es una disciplina jurídica independiente de todas las manifestaciones del derecho sustantivo⁴⁹.

PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL

➤ PRINCIPIOS GENERALES

- ✓ **Principio de Oficialidad.-** Para el cumplimiento de los fines inmediatos y mediatos del proceso penal la investigación en relación con el objeto y los sujetos del proceso penal debe ser amplia y universal. El art. 10 del CPP en relación con este principio establece “el proceso penal debe ser impulsado por el fiscal y el juez, sin perjuicio de gestión de parte”.
- ✓ **Principio de Investigación Integral de la verdad.-** Según el Dr. Zavala este principio es uno de los esenciales del proceso penal, pues mira al cumplimiento correcto de su finalidad, libre de distorsiones, de

⁴⁹ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Ob. Cit. Pág.

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



eufemismos o de engaños. La verdad es base de la actividad humana en general, pero, a su vez es un medio para que se desarrolle dicha actividad.

- ✓ **Principio de Personalidad Justiciable.-** Este principio promulga la idea que dentro del proceso todas las partes gozarán de la protección legal promulgada tanto por la Constitución como por las normas penales.
- ✓ **Otros principios.-** Además de los principios antes mencionados, es importante destacar basándome en el libro del Dr. Zavala otros principios, que en general forman parte del cotidiano ejercicio del Derecho Penal en el Ecuador, esos principios son:

Concentración: *Por este principio de concentración se dispone que en pocos actos procesales se deben reunir la mayor cantidad de elementos fácticos y procesales.*

Adquisición: *Siendo el proceso penal de interés público, en donde el Estado está preocupado en que la verdad sea la base de la investigación sobre la existencia del delito y sobre la culpabilidad de las personas que intervinieron en el mismo, es evidente que se cumple el proceso de adquisición, por el cual, una vez allegado al proceso penal un acto procesal, sus efectos irradian para todas las partes procesales, sin que pueda ser utilizado únicamente a favor de la parte que solicitó su práctica, o en contra de otra parte, sino que debe ser valorizado en su efecto integral sin que importe si es que esos efectos son beneficiosos o perjudiciales para la parte procesal que lo solicitó.*



Preclusión: *Este principio establece que una vez concluida una etapa, o vencido el plazo señalado por la ley, no puede regresarse a la etapa ya superada, ni hacer convalecer el tiempo vencido.*

Inmediación: *El principio de inmediación se enuncia diciendo que le titular de del órgano jurisdiccional penal no sólo debe dirigir personalmente la práctica de un acto procesal de prueba para valorarla en el momento oportuno, sino que además, debe tomar contacto directo con las partes procesales y con los terceros que intervinieron en una u otra forma durante el desarrollo del proceso.*

Liberalidad: *Es aquel que tiende a procurar que por parte del juez se remuevan los obstáculos que impiden el ejercicio del derecho a la libertad personal del justiciable⁵⁰.*

➤ **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES**

✓ **Principio de Juicio Previo**

Este principio se refiere al hecho de que para declarar a una persona culpable de un acto antijurídico que ha sido cometido y que es sancionado por la ley, primero debe seguirse un procedimiento previamente establecido.

✓ **Principio de Legalidad**

Este principio (Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege), que también ha sido relacionado con el principio de tipicidad, y se dice que son lo mismo, establece que ninguna persona puede ser penada por un acto que no se encuentre tipificado en la ley como infracción penal. Este

⁵⁰ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Ob. Cit. Pág. 147.



principio se encuentra establecido en nuestra Constitución como uno de las garantías del Debido Proceso, además de estar contenido en numerosos Tratados Internacionales. Por lo tanto es un principio fundamental del Derecho Procesal Penal.

✓ **Principio de Juez Natural**

Ninguna persona puede ser sometida a un juzgamiento sino por el juez ordinario, es decir, el juez competente determinado por la ley con anterioridad a la iniciación del proceso.

✓ **Principio de Inocencia**

Este principio, también contenido dentro del Debido Proceso y de Nuestro Código Penal, establece que toda persona se presume que es inocente, hasta que no se demuestre lo contrario, es decir hasta que en sentencia ejecutoriada sea declarada culpable.

✓ **Principio de Único Proceso**

La garantía constitucional del Principio de Único Proceso, garantiza que ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por un mismo hecho o causa (non bis in idem).

✓ **Principio de Celeridad**

El principio de Celeridad, establece la necesidad de que los procesos penales se desarrollen en un tiempo prudencial para evitar la viciosa costumbre de eternizar la sustanciación de dichos procesos con grave



detrimento de la justicia que se transforma en injusticia para ofendidos y ofensores cuando se dilata⁵¹.

✓ **La extradición**

El principio de la extracción, prevé que es obligación del juez solicitar en la forma prevista por la ley y a lo convenios internacionales, la extradición del prófugo en los casos de prisión preventiva o de sentencia condenatoria ejecutoriada.

✓ **Principio de Irretractabilidad**

El principio de Irretractabilidad pro el cual se establece que el proceso penal solo puede suspenderse o concluir en los casos y formas establecidos expresamente en el Código.

✓ **Derecho a la información procesal**

Según lo citado por el Dr. Zavala, el sujeto procesal, sea activo, sea pasivo, tiene derecho a que se le comuniquen todas aquellas providencias que se dictan en el desarrollo del proceso, tenga o no tenga relación directa con la conducta de los indicados sujetos

✓ **Impulso Oficioso**

Según la ley penal ecuatoriana, el proceso penal será impulsado por el fiscal y el juez, sin perjuicio de gestión de parte, es decir los jueces y fiscales tiene la obligación de adelantar el desarrollo del proceso ordenado y ejerciendo los actos que la ley establece, sin necesidad de que las partes pidan que se realice alguna de esas acciones.

⁵¹ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Ob. Cit. Pág. 223
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



✓ **Inviolabilidad de la Defensa del Imputado**

Este principio promulga un derecho muy importante, el derecho a la defensa, según lo que la ley nos señala, la defensa del imputado es inviolable. El imputado tienen derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas.

✓ **Información de Derechos**

El principio de información de derechos establece que toda persona que intervenga en el proceso debe velar para que el imputado conozca, inmediatamente, los derechos que la Constitución Política de la República y el Código le reconocen.

✓ **Derecho al Intérprete**

Lo que procura la justicia mediante este principio es encontrar la eficacia jurídica, esto lo pueden lograr mediante la realización de ciertos actos que permitan esta eficacia. El derecho al intérprete establece que si el imputado no entendiera el idioma español, podrá designar un traductor. Si no lo hiciera, el fiscal o el tribunal lo designará de oficio. El Estado por lo tanto cubrirá los costos de las traducciones.

✓ **Igualdad de Derechos**

Como la doctrina y la misma ley lo dicen, la ley es para todos, y mediante ese principio se promulga la igualdad de derechos de todos los sujetos procesales, estando garantizados para el ejercicio de este importante principio. La ley señala que se garantiza al fiscal, imputado,



a su defensor, al acusador particular y sus representantes y las víctimas el ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución.

✓ **Interpretación restrictiva**

Todas las disposiciones de la ley que restringen la libertad, los derechos del imputado o limitan el ejercicio de las facultades conferidas a quienes intervienen en el proceso, deben ser interpretadas restrictivamente.

✚ **MISIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL**

La misión es obtener, mediante la intervención de un juez, la declaración de una certeza positiva o negativa de la pretensión punitiva del Estado, quien la ejerce a través de la acción de la Fiscalía General del Estado.

✚ **CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL**

➤ **SISTEMA ACUSATORIO**

En resumen, históricamente, el primer sistema procesal penal fue el acusatorio. Sus características principales se pueden sintetizar así:

A. La decisión la tiene el titular del órgano jurisdiccional penal competente;

B. La capacidad de acusación la tenía, en su comienzo, el ofendido y sus parientes; y luego cualquier persona, dejando a salvo la diferencia entre delicta privada y delicta pública;



C. No puede existir proceso penal sin que previamente se hubiera ejercido la acción, es decir, rige el principio “no hay proceso sin acusador”;

D. Iniciado el proceso penal éste puede continuar, aun si el acusador desiste de su acusación, con la sola intervención del juez.

E. El juez no tiene capacidad de investigación ni para seleccionar los actos procesales probatorios, sino que sólo puede valorizar los que las partes procesales tuvieran a bien introducir en el proceso.

F. El proceso es público, fundamentalmente oral, contradictorio y respetuoso de la igualdad entre las partes procesales; y,

G. Respeto absoluto a la libertad personal del acusado, la cual sólo debe perderla en el evento que fuera condenado.

➤ **CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA INQUISITIVO**

Posteriormente surge, como hemos examinado, el sistema inquisitivo, cuyas características se pueden sintetizar de la manera siguiente:

A. El titular del órgano jurisdiccional penal es acusador y juez; puede proceder ex officio para iniciar el proceso penal;

B. La actividad del Juez cubre todo el desarrollo del proceso, quedando la actividad de las partes reducidas a muy contados casos, y siempre después de la etapa investigadora;



C. Como consecuencia del o anterior, el Juez no sólo investiga sino que está investido del poder de introducir actos procesales de prueba con preferencia sobre las partes e independiente de ellas;

D. El proceso se desarrolla en secreto, por escrito y con intervención muy limitada de los defensores de los acusados;

E. La prisión preventiva se puede dictar desde el momento en que se sospeche que una persona está involucrada en la comisión de un delito; y,

F. Procede el tormento, ya como sistema de procedimiento, ya de investigación y ya de pena. El tormento podía aplicarse con dos fines: para obtener la confesión del acusado, y para obtener los nombres de las personas que habían actuado como coautores, o cómplices.

➤ **CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA MIXTO**

Como sistema equilibrador de los anteriores, del acusatorio y del inquisitivo, surge un tercer sistema conocido como “mixto” y que se caracteriza por adoptar en las diversas etapas del proceso penal instituciones, ya del sistema acusatorio, ya del sistema inquisitivo. Sistema mixto es el seguido por el actual Código de Procedimiento Penal.



CAPITULO II



CAPITULO II

EL DEBIDO PROCESO

GENERALIDADES

Según María del Rosario Palacios “el derecho o la garantía al Debido Proceso, es una de las más importantes conquistas que se ha dado en el proceso del desarrollo histórico de los pueblos, en materia de derechos”⁵².

Es una institución extraordinariamente protectora de los derechos humanos, garantías que se observan y se aplican en todo proceso administrativo y judicial, sobre todo en el procedimiento penal, tendiente a garantizar el respeto de los derechos de toda persona procesada.

ANTECEDENTES

El debido proceso fue diseñado para proteger al individuo contra el poder arbitrario del Estado. El primer indicio que hace referencia al debido proceso lo encontramos en la Carta Magna, expedida por el Rey Juan de Inglaterra en Runnymede en el año 1212. En ella se estableció que el poder del Rey no era absoluto. Los Estados Unidos de América obtuvieron su independencia en el año 1776, y para el año 1787 ya tenían estructurada su constitución, de hecho está fue la primera nación en tener una Constitución escrita. En 1791 se ratifican diez enmiendas a la Constitución, texto que se conoce como The Bill of Rights. En la quinta enmienda de este documento, se instituye el *Due process of law* (El debido proceso);

⁵² PALACIOS, María del Rosario
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



posteriormente en la décimo cuarta enmienda se incluyen mas elementos sobre el mismo tema. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789 y aceptada por el Rey Luis XVI el 5 de octubre de 1789, en sus artículos 6, 7, 8 y 9 se recoge la institución del Debido Proceso. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, en el año 1948, dispone en su artículo 18 normas relativas al debido proceso. La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia especializada sobre Derechos Humanos en su Art. 8 Garantías Judiciales, acoge el Debido Proceso⁵³.

Para hablar del debido proceso es muy importante señalar y resaltar que su contenido no se limita únicamente a un contenido penal y adjetivo penal, sino que ha sido incorporado en la legislación constitucional europea y latinoamericana. Y lo que es más, el debido proceso ha sido recogido como parte de convenios internacionales. Así, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, suscrita el 10 de diciembre de 1948, en su artículo 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones, o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal⁵⁴”.

También consta recogido en el artículo 14 párrafo 1ro. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre

⁵³ AROSEMENA Camacho, Xavier. Artículo sobre el Debido Proceso.

⁵⁴ Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Año 1948.



de 1966. Así mismo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en el siguiente artículo⁵⁵.

Artículo Nro. 8.-

1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la Ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) Concesión al inculpado del tiempo personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

d) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo no nombrare dentro del plazo establecido por la ley;

e) Derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;
y,

f) Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

⁵⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Costa Rica, año 1969.
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



CONCEPTO

El doctor José García Falconi, Catedrático de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, expresa que *el “debido proceso es el más perfecto y sofisticado instrumento de resolución de disputas o conflictos de contenido o relevancia jurídica, pues el proceso tiene reglas que nos permiten llegar a una resolución justa debida”⁵⁶.*

El debido proceso al estar incluido en la Constitución de la República del Ecuador vigente, constituye importantes garantías constitucionales, que también pueden ser entendidos como mecanismos que la Ley pone a disposición de la persona para que pueda defender sus derechos, reclamar cuando corren peligro de ser conculcados o indebidamente restringidos; y, por último, obtener la reparación cuando son violados.

Es importante destacar que el debido proceso procura una justicia adecuada a la medida de la dignidad humana desde todas sus concepciones, pues el proceso se realiza entre seres humanos y no la subordina a nada.

Arturo Hoyos al hablar de la Institución del debido proceso, dice que *el debido proceso es una institución instrumental en virtud de la cual, debe asegurarse a las partes en todo proceso, legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones justificadas, oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la Ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso, y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley*

⁵⁶ www.derechoecuador.com



*contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos*⁵⁷.

Mario Madrid-Malo Garizábal, señala que *el debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás potestades del Estado, a la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: solo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan en sentido positivo y negativo a los servidores públicos*⁵⁸.

El derecho al debido proceso, es el derecho a un proceso justo; a un proceso en el que no haya negación o quebrantamiento de los derechos que cada uno tenga jurídicamente atribuido o asignado.

Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material. Se le llama debido porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica.

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, expresa: “Es, pues, el “debido proceso” un derecho reconocido y garantizado por el Estado, el cual dicta las normas fundamentales básicas que deben cumplirse en la formación del proceso, el cual, perfeccionado cumpliendo con dichas garantías, adquiere el rango jurídico de “proceso debido”. El debido proceso, pues, es la consecuencia legal de una actividad jurisdiccional que se ha desarrollado conforme a las normas de la ley de procedimientos respectiva”⁵⁹

⁵⁷ HOYOS, Arturo. Artículo publicado sobre El Debido Proceso.

⁵⁸ MADRID-MALO Garizábal, Mario. “Derechos Fundamentales”. Segunda Edición. Bogotá-1997

⁵⁹ Zavala Baquerizo, Jorge. El Debido Proceso Penal. EDINO. Año 2002.



✚ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

➤ **ART.76**

El Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, establece lo siguiente:

“En todo proceso en el que se determine derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.



6. La ley establece la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones
 - d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones de procedimiento.
 - e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
 - f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
 - g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
 - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras



partes, presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se anuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.⁶⁰

➤ **ART. 11, Numeral 9, Párrafo final.**

“El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuado de la administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.”

⁶⁰ Constitución de la República de Ecuador, año 2008. Corporación de Estudios y Publicaciones.
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidores o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”.

➤ **ART. 169.- SISTEMA PROCESAL**

“El sistema de procesal es un medio para la realización de justicia. Las normas procesales consagran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la simple omisión de formalidades”.

**ESENCIA E IMPORTANCIA DEL DEBIDO PROCESO SEGÚN LA
NORMATIVA INTERNACIONAL**

La esencia del derecho al debido proceso legal es, al tenor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el derecho de toda persona a “ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Es un de especial importancia porque, junto con el derecho a un recurso, tutela todos los demás derechos de la persona. En lo que concierne a las acciones judiciales emprendidas por un individuo a fin de hacer valer sus derechos, el derecho a un recurso y el debido proceso son dos caras de la misma moneda. El derecho al debido proceso tiene un amplio ámbito ya que ampara a la persona en todo asunto jurídico que le concierne, incluso en procesos en su contra iniciados por el Estado o terceros. La Declaración Americana en su art. XXVI, reconoce el derecho al debido proceso únicamente como derecho de la persona acusada de un delito.



Aunque la expresión “garantías judiciales” se emplea frecuentemente para denominar este complejo de derechos, la expresión “debido proceso legal” es más exacta, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

EL ALCANCE DEL DEBIDO PROCESO EN LO PENAL

El primer párrafo del art. 14 del PIDCP reconoce el derecho de la persona a “ser oída públicamente y con las debidas garantías (...) en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal (...)”, mientras que el párrafo 3 enumera las garantías que han de respetarse durante el proceso de toda persona acusada de un delito. Las disposiciones de la Convención Americana son sustancialmente idénticas, y en sus textos contienen la determinación de carácter penal y acusada de un delito, lo que deja en claro la determinación del Debido Proceso en el campo penal.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO

Según el nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, en su reciente codificación implementada en el País desde el mes de marzo del año 2009, y en lo referente al Debido Proceso se determina lo siguiente: “ Se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos”.⁶¹

NOCIONES DOCTRINALES SOBRE LOS PRESUPUESTOS DEL DEBIDO PROCESO EN EL ECUADOR

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, destaca la importancia y el papel que cumplen los presupuestos en el debido proceso, por lo cual expresa: “De manera general, los

⁶¹ Código de Procedimiento Penal, año 2009.



presupuestos son las circunstancias anteriores que deben existir antes que la actividad se inicie y sin cuya existencia carece de eficacia jurídica todo lo actuado. El proceso penal para que tenga legitimidad exige, previo a su desarrollo, la presencia de ciertos presupuestos que son: el órgano jurisdiccional, la situación jurídica de inocencia del ciudadano y el derecho a la tutela jurídica⁶².

➤ **ÓRGANO JURISDICCIONAL**

El órgano jurisdiccional entendido como el primer presupuesto del debido proceso y contenido en nuestra constitución al establecer que *“el ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los Órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional”*⁶³, da como garantía constitucional el hecho de que antes de la iniciación del proceso penal se debe haber establecido el órgano jurisdiccional encargado de formar el indicado proceso desde su inicio hasta su conclusión. Entendiendo que la administración según la doctrina es el poder de administrar justicia. Es de este principio de donde toma forma toda la estructura de la administración de justicia, estableciendo órganos determinados para establecer ciertos casos.

➤ **LA SITUACIÓN JURÍDICA DE INOCENCIA**

El Dr. Zavala expresa que “otros de los presupuestos generales del debido proceso que está relacionado más íntimamente con la persona es el derecho a la inocencia. Sobre este tema es necesario establecer ciertas precisiones para aprehender en su verdadero significado la importancia que tiene este presupuesto en la formación del debido proceso”. Más adelante señala, que “uno de los bienes del hombre es la inocencia, que es un bien jurídico ínsito de la persona”.

➤ **DERECHO A LA TUTELA JURÍDICA**

⁶² ZAVALA Baquerizo, Jorge. Ob. Cit. Pág. 33

⁶³ Constitución de la República del Ecuador



El Estado será el responsable primordialmente de ejercer esta tutela jurídica contenida no solamente en nuestro cuerpo magno que es la constitución sino que además en varios Tratados Internacionales, por lo tanto el estado deberá garantizar el derecho de toda persona a acceder a los órganos judiciales y obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. Es importante destacar, según como lo dice Zavala que el derecho a esta tutela jurídica por parte de los órganos jurisdiccionales no sólo corresponde a la acción del que demanda dicha tutela sino también la correlativa a la contradicción que ella origina.

PRINCIPIOS Y DERECHOS IMPORTANTES DEL DEBIDO PROCESO **SEGÚN LA DOCTRINA PENAL**

El debido proceso como ya lo mencione con anterioridad, promueve la garantía de un conjunto de derechos basados en principios jurídicos y promulgados por la Declaración Internacional de Derechos Humanos junto a otros organismos internacionales. Estos principios pueden ser agrupados de la Siguiete forma:

➤ **PRINCIPIOS GENERALES**

✓ **Principio de Legalidad**

El principio de Legalidad establece que nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal. Es decir, que la ley debe establecer con anterioridad al acto las infracciones penales. Muchos estudiosos del Derecho consideran que este principio se origino en el Derecho Romano. Según lo dicho por Zavala⁶⁴, este principio se enuncia diciendo que ninguna persona puede ser sujeto pasivo de un proceso penal si es que no ha cometido una acción u omisión previamente

⁶⁴ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Ob. Cit. Pág. 77

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



prevista en la ley penal; teniendo como corolario dicho mandato la prohibición de que persona alguna pueda ser juzgada sino de acuerdo con las leyes procesales preexistentes.

✓ **Principio de Extra Actividad de la Ley Penal**

Este principio establece que en caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. Al efecto sobre este principio algunos autores señalan el problema de contradicción que existe en la norma por lo cual señalan que el concurso aparente de leyes penales es aquel en que varias leyes penales pugnan por aprehender una conducta típicamente antijurídica y que, en definitiva, sólo una de ellas es la que impone su vigencia descartando la vigencia jurídica de las otras leyes penales que pretendían imponer su vigencia. Este conflicto, legal y doctrinalmente, para su solución, tiene principios que, generalmente, son los llamados de especialidad, consunción, alternabilidad y subsidiaridad.

✓ **El principio de la Proporcionalidad Penal**

Principio muy importante del debido proceso, que establece que las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado. Este principio busca evitar la arbitrariedad, el abuso y el exceso de penas desproporcionales. Este principio fija parámetros a los administradores de justicia para sancionar con penas que vayan de acuerdo a los



delitos, más que nada fija límites de esta administración de justicia que en muchos de los casos en el pasado era abusiva y sin control alguno.

✓ **El Derecho de Defensa**

Según Zavala, el derecho a la defensa es el escudo de la libertad, el amparo del honor y la corrección de la inocencia. La defensa, desde el punto de vista procesal, se la puede clasificar en general y en restrictiva. La defensa general es el derecho subjetivo que el Estado entrega a toda persona para que, en un momento determinado, pueda exigir la protección para sus bienes jurídicos e intereses antes y durante el desarrollo de un proceso. La defensa en sentido restringido es aquella que le corresponde al demandado en un proceso civil, o al acusado en un proceso penal, para oponerse a las pretensiones que exhiben en dichos procesos por parte del demandante o del acusador, oficial, particular o privado, respectivamente. Este principio se encuentra consagrado en la Constitución, donde se prevé que ninguna persona podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El derecho a la defensa lo puede ejercer cualquier habitante del país. El derecho de defensa permite al ciudadano intervenir desde la iniciación de una investigación hasta el desarrollo y conclusión definitiva del proceso.⁶⁵

✓ **El Derecho a las Resoluciones Motivadas**

Este principio también consagrado por la norma suprema del país que es la Constitución, da un giro de trescientos grados según la nueva reforma del Código de Procedimiento Penal donde se establece en el Art. 86 lo siguiente: “Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este

⁶⁵ Ídem

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo⁶⁶; si bien es cierto que las normas establecidas en la Constitución prevalecen sobre las demás normas, a lo cual la Constitución señala: Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente. Es decir, que según estos dos señalamientos cualquier decisión que tomen los jueces deberá ser motivada, es decir se deberá fundamentar el porque de esa decisión conforme a derecho, sin embargo el Código de Procedimiento Penal al darle esa libertad de sana crítica al juez en cuanto a la valoración de la prueba además de darle un carácter de especial a ese artículo, se contradice un poco con la norma constitucional.

✓ **Obligaciones del Testigo y del Perito**

La Constitución⁶⁷ establece que quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. Este principio si bien es cierto esta contenido dentro del debido proceso y sin desmerecer su importancia, y a mi consideración no debería constar como garantía del debido proceso, ya que si bien es cierto que la comparecencia de los testigos y peritos es muy importante para el proceso y más que nada encontrar el fin del derecho procesal penal que es descubrir la verdad histórica de los hechos, más bien debería estar como un artículo del Código. Pero describiendo su significado es necesario señalar, que para

⁶⁶ Código de Procedimiento Penal. Año 2009. Art. 86

⁶⁷ Constitución de la República del Ecuador.



el sistema mixto aplicado en nuestro país, es muy importante asegurar la comparecencia de los testigos y peritos en el proceso, ya que son una parte muy importante del proceso, pues con su aporte se puede llegar a establecer la responsabilidad o no de un acusado sobre un hecho delictivo.

➤ **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES**

✓ **Derecho a la Motivación de la Detención y el Derecho al silencio**

Zavala al referirse a este principio expresa, *que la libertad personal es la regla general. Todos los hombres son libres y pueden gozar, respetando las normas del buen vivir social, de esa libertad sin traba alguna. La excepción a dicha libertad es la prisión*⁶⁸. Este principio a mi parecer establece parámetros y límites sobre las detenciones que en muchos de los casos eran arbitrarias. El nuevo Código de Procedimiento Penal ve a la prisión preventiva como el último de los casos en un proceso. La constitución garantiza la libertad personal, y por lo tanto cualquier detención deberá ser motivada y fundamentada según derecho. El derecho al silencio, es un principio muy importante también, ya que dispone que las personas tienen derecho a guardar silencio, ya que cualquier palabra que digan puede ser usada en su contra.

✓ **Derecho al Interrogatorio Protegido**

Cualquier persona, detenida o no, que deba ser sometida a un interrogatorio, ya dentro de un procedimiento investigatorio, ya dentro de la sustanciación de un proceso de cualquier clase, civil, penal, administrativa, tiene derecho a estar asistida durante el interrogatorio por un abogado. Este principio se encuentra contenido en nuestra constitución.

⁶⁸ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Ob. Cit. Pág. 162



✓ **Limitación al Derecho a la Libertad Personal**

Este principio establece el derecho de toda persona a no ser privada de su libertad sino en la forma y bajo las condiciones que la ley establece. Estas condiciones contienen formalidades que deben ser estrictamente cumplidas. Por lo dicho el Dr. Zavala explica que solo existe un presupuesto para enervar el derecho a la libertad personal, cual es al comisión de una infracción que, como en su oportunidad explicamos, debe estar previamente prevista en la ley penal (principio de legalidad). Pero además, se debe destacar que, cometida la infracción penal, se exige también el cumplimiento de estrictas formalidades para que se procedentemente jurídica la privación de la libertad individual.

✓ **Limite Temporal de la Prisión Preventiva**

Zavala señala que uno de los problemas sociales más digno de atención ha sido y es el hecho cruel de la prisión preventiva perpetua o indefinida. Este principio para evitar este hecho busca principalmente fijar límites a dicha prisión preventiva, ya que este problema se ve reflejado en el sistema penitenciario nacional donde muchos de los internos se encuentran detenidos por mucho tiempo, sin ni siquiera contar con una sentencia en su contra. Este principio a mi modo de ver debería ser de mucho interés social ya que las personas que se encuentran detenidas son seres humanos, que tienen familias y además necesidades básicas. Este tema también ha sido de mucha preocupación para la Comunidad Internacional, quienes consideran que debe existir un plazo razonable para la prisión preventiva.

✓ **El Derecho a no Testimoniar en Perjuicio**

Este principio es muy importante para los procesos penales, ya que se le da a la persona sobre la cual recae el proceso es decir el acusado, la posibilidad de ejercer esta garantía constitucional, donde se prevé que



nadie podrá ser obligado a declarar contra el mismo. Con esto se evitan las torturas y maltratos usados tiempos atrás por los sistemas de justicia para obtener la prueba de culpabilidad del acusado. Es por esto que tanto las normas internacionales como nacionales acogen este principio declarando que las declaraciones del acusado deberán ser rendidas ante un juez competente y en la actual constitución se suma la palabra “imparcial”, es decir sin preferencias por las partes.

✓ **Idioma del Acusado**

En este caso la Constitución al declarar al país como una nación pluricultural y multiétnica, acoge la idea de que se respetaran todas las lenguas habladas en la nación, señalando además que el castellano será la lengua oficial. Tomando en cuenta lo dicho, y en el hecho de que una persona sea no hable el idioma castellano, por cualquier razón, y sea además el sujeto pasivo de algún proceso, los administradores de justicia están obligados a informar a dicha persona en el idioma que tenga, las acciones y procedimientos que se han iniciado en su contra. Por lo cual y tal como lo dice Zavala⁶⁹ se garantiza el derecho a la tutela jurídica sin discriminación alguna y, a la vez, se garantiza el derecho a la defensa. Además añade que el Abogado que nombre el acusado, o el que fuere nombrado por el Estado, en su caso, debe hablar, además del idioma castellano, el idioma de aquel al que va a representar judicialmente para que la defensa sea idónea.

✓ **El Principio “Non Bis In Idem”**

Tal como lo dice la Constitución este principio señala que: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este

⁶⁹ Ídem.

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



efecto”⁷⁰. Según esto, ninguna persona podrá ser sometida dos veces a un mismo juicio o por una misma causa, de cualquier clase que sea. La doctrina establece y según lo dicho por el Dr. Zavala que al hacer uso de este principio constitucional que estamos analizando de la palabra “causa” no expresa lo que realmente quiere establecer como mandato imperativo. Pensamos que debió decirse “por el mismo hecho” y no “por la misma causa”, pues, en realidad, lo que se juzga, lo que es objeto del proceso es el hecho; lo que pasa en autoridad de cosa juzgada es el hecho; no la “causa”.

✓ **Validez de la Prueba**

Este principio señalado por la Constitución al establecer “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”, es objeto de muchos análisis a nivel internacional y en el efecto a nivel de nuestra legislación nacional. Considero que es un principio de trascendental importancia, que me permitiré explicar más adelante en el Capítulo V de la presente investigación ya que forma parte del tema mismo de esta tesina. Sin embargo señalaré lo citado por el Dr. Zavala al decir que “Por lo tanto, en el caso de nuestro estudio, se enerva el principio por el cual un acto viciado es eficaz hasta tanto no haya sido declarado expresamente sin eficacia jurídica en providencia expresa de nulidad. En el mandato constitucional de nuestro examen se proclama intrínsecamente la nulidad, esto es, la ineficacia jurídica ipso jure de la prueba obtenida y actuada en contra de los principios del debido proceso”⁷¹.

➤ **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES LEGALES**

⁷⁰ Constitución de la República del Ecuador.

⁷¹ ZAVALA Baquerizo, Jorge. El Debido Proceso Penal. Pág. 248
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



✓ **El Juicio Previo Legal**

Este principio se encuentra contenido en el Art. 1 del Código de Procedimiento Penal el cual expresa lo siguiente: “Nadie puede ser penado sino mediante una sentencia ejecutoriada, dictada luego de haberse probado los hechos y declarado la responsabilidad del imputado en un juicio, sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República y las garantías previstas para las personas y de los derechos del imputado y de las víctimas”⁷². Este principio contenido en el Proceso Penal que garantiza a las personas el derecho a un juicio previo legal, es decir que establece que antes del cumplimiento de una pena debe existir una sentencia ejecutoriada, que debe haber sido dictada luego de cumplir con todos los preceptos y condiciones legales, y más que nada luego de haberse comprobado la responsabilidad del imputado en el juicio. Este principio es muy importante ya que este juicio previo debe abarcar todo el debido procedimiento contenido en la ley.

✓ **Principio de Legalidad Procesal**

Este principio retoma los preceptos del principio de legalidad, pero esta vez se encamina hacia el proceso, es decir que garantiza un proceso legal, en el cual se cumplan todas las especificaciones de la ley, como normas sobre leyes procesales posteriores, cuando son más favorables, tienen efecto retroactivo. Según lo explica Zavala, cuando ya se ha iniciado un proceso penal de acuerdo con la ley de procedimiento vigente al momento de la comisión del delito que es objeto de dicho proceso penal y luego se pone en vigencia una nueva ley de procedimiento penal más rigurosa que deroga a la anterior, la nueva ley sólo deberá tener vigencia para el futuro, esto es, sólo debe ser aplicada a los procesos penales que se inicien con

⁷² Código de Procedimiento penal. Art. 1
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



posterioridad a la vigencia de la nueva ley, pero no podrá tener efecto retroactivo para aprehender a los procesos que se hubieran iniciado con anterioridad a la nueva ley más rigurosa que la anterior.

✓ **Perfeccionamiento del Proceso**

Tomando como referencia lo dicho por el Dr. Zavala⁷³, quien expresa que: El proceso penal se inicia porque se ha cometido una infracción penal para imponer la pena a quien es declarado responsable de dicha infracción. De lo que se infiere que la infracción es el presupuesto necesario para la iniciación del proceso penal y, a su vez, el objeto del mismo. Ningún proceso penal se inicia para declarar inocente a una persona. Si se inicia el proceso penal por la comisión de una infracción es lógico y jurídico que tiene como finalidad inmediata la imposición de la pena las personas que son declaradas responsables de tal infracción. Ahora bien, el proceso penal se inicia y se desarrolla de manera continuada y progresiva y concluye luego de recorrer diversas etapas, cada una de las cuales tiene sus propios fines y se estructuran a través de actos procesales que son llevados al proceso de acuerdo a las normas de procedimiento previamente establecidas. Más adelante señala que lo importante de la disposición legal que comentamos radica en que el debido proceso sólo es tal cuando tanto en su iniciación, como en su desarrollo y conclusión, se cumplen rigurosamente con los principios y normas constitucionales, internacionales y legales previstas para garantizar la seguridad jurídica y el amparo jurisdiccional de las personas inmersas en un proceso penal. No se puede iniciar el proceso penal al capricho de un juez o de un fiscal. Como tampoco se puede concluir el proceso a voluntad arbitraria del juez que lo tramita. Sólo la ley es la que señala al juez el momento en que debe iniciar un

⁷³ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Ob. Cit. Pág. 269

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



proceso penal, las causas por lo cual lo debe iniciar y el momento, y la forma cómo debe concluirlo, así como los casos por los cuales debe terminarlo.

✓ **Inviolabilidad de la Defensa Restrictiva**

La defensa es un derecho constitucional garantizado tanto por esta norma suprema como por la legislación internacional, al hablar de defensa restrictiva, se entiende por la misma el derecho que ejerce el demandado en un proceso civil, o el acusado en un proceso penal, para oponerse a las pretensiones de los demandantes o de los acusadores, respectivamente. Al establecer el Código de Procedimiento Penal que la defensa es inviolable, se incluye la defensa restrictiva.

✓ **Información al Acusado**

Mediante este principio se garantiza al acusado el derecho a que toda autoridad que intervenga en el proceso vele para que el imputado conozca, inmediatamente, los derechos que la Constitución Política de la República y este Código le reconocen. Este principio lo tiene toda persona y lo puede ejercer desde el momento mismo en que se inicia un proceso o investigación en su contra, y corresponde a las autoridades de manera obligatoria brindar dicha información al acusado.

✓ **Igualdad Procesal**

Este principio es más que nada como uno de los derechos garantizados y reconocidos por el Estado, el cual establece que todas las personas son iguales ante la ley. Ahora, en el sentido de la igualdad procesal, este principio es entendido como que dentro de un proceso todos los sujetos o partes procesales gozarán también de dicha igualdad y así como la ley misma lo dice al establecer que las autoridades deben ser imparciales.



➤ **PRINCIPIOS PROCESALES**

✓ **Necesidad del Debido Proceso Previo**

Este principio contenido dentro del Derecho Procesal Penal, toma referencia de la norma que garantiza el Juicio Previo, además del principio constitucional de legalidad, ya que establece la exigencia del indispensable juicio previo legal como una manera de limitar el poder de penar que tiene el Estado, el cual necesita de los órganos jurisdiccionales penales para que sean los encargados de formar el proceso a través del cual se va a juzgar a una persona, tal como lo dice Zavala⁷⁴. Este proceso determina la necesidad de que se respeten las Garantías Constitucionales del Debido Proceso, además de los principios del Derecho Procesal Penal, y que todos los procesos sean llevados bajo las condiciones y preceptos de la ley.

✓ **Principio de Oficialidad**

El Dr. Zavala expresa que, para el cumplimiento de los fines inmediatos y mediatos del proceso penal la investigación en relación con el objeto y los sujetos del proceso penal debe ser amplia y universal. El juez debe tener la capacidad para orientar y ordenar la investigación sin necesidad de estímulo alguno. Al efecto Zavala cita la disposición contenida en el Código de Procedimiento Penal, en el cual se establece: “El proceso penal será impulsado por el fiscal y el Juez sin perjuicio de gestión de parte”.

✓ **Principio de Investigación Integral de la Verdad**

El fin de todo proceso penal es el descubrimiento de la verdad histórica de un hecho. Es por esto que este principio trascendental para el ejercicio del Derecho y para cumplir con las garantías constitucionales debe ser correctamente ejercido por el Estado. La verdad, es la causa eficiente de la actividad humana, más que la causa final. Por lo tanto el deber de los

⁷⁴ Ídem

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



fiscales así como de los jueces es encontrar esa verdad histórica de los sucesos, y más que nada del hecho por el cual se inició el proceso motivo de la investigación. Muchos autores, y la doctrina misma habla de los medios de prueba como instrumentos para llegar a dicha verdad, y en lo principal dentro de los principios rectores de la prueba se encuentra este mismo principio de la Investigación Integral de la Verdad, por lo tanto el sistema mixto ecuatoriano ha fijado ciertos principios auxiliares para encontrar dicha verdad histórica. Entre los principios auxiliares se encuentran principalmente los principios rectores de la prueba, como el de la oralidad, inmediación, contradictorio etc. Todos estos con el fin de dar a los jueces el medio necesario para determinar lo que realmente sucedió en un determinado hecho.

✓ **Principio de Personalidad del Justiciable**

Zavala expresa que: “Toda persona que es objeto de una investigación de carácter penal hasta el momento en que es sujeto pasivo de un proceso penal está amparada por una serie de derecho que le Estado garantiza constitucional y legalmente”. Más adelante agrega que los derechos de la persona enfrentada con la investigación policial o procesal no pueden ser conculcados y sólo en casos expresamente señalados por la ley pueden ser limitados, como la limitación al derecho a la libertad individual, o la limitación de la propiedad, siempre que se cumplan con los presupuestos y requisitos exigidos legalmente.

✚ **PRINCIPIOS IMPORTANTES ESTABLECIDOS POR LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE EL DEBIDO PROCESO**

El Debido Proceso defiende un conjunto de derechos, que se encuentran contenidos tanto en las Constituciones de los Estados, así como en la misma



normativa internacional. A manera de resumen, señalaré los más importantes y destacados de esta normativa internacional.

➤ ***El Principio de Legalidad (Nullum crimen sine ledge)***

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana reafirman el principio de legalidad en términos sustancialmente idénticos, estableciendo que: “Nadie será condenado por actos y omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos (...)”. En contraste, el artículo XXV de la Declaración Americana prohíbe la privación de libertad por motivos y procedimientos “no establecidos por leyes preexistentes”. La formulación empleada por la Declaración Americana es más amplia, en el sentido de que se aplica a toda privación de la libertad, sea por razones de índole penal u otra, mientras que la fórmula empleada por los demás instrumentos se aplica a toda “condena”, aún cuando la pena no sea privativa de la libertad.

➤ ***El principio de presunción de inocencia***

El principio de presunción de inocencia tiene tres dimensiones distintas. Una se refiere a la manera en la que se determina la responsabilidad penal, y en particular la carga de la prueba. Otra concierne a la imputación de responsabilidad penal o participación en hechos delictivos a un individuo que no ha sido juzgado. La tercera consiste en algunos corolarios relativos al trato de personas bajo investigación por un delito y aprehendidas sin condena.

El principio de inocencia construye una presunción a favor del acusado de un delito, según la cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad mediante una sentencia firme. De este modo, para establecer la responsabilidad penal de un imputado, el Estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable.



➤ ***El derecho al tiempo y los medios necesarios para preparar la defensa***

Este principio incluye el derecho a ser informado acerca de los cargos sobre los cuales se acusa a una persona, con esto se pretende que exista una igualdad de posibilidades para ambas partes. Además de que se promueve que durante el proceso las partes tengan el tiempo y la accesibilidad a los medios necesario para fundamentar sus alegatos.

➤ ***Principio de contradicción***

Mediante este principio se da la facultad a las partes para presentar pruebas, y además contradecir las pruebas que presente la parte contraria. En el caso de los testigos, la jurisprudencia universal sobre este derecho es condicionada por la doctrina que considera que el Estado normalmente no tiene responsabilidad por las decisiones del abogado.

➤ ***Derecho a un proceso justo***

Este derecho es una garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos internacionalmente, debido a que presenta un límite al abuso de poder por parte de los Estados.

➤ ***Principio de igualdad de las partes***

El principio contradictorio de igualdad de las partes es de fundamental importancia.

Ya que mediante este principio se busca la imparcialidad de los administradores de justicia, además de promover la igualdad de todas las personas ante la Ley, y en este caso la igualdad de las partes en el proceso.

➤ ***Principio de Publicidad***



Todo proceso penal debe ser público. La publicidad del proceso está consagrada tanto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por el PIDCP, como por la Declaración y Convención Americanas. Los dos primeros instrumentos reconocen este principio como aplicable a todo proceso judicial, mientras que los instrumentos regionales lo limitan a los procesos penales.

Según lo declarado por el Comité de Derechos Humanos, el derecho de toda persona a ser oída públicamente conlleva la obligación positiva de “facilitar al público información sobre la fecha y lugar de la vista oral y disponer de medios adecuados para la asistencia de miembros del público, dentro de límites razonables”, según la jurisprudencia del Comité.

➤ ***La exclusión de declaraciones y confesiones involuntarias***

Se consagra el derecho de toda persona acusada de un delito “a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.

➤ ***El derecho a contar con un defensor***

Este principio, el derecho de tener un defensor de oficio no comprende “el derecho a elegir al defensor que se le asigne”, no obstante, puede producirse una violación de este derecho cuando el tribunal continúa acreditando a un defensor de oficio, a pesar de que el acusado ha indicado que no lo acepta como su representante, ni le ha dado instrucciones, ni ha hecho lo necesario para obtener los servicios de otro defensor.



CAPITULO III



CAPITULO III

LA PRUEBA

✚ GENERALIDADES

La prueba en todas las épocas ha desempeñado un papel de indiscutible trascendencia dentro de las relaciones jurídicas de los pueblos y ha ido evolucionando a través del tiempo. El derecho no puede subsistir sin ella, ya que es transcendental para ejercer los derechos de una persona.

Múltiples son las apreciaciones jurídicas que surgen en torno a la prueba tanto al nivel del Derecho Nacional como extranjero, más en Ecuador el conocimiento jurídico de la prueba se ha visto atemperado a su utilidad práctica, por lo que la praxis de la prueba domina el escenario académico de su estudio en nuestro país, sabemos de su jerarquía, de su influencia procesal, de sus ventajas y beneficios en la forma y el método de introducirla en la litigación oral ante los tribunales penales.

Prueba es el camino para el esclarecimiento de la verdad. A través de ella se puede demostrar la certeza sobre la existencia de un hecho o sobre la veracidad de un juicio.

✚ HISTORIA DE LA PRUEBA

Desde antaño, en el Derecho Romano, se estableció el concepto de prueba, partiendo de los distintos medios existentes para demostrar algo. Así, la acepción primaria de la prueba consistió en hacer alusión al conjunto de recursos utilizados



para la comprobación de un hecho. En esa época, la legislación llegó a contemplar cuatro medios probatorios. Ellos son:

- ***La confesión del adversario***
- ***La prueba de testigos***
- ***La prueba conjetural o de presunción***
- ***La prueba escrita o documental***

El Dr. Eugenio Florián en su obra “De las pruebas penales”, y refiriéndose a su origen nos dice: “Reuniendo idealmente los momentos generales sintomáticos que nos pueden suministrar los testimonios históricos, las formas arcaicas de las pruebas se nos presentan impregnadas de superstición mística o religiosa. Los pueblos primitivos, rudos e inexpertos, desconocedores de las causas de los fenómenos naturales y de los hechos humanos, no podían explicarse el terrible problema del delito, ni vencer las dificultades de comprobar las causas y de descubrir el significado de la delincuencia ni a los reos, problema y dificultades que, si son grandes en nuestros días, en esos tiempos remotísimos debían aparecer como insuperables. Por lo tanto, se inclinaban o, mejor, se veían llevados a buscar fuera del hombre, en una potencia suprema, alguna solución, en medio de extraordinario estupor.

Cita más adelante: “Dios, según la creencia candorosa de estos pueblos primitivos, al participar en esa lucha terrena de las pruebas, ayudaba al inocente; era como un vínculo secreto que unía al individuo con la divinidad.

“En el régimen de los juicios de Dios y del juramento, el individuo frente al cual se toma la prueba es factor decisivo a lo menos preponderante; este fenómeno se desarrolla paralelamente y se combina con la reacción penal individual. Sin embargo, a medida que el Estado afirma su propia acción tanto en amplitud como en profundidad dentro del conglomerado social, las pruebas se alejan del individuo



y en esa forma del sentimiento de superstición individual, para aproximarse al sentimiento social del Estado, cuya intervención se hace cada vez más eficiente. El motivo psicológico, aunque desemboque en aplicaciones humanas, es siempre uno mismo: la dificultad de la prueba, la insuficiencia intelectual del hombre para llegar a ella. Para remediar las deficiencias no se invoca ya el auxilio de la divinidad, sino que se apela al Estado, y ya no tiene valor en este caso el sentimiento individual de la superstición, sino el sentimiento social de la colectividad organizada. Y entonces surge la ley y establece cuáles deberán ser las pruebas, tanto para cada uno de los delitos en particular como para los juicios, y determina la calidad y el grado de prueba que ha de requerirse. El juez, en los casos particulares, no es el juez en concreto, sino la ley en general y para todos los casos. Así tenemos la fase de la prueba legal, que en cierto momento se hace imperativa y severa, casi en todos los pueblos. Esta fase se presenta muy a menudo en un clima político de despotismo y de tiranía, hasta el punto de que la tortura fue asidua y triste compañía de las pruebas legales, a causa de la falaz esperanza de arrancar, por medio de tormentos, al acusado y a los testigos, la confesión y también el testimonio, que se suponían verdaderos. En esta fase al juez le falta la libertad judicial, como les falta al pueblo y al ciudadano la libertad política. Naturalmente, solo son posibles entonces las pruebas que por su índole admiten una reglamentación previa. De esta suerte, en la realidad histórica, dentro del régimen de las pruebas legales, las pruebas fundamentalmente empleadas, acaso las únicas, fueron la confesión y el testimonio, que entonces llegaron a su apogeo, porque su estructura se prestaba más a la previa reglamentación legal. La tercera fase se funda en el libre convencimiento, símbolo y cifra de la reivindicación integral de la potestad individual en el campo de las pruebas. Es la aplicación del principio de libertad lo que humaniza la prueba y la hace útil y adecuada a la alta función social del juicio penal. Este sistema corresponde políticamente a los



regímenes democráticos, y psicológicamente a los pueblos avanzados y acostumbrados a razonar. Por último, una cuarta fase se bosqueja en el horizonte; según ella, las pruebas deben sustraerse al fácil empirismo de la investigación común y deben ser orientadas por los métodos que las renovadas ciencias criminológicas han indicado o van descubriendo, en lo que respecta al hombre (acusado o testigos) y a los acontecimientos y objetos materiales. En esta forma, la prueba no solo se presenta impregnada de espíritu social, sino también basada sobre principios científico-técnicos. Es la fase que FERRI denominó científica, y que quizá con mejor acuerdo debería llamarse técnica”⁷⁵.

CONCEPTOS DOCTRINALES DE LA PRUEBA

Existen muchos autores que definen la prueba según varias perspectivas, es por eso que recogeré algunos que según mi criterio son los más destacados.

Desde el punto de vista lexicográfico, *la prueba es entendida como aquella actividad procesal tendiente a determinar en un juicio la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica, ya sea en la esfera de lo positivo, o bien en el ámbito de lo negativo*⁷⁶.

En el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas se dice que “*prueba es la demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho*”.

El Dr. Vaca Andrade afirma que *la prueba es la demostración de una proposición, y por ello los romanos definieron a la prueba como la averiguación de algo dudoso mediante la producción de elementos de convicción que propone el litigante ante el juez de la causa y que son propios para justificar los hechos alegados. Probar, en términos del Derecho Procesal Penal, es demostrar legalmente la existencia de un*

⁷⁵ FLORIÁN, Eugenio. “De las Pruebas Penales”. Tomo I. TEMIS. Tercera Edición. Bogotá-Colombia 1990.

⁷⁶ www.wikipedia.com



hecho delictivo y la responsabilidad de aquel a quien se lo atribuye para que el Juez Penal alcance la verdad y con certeza resuelva un asunto sometido a su conocimiento.

Según el Dr. Vaca Andrade, *“por medio de la prueba se confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente relacionada con la existencia de la infracción y la responsabilidad de los imputados”*⁷⁷.

Según lo estableció Francisco Carrara, *la prueba es todo lo que sirva para dar certeza acerca de la verdad de una proposición*⁷⁸.

La prueba, es la comprobación de lo que supuestamente es verdadero y se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o no de este hecho. La prueba es el medio encaminado hacia un fin, y este medio puede ser completo o incompleto que para el efecto de la prueba testimonial puede ser verdadero, casi verdadero o falso.

Es un instrumento o acto que sirve en un proceso para declarar un derecho.

El Dr. Florián define a la prueba así: *“prueba, quiere decir, a un mismo tiempo, todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa, y en sentido más amplio y haciendo abstracción de las fuentes, significa el conjunto de motivos que nos suministran ese conocimiento. La primera es una concepción subjetiva y la segunda es objetiva.*

Ricardo H. Levene, define a la prueba como *“el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión de un litigio sometido al proceso”*⁷⁹.

⁷⁷ VACA Andrade, Ricardo. “Manual de Derecho Procesal Penal”, Volumen II. Corporación de Estudios y Publicaciones. Ecuador-2003.

⁷⁸ CARRARA, Francisco.

⁷⁹ Manual de Derecho Procesal Penal, pag.323.



El Código de Procedimiento Penal en su Art. 79 establece lo siguiente: “Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces penales. Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio”⁸⁰.

IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

La prueba como institución jurídica ineludible en el proceso judicial resulta importante desde que está orientada a todos los hechos principales o accesorios en concreto previamente descritos por la ley, según sea el objeto del proceso que se desea probar. Pero en general siempre tiene una misma finalidad, en cualquiera de los campos del derecho, de allí que su objeto debe estar enmarcado al hecho. La mayoría de autores coinciden que existe una identidad de objeto de la prueba, y el *thema probandum*, ya que en el proceso penal si el objetivo de la prueba es el hecho que es materia del proceso (delito) ese es también el *thema probandum*. Sin embargo, no faltan algunos autores que hacen algunas diferencias, “señalando que el objeto de la prueba es lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que recae la prueba en cambio lo segundo es lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria esto es sobre los hechos sobre los que versa el debate”.

FINALIDAD DE LA PRUEBA

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Según el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, la finalidad de la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado.

⁸⁰ Código de Procedimiento Penal.



➤ **DOCTRINA**

La prueba tiene la finalidad de proporcionar al juez o tribunal el convencimiento necesario para tomar una decisión acerca del litigio.

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, expone que la finalidad de la prueba es llevar al juez la convicción sobre la realización de un hecho y al conocimiento cierto sobre la intervención de una persona plenamente individualizada en un hecho previsto como delito⁸¹.

✚ **PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRUEBA**

El Dr. Ricardo Vaca Andrade en su libro Manual de Derecho Procesal Penal⁸² clasifica como principios rectores de la prueba los siguientes:

➤ **Principio de necesidad**

Código de Procedimiento Penal

Es indispensable buscar la prueba de todos y cada uno de los elementos constitutivos del delito y de la responsabilidad penal. El artículo 85 que se refiere a la finalidad de la prueba, dice: “*La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado*”, por lo que es importante recordar que son elementos del delito, los siguientes: acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Doctrina

La prueba debe establecer oficialmente la existencia o inexistencia de la infracción, y así como el acusador debe encaminar su participación dentro del proceso a

⁸¹ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. EDINO. Año 2004.

⁸² VACA Andrade, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal.

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



demostrar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del imputado o acusado.

➤ **Principio de inmediación**

Doctrina

Los jueces, es decir, quienes van a terminar condenando o absolviendo deben apreciar y evaluar personal y directamente la prueba que se les presenta, tanto por parte de la acusación o el Fiscal, como por parte de la defensa. El Art. 253, que tiene por epígrafe “inmediación”, nada tiene que ver con este principio probatorio como fácilmente se aprecia del texto legal, en el que se dispone que el Juicio deba realizarse con la presencia ininterrumpida de los jueces y las partes. La doctrina y la ley consideran conveniente que la prueba sea presentada por las partes directamente a los jueces, en nuestro caso a los que integran el Tribunal Penal, y a los jueces penales, en su caso, en virtud de que son ellos los que van a declarar en derecho, en suma, la aplicación o no de la ley penal a una situación concreta. Sólo así el Tribunal estará en capacidad de saber con certeza todo cuanto ha acontecido en relación al ilícito penal que se juzga; y, de ser el caso, declarará la responsabilidad o no del supuesto infractor.

En definitiva, guste o no, en el nuevo sistema procesal penal que desarrolla el CPP del año 2000, la inmediación probatoria se dará primero con el Juez Penal, quien debe emitir su pronunciamiento al resolver la etapa intermedia y dictar el auto resolutorio después de haber escuchado a las partes en la audiencia preliminar; y, luego con el Tribunal Penal en la etapa de Juicio, cuando dicte sentencia, como culminación de la audiencia de juzgamiento. De haberse interpuesto recurso de casación, corresponderá a la sala de lo penal de la Corte Suprema, pronunciarse sobre los puntos concretos impugnados en la sentencia recurrida, luego de escuchar las alegaciones de los abogados.



➤ **Principio de oficialidad**

Doctrina

Tratándose de delitos de acción pública el impulso del proceso corresponde fundamentalmente al Fiscal porque a él le corresponde, exclusivamente la acción pública, entonces, de él debe emanar la disposición de que se practiquen investigaciones, principalmente a cargo de la Policía Judicial y de los peritos que fueren necesarios.

En los delitos de acción privada la carga de la prueba recae directamente sobre el Acusador Particular, quien debe probar que se cometió el delito y que el acusado es responsable de él. A él le corresponde probar tanto lo uno como lo otro.

➤ **Principio de Legalidad**

Código de Procedimiento Penal

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

Doctrina

La producción de la prueba está sujeta a medios y formalidades previstos en la Ley, esto significa que los medios probatorios tienen que ser introducidos al proceso respetando las normas constitucionales y legales, por disposición del Órgano Jurisdiccional correspondiente, es decir, del Juez Penal o del Tribunal penal, por

⁸³ Código de Procedimiento Penal

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



pedido de algún sujeto procesal, cumpliéndose estrictamente las formalidades previstas en la Ley. Sólo las actuaciones cumplidas de esta forma pueden tener plena validez probatoria dentro del proceso penal.

➤ **Principio de contradicción**

Código de Procedimiento Penal

El nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, implementado en el Ecuador desde el mes de marzo del año 2009, plantea lo siguiente en cuanto a este principio: “Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. El juez resolverá en base a los argumentos y elementos de convicción aportados. El juez carecerá de iniciativa procesal”⁸⁴.

Doctrina

El principio de contradicción es uno de los principios de Derecho Procesal, que puede tener más o menos fuerza en función de la legislación procesal de cada ordenamiento jurídico y de la materia sobre la que verse el litigio.

El principio de contradicción es establecido como una garantía que, sí se encuentra recogida, explícitamente en normas tales como los artículos 8.2 f) de la Convención Americana y 14.3 e) del Pacto. En esta garantía importa la posibilidad de las partes, para controvertir la información que presente la contraparte⁸⁵.

El Dr. Ricardo Vaca Andrade en su Manual de Derecho Procesal Penal, considera que los actos de prueba tienen que notificarse a las partes antes de su realización, lo cual coincide con el, ya que esto consiste en una de las formalidades de la práctica procesal penal aplicada en los juzgados, en la cual se establece que todas

⁸⁴ Código de Procedimiento Penal

⁸⁵ BAYTELMAN Andrés, y Duce Mauricio, “Litigación Oral y Juicio Oral”.

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



las partes deben ser notificadas e informadas acerca de los actos de prueba que se solicitan esto previamente a su realización⁸⁶.

Además establece que este principio de contradicción se refiere a la necesidad de que todos los actos probatorios sean introducidos en el proceso con pleno conocimiento de las partes que intervienen en la contienda judicial penal; el imputado, el Fiscal, el defensor del imputado, el acusado y el acusador particular, si hubiere.

Este principio, entonces, supone la necesidad de que las otras partes tengan la oportunidad procesal de conocer, discutir y rebatir las pruebas, por lo tanto la prueba secreta o unilateralmente actuada no es válida por falta de notificación oportuna.

➤ **Principio de pertinencia:**

Doctrina

La doctrina considera que el dato o evidencia que se pretenda introducir en el proceso con valor probatorio debe estar relacionado con los objetivos que pretende alcanzar en cada una de las etapas del proceso en que se pueden cumplir diligencias probatorias; y, de manera concreta, con la existencia del delito, la participación de los involucrados, y el grado de responsabilidad de los mismos a efecto de graduar las penas. En consecuencia, todas aquellas diligencias que no estén vinculadas con estos propósitos específicos son impertinentes.

La doctrina establece que son hechos jurídicos, todo lo que represente una actividad humana; los fenómenos de la naturaleza; cualquier cosa u objeto material; los seres vivos, en fin, todas aquellas circunstancias, que al dejar huella de su existencia en el mundo material, son susceptibles de demostrarse.

⁸⁶ VACA Andrade, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal.
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



Por su parte, las pruebas son los instrumentos a través de los cuales las partes en un proceso pretenden evidenciar la existencia de los hechos que constituyen el fundamento de sus acciones o excepciones según sea el caso.

Según la opinión del procesalista Hernando Devis Echandía, en su libro de Teoría General de la Prueba Tomo I, página 133, sobre la pertinencia o idoneidad de la prueba, explica lo siguiente: “Puede decirse que este representa una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que 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 si mismos o que por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos, y aparezcan claramente improcedentes o inidóneos”⁸⁷.

En conclusión debe existir relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba introducido para cumplir dicho fin.

➤ **Otros principios:**

✓ ***Principio de unidad de la prueba***

“La prueba, siendo múltiple y por provenir de distintos sujetos procesales, cada uno de los cuales persigue un fin determinado, debe ser analizado por el juzgador como una unidad en relación con el fin específico de cada procesos penal”⁸⁸.

✓ ***Principio de comunidad de la prueba***

En el momento en que la prueba es incorporada al proceso, pasa a ser de utilidad común de las partes.

✓ ***Principio de interés público***

⁸⁷ ECHANDÍA Devís, Hernándo. Teoría General de la Prueba. Tomo I.

⁸⁸ VACA Andrade, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



El Dr. Vaca Andrade, al referirse a este principio dice lo siguiente: “La prueba que forma parte del proceso penal busca la correcta administración de justicia, el esclarecimiento de los hechos, el descubrimiento total y no únicamente a una de las partes involucradas.

✓ ***Principio de lealtad y veracidad***

Como ya lo mencione líneas atrás la prueba es el medio por el cual se descubre la verdad o falsedad de un hecho, por lo tanto debe evitarse el engaño y el uso de pruebas falsas, el sistema de justicia nacional busca efectivamente eso ejercer justicia, por lo tanto corresponde a los abogados actuar con total veracidad tanto ética como profesionalmente, en cuanto a la presentación de pruebas.

✚ **OBJETO DE LA PRUEBA**

➤ ***Código de Procedimiento Penal***

La reciente reforma del mes de marzo del año 2009, del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, en lo referente al objeto de la prueba, determina lo siguiente: “Se pueden probar todos los hechos y circunstancias de interés para el caso. Las partes procesales tienen libertad para investigar y practicar pruebas siempre y cuando no contravengan la Ley y derecho de las personas”⁸⁹.

➤ ***Doctrina***

El profesor mejicano Javier Piña Palacios, citado en la obra del Dr. Vaca⁹⁰ dice que “al utilizarse el medio de prueba (que es un instrumento) se puede llegar o no a tener probado el hecho”, es decir mediante los diferentes medios de prueba se puede llegar a determinar la verdad de un hecho.

⁸⁹ Código de Procedimiento Penal

⁹⁰ VACA Andrade, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal.

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



Por lo tanto, el objeto de la prueba es aquello sobre lo que el juez debe adquirir el conocimiento necesario para resolver la cuestión sometida a su examen, en fin encontrar la verdad en la unidad del proceso.

En conclusión, mediante la prueba el juez debe llegar a tener el conocimiento necesario para poder saber lo que aconteció y así resolver de manera acertada si se ha cometido un delito o no, y si el imputado es o no de la conducta delictiva que se le imputa.

Como dice el citado Dr. Vaca, el objeto es aquello susceptible de ser probado; aquello sobre lo que se debe o puede recaer la prueba.

Según Jorge Zavala Baquerizo⁹¹, *“el objeto de la prueba está dado por todos los hechos que son necesarios para llevar al proceso la actualización integral de la infracción (sus circunstancias principales y accesorias y sus autores. Se refiere el objeto de la prueba tanto a la infracción en sí, como a los responsables; tanto a las circunstancias anteriores como a las concomitantes y posteriores al hecho que se investiga. Todo ello es objeto de la prueba y llevar todas esas circunstancias al proceso es el fin del acto procesal del medio de prueba respectivo”*.

LA PRUEBA COMO MEDIO PARA DEMOSTRAR LA VERDAD

Tomando como extracto del libro del Dr. Walter Guerrero, quien señala y cita lo siguiente en cuento a la prueba como medio para demostrar la verdad: *“el profesor colombiano Hernando Devis Echandía, citado por el tratadista mexicano Ignacio Medina Lima, resume el dilema de la prueba en el campo legal y manifiesta que la teoría de la verificación de la verdad de los hechos como fin de la prueba ha sido abandonada por la mayoría de los autores, según ya lo hemos indicado. Se observa, con razón que la verdad es la identidad del conocimiento o de la idea con*

⁹¹ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. P *Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal*



el objeto éste, vale decir, con la cosa o el hecho, adaequatio rei et mentis o adaequatio intellectus et rei. De manera que la verdad, como decía San Agustín, es la cosa misma: verum est quod est. Sin embargo, ella nos llega, bien directamente de la inteligencia, y en ese caso la llamamos metafísica, o a través de los sentidos propios o de los sentidos de terceros que nos la narran, y entonces se habla de verdad física e histórica respectivamente; pero en los tres casos existe la posibilidad del error, esto es, de la inadecuación del hecho con la idea o conocimiento que adquirimos de él. Las pruebas son los medios para llevar al juez, en el proceso, ese conocimiento, y por lo tanto, existe siempre la posibilidad de que a pesar de cumplir tal función no reproduzcan exactamente la verdad, sino apenas la idea deformada de ésta, aunque por ello no dejan de cumplir el fin a que están destinadas, permitirle al juez resolver el litigio o la petición del proceso voluntario, con arreglo a lo que considera es la verdad, o dicho de otra manera en virtud del convencimiento o la certeza (moral o legal según el sistema de apreciación que rija) que adquiera sobre los hechos⁹².

CARGA DE LA PRUEBA

Hernando Devis Echandía, dice respecto a la carga de la prueba lo siguiente: “la carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles hechos, entre lo que forman el tema de la prueba en el proceso, necesita cada una que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones (sin que se trate de una obligación o deber) y le dice al juez cómo debe fallar en caso de que esas pruebas fallen. Se trata, por lo tanto, de una noción que es subjetiva, porque contempla la situación que las partes tienen frente a cada hecho que requiera prueba (aunque ésta puede ser suministrada por la parte contraria o por el juez oficiosamente); pero que también es objetiva por cuanto es una regla de juicio que determina el

⁹² GUERRERO, Walter. La Prueba Penal.
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



sentido de la decisión cuando falta la prueba, además es concreta respecto de sus partes, ya que se refiere a hechos precisos, y es más singularizadora que la anterior, pues establece cuáles de los varios hechos que forman el tema de la prueba en el proceso interesa a cada parte que sean demostrados para que sirvan de base a sus pretensiones o excepciones; más es también abstracta respecto del juez, porque es una regla de juicio de alcance general sobre la manera como debe decidir el juez a falta de prueba y no un conjunto de reglas concretas para los diversos procesos”.

MOMENTO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

➤ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

El CPP, establece: *“Las pruebas dentro del proceso penal por delitos de acción pública, deben ser producidas durante el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, a excepción de las pruebas testimoniales urgentes que serán practicadas por los jueces penales”.*

“Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de la prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa de juicio”⁹³.

➤ DOCTRINA

El Dr. Walter Guerrero, en su libro “La prueba Penal” establece: “Sin prueba no hay acusación ni defensa. Generalmente, la prueba de cargo o de descargo no caen del cielo, tiene que buscarla y encontrarla el abogado, con una sola condición, que el profesional trabaje con la verdad y para la verdad. El abogado que lucha por la verdad cumple con los principios de éticos y morales de su noble profesión. Por lo

⁹³ Código de Procedimiento Pena. Art. 79.



tanto, centrando nuestro tema, tenemos que decir que uno de los aspectos más importantes del concepto general de la prueba, es el de la actividad probatoria. Cuando el representante del Ministerio Público, el acusador particular, el defensor de oficio y el sindicado o enjuiciado solicitan una declaración testimonial o presentan en el proceso un instrumento público, por ejemplo, realizan una actividad probatoria. Esta actividad puede provenir del propio juez de la causa, como cuando ordena la práctica de una inspección judicial antes o después del auto de instrucción”⁹⁴.

El Dr. Vaca Andrade, dice: “Pese a que el Art. 79 dispone que, por regla general, las pruebas deben ser producidas en la etapa del juicio, es decir ante los tribunales penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces penales, es indiscutible que existe contradicción entre el contenido del inciso primero de este artículo, y el segundo, en el que se expresa que las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio. Quienes somos abogados y hemos ejercido la profesión en el Ecuador, sabemos que todo lo que llega a formar parte de un expediente penal construido en forma lenta y tortuosa, finalmente es apreciado por el juzgador como prueba de cargo o de descargo, sea el acta de un simple reconocimiento o una declaración de un testigo presencial o referencial”⁹⁵.

El Dr. Vaca Andrade divide a la Actividad Probatoria en tres etapas, las cuales resumiré de la siguiente manera:

✓ **Proposición**

Respecto a la proposición establece que puede ser en primer lugar de oficio, es decir por intervención del Estado a través de los organismos competentes para

⁹⁴ GUERRERO V, Walter. Derecho Procesal Penal IV. La prueba Penal. Segunda Edición. Año 1991

⁹⁵ VACA Andrade, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



poner al descubierto la existencia del delito y la identidad de los responsables; y por iniciativa de la parte, es decir por cualquiera de las partes que forman el proceso penal, ya sea acusado, ofendido, etc.

✓ **Producción**

En cuanto a la producción, señala que ocurre cuando se cumple la diligencia que es el medio de prueba, posibilitado efectivo ingreso en el proceso del dato probatorio. Una vez que las partes principales del proceso han solicitado la práctica de diligencias probatorias, si el fiscal o el Juez de Garantías las consideran convenientes, oportunas, relevantes, pertinentes, por estar relacionadas con el objeto procesal, aceptarán la producción, es decir, ordenan que se practiquen las pruebas. La producción debe distinguir tres aspectos importantes: formalidades, realización y acta.

✓ **Evaluación y valoración**

En cuanto a la valoración la define así “es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba”. Este tema será analizado profundamente en el Capítulo IV de la presente investigación.

✚ **IMPORTANCIA DE LA CADENA DE CUSTODIA PARA LA VALIDEZ DE LAS PRUEBAS**

La cadena de custodia constituye un momento inicial de recolección de evidencias, que luego alcanzarán el valor de pruebas en el juicio, este momento incluye una serie de pasos tendientes a proteger la integridad de las evidencias, con el fin de no dañar ni estropear las huellas o vestigios encontrados en la escena del crimen, y por lo tanto conservar el valor probatorio de los mismos. Por todo ello es muy importante el papel que juega la Policía Judicial al recoger y proteger dichos elementos como huellas, instrumentos, en fin vestigios y evidencias que le permitirán al fiscal comprobar la existencia material de la infracción y por lo tanto la



responsabilidad penal de la misma, y de este modo emitir su dictamen para que así una vez llevado a juicio estas evidencias alcancen el valor de pruebas. Es muy importante recordar, que por muy bien hecha que este una investigación, sus resultados pueden ser impugnados en el juicio si las evidencias materiales no se recogieron o no se conservaron adecuadamente.

CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA SEGÚN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Según el Código de Procedimiento Penal en su Art. 89 establece lo siguiente: “*En materia penal las pruebas son materiales, testimoniales y documentales*”⁹⁶.

➤ **Prueba Material:**

Código de Procedimiento Penal

El Art. 91 del CPP, establece lo siguiente: “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 penales”.

✓ *Reconocimiento de la Prueba Material*

El Art. 92 establece: “*Si la infracción es de aquellas que, por su naturaleza, produce resultados visibles o deja vestigios, el fiscal o la Policía Judicial irá al lugar en que se la cometió para practicar el reconocimiento. El resultado, los vestigios, los objetos o los instrumentos de la infracción serán descritos prolijamente en el acta de reconocimiento y pasarán a custodia de la Policía Judicial. Si hay necesidad de pericia, se observarán además las reglas pertinentes.*”

⁹⁶ Código de Procedimiento Penal. Art.89

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



Si el fiscal, el juez o el tribunal lo juzgaren conveniente, podrán efectuar reconocimientos o inspecciones en secciones territoriales distintas a las de su jurisdicción.

Si han desaparecido los vestigios que debió dejar la infracción, o ésta se hubiese cometido de tal modo que no los dejare, el fiscal concurrirá al lugar de la infracción en unión de los peritos de la Policía Judicial y se dejará constancia en el acta de tal hecho”.

Doctrina

Algunos autores describen a la prueba material, como aquella prueba que puede ser observada, palpada, olfateada, y en fin aquellos vestigios que se pueden tocar u observar. El Dr. Guerrero⁹⁷ haciendo un análisis de la definición dada por el CPP, dice lo siguiente: entendemos el término resultado de la infracción como la procedencia directa e inmediata de la acción delictiva, en cuanto a los vestigios dice que son todos los rastros dejados por el delincuente y que pueden ser percibidos por el juez; en cuanto a los instrumentos determina que se refieren al “medio” utilizado para la ejecución del acto delictivo, y que pueden ser de muy variada naturaleza, material o inmaterial, concreto o abstracto, directo o indirecto, etc.

➤ **Prueba testimonial:**

Código de Procedimiento Penal

El Código de Procedimiento Penal no da una definición clara acerca de este tipo de prueba, sin embargo el art. 117 expresa lo siguiente: “La prueba testimonial se clasifica en testimonio propio, testimonio del ofendido, y testimonio del imputado”.

✓ **Testimonio propio:**

⁹⁷ GUERRERO, Walter. Ob. Cit. Pág. 79

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



El Art. 123 lo define como: Es el que rinde un tercero que no es parte en el proceso ni ofendido por la infracción.

✓ *Testimonio del ofendido:*

El Art. 140 establece que, cuando el ofendido haya presentado acusación particular, estará obligado a comparecer ante el tribunal penal, para rendir sus testimonio con juramento.

La declaración del ofendido por sí sola, no constituye prueba.

✓ *Testimonio del acusado:*

Sobre el testimonio del ofendido el Art. 143 define: El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el tribunal penal. Su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él.

Si así lo solicitare de manera expresa el acusado, su testimonio podrá prestarse bajo juramento.

En todo caso, antes de comenzar la declaración, se debe comunicar detalladamente al acusado el acto que se le atribuye, un resumen de los elementos de prueba existentes y del tipo de infracción que se le imputa.

Doctrina

El Dr. Guerrero en su libro, cita a Eugenio Florián, para subrayar la importancia histórica de la prueba testimonial, al efecto transcribe: “ésta es la prueba característica del proceso penal, desde los momentos en que todavía no había superado si quiera el incierto período de sus orígenes. La prueba testifical termina



con el duelo judicial, los juicios de Dios y más tarde incluso con el juramento del inculpado. Es el índice de la mayor civilización jurídica en materia probatoria”.

Según varios tratadistas, la prueba testimonial es la que más utiliza y más aprovecha el proceso penal, pues el testimonio es el modo más adecuado para recordar y reconstruir los acontecimientos humanos, es la prueba en la cual la investigación judicial se desenvuelve con mayor energía.

El Dr. Vaca Andrade⁹⁸, sobre la prueba testimonial expresa lo siguiente: *“Debido a que la palabra hablada es el medio de comunicación más frecuente entre las persona, se ha dicho que el testimonio es el medio de prueba más antiguo de la humanidad junto con la confesión, y por ello, el que más se utiliza y aprovecha dentro del proceso penal. Con el avance que ha experimentado la humanidad en cuanto a los medios de comunicación no ha desaparecido la eficacia conviccional ni se ha limitado el uso del testimonio. Con razón, la afirmación de BENTHAM de que los testigos son el ojo y el oído de la justicia, no ha perdido actualidad. Además, el testimonio es el modo más adecuado para reconstruir los acontecimientos humanos sobre la base de una recordación más o menos fidedigna de lo acontecido; por ello, es la prueba que se desenvuelve con mayor agilidad, con relativa facilidad, y hasta con excesiva frecuencia, de tal manera que en la actualidad resulta difícil encontrar un proceso penal en el que no existan testimonios.*

Más adelante al referirse sobre el concepto agrega la siguiente: *Testimonio es la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer por percepción de sus sentidos sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de estos, citando a C. NORES.*

⁹⁸ VACA Andrade, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal.
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



El mismo autor argentino, comenta Vaca, hace las siguientes precisiones sobre el testimonio y los testigos:

- a) Quien rinde el testimonio es el testigo, que es una persona física que tiene existencia real, es decir, que pueda percibir y transmitir sus percepciones.
- b) El testigo puede ser citado para que declare o puede presentarse espontáneamente.
- c) La declaración es una manifestación de conocimiento que se trata de transmitir al Juez sobre lo que el testigo conozca acerca del hecho delictivo, sus circunstancias y el daño causado; o sobre los partícipes y sobre las condiciones personales y los motivos que hubieren tenido para delinquir. También puede versar sobre otros hechos o circunstancias ajenos al delito y los responsables de él, como cuando se trata de probar tachas de otros testigos. El conocimiento lo debe haber adquirido a través de los sentidos, aunque también podría, en ciertos casos especiales, como opiniones o criterios.
- d) Generalmente se lo rinde oralmente salvo algún impedimento físico (sordomudo que sabe escribir), o que se brinde un trato preferente (informes de autoridades o funcionarios).
- e) La declaración debe producirse dentro del proceso.
- f) Del testigo se espera obtener datos verdaderos sobre los hechos investigados para lograr la reconstrucción conceptual del delito. En la doctrina existen criterios divididos respecto a la obtención de datos fidedignos de parte de los testigos ya que, según unos, por regla general el hombre percibe y narra la verdad, y sólo por excepción engaña o miente (CARRARA); en tanto que otros, (MANZINI) sostienen que “una presunción sería contraria a la realidad ya que el hombre es instintivamente mendaz, no sólo cuando tiene directo interés en



serlo, sino también cuando supone que el decir la verdad puede favorecer o perjudicar a otros”.

✓ *Testigo como protagonista de un proceso penal*

El testigo es el elemento que brinda toda la información necesaria acerca del proceso penal, independientemente del tipo de testigo que sea, este brindara un sinnúmero de proposiciones fácticas que permitirán a los jueces determinar la realidad de los hechos.

✓ *Tipos de testigos*

1. El tipo descriptivo, que anota los aspectos destacados de la imagen y del acontecimiento sin atribuirles significado. Hay ausencia de emotividad y de atención sistemática.
2. El tipo observador, conduce su atención hacia la escena
3. El tipo emocional, reproduce sobre todo la emoción que emana de la escena misma
4. El tipo erudito, anhela sobre todo contar aquello que sabe del objeto y del hecho en general. En consecuencia da una prueba de memoria, pero no de aptitud para reproducir detalles.
5. El tipo imaginativo, poético, que descuida la observación y la sustituye por recuerdos personales, con tendencia hacia la efectividad.

➤ ***Prueba Documental:***

Código de Procedimiento Penal

El Art. 145 del CPP, señala: “Es la que está constituida por documentos públicos o privados”⁹⁹

✓ *Valor Probatorio:*

⁹⁹ Código de Procedimiento Penal. Art. 145

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



El Art. 146 dispone: La valoración de la prueba documental se hará por la calidad de documentos públicos o privados, así como por su relación con el conjunto de las demás pruebas que obren en el proceso.

Doctrina

Prueba Documental es uno de los medios disponibles para demostrar la veracidad de un hecho alegado. Esto por cuanto la información que consta en documentos o escritos puede ser valorada por el juez como muestra veraz de la autenticidad de un hecho.

El Dr. Vaca Andrade¹⁰⁰, en su obra, se refiere así: *“Según el tratadista español Miguel Fenech, en su obra DERECHO PROCESAL PENA, Entendemos por documento, a los efectos de prueba, el objeto material en el que se inserta una expresión de contenido intelectual por medio de una escritura de cualesquiera de otros signos, imágenes o sonidos. El contenido del documento puede ser tan variable como lo pueden ser los pensamientos humanos, y los medios para expresarlos y fijarlos. Se discute si el escrito es anónimo, esto es, aquel cuyo autor se ignora, puede considerarse como documento a los efectos de prueba sólo como cuerpo del delito o material para la asunción o valoración de una determinada prueba (por ejemplo, comparación de la escritura); pero dada la gran amplitud de medios de prueba que se admiten en el proceso penal, atendiendo al objeto del mismo, el problema de los documentos anónimos tiene su punto de vista gravedad, no en su admisión como medio de prueba, sino en su valoración piénsese en el documento anónimo cuyo autor logra descubrir en el curso del proceso y cuyo contenido era un medio de prueba esencial por la naturaleza del delito)”*.

Más adelante señala que *documento en general es toda obra humana a través de la cual se puede perpetuar un acontecimiento cualquiera.*

¹⁰⁰ Idem

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



OTRAS CLASIFICACIONES DOCTRINALES

El Dr. Guerrero¹⁰¹ en su libro sobre La Prueba Penal hace una clasificación, que combinada con clasificaciones de otros autores, las puedo resumir de la siguiente forma:

➤ **PRUEBAS DIRECTAS E INDIRECTAS**

De acuerdo a Carnelutti, Florián y Framarino que citamos en varias partes, prueba directa es aquella en la cual hay inmediación entre la percepción del juez y el hecho objeto de la inmediatez entre la percepción del juez y el hecho objeto de la prueba. En cambio prueba indirecta, según ese mismo criterio, es aquella en la cual no hay inmediación entre la percepción del juez y el hecho objeto de la prueba.

Devis Echandía señala otro punto de vista, según el cual la prueba directa, es aquella en la que el hecho objeto de la prueba coincide con el tema de la prueba, es decir, más claramente, cuando el hecho que se prueba coincide con el hecho que se quiere probar para conseguir la certeza del juez sobre la existencia o inexistencia de la infracción y sobre la responsabilidad o la inocencia del supuesto infractor. Por el contrario, prueba indirecta, según ese punto de vista, es aquella en donde no hay inmediación entre el hecho que se prueba y el hecho que se desea probar, más claramente indirecta es la prueba indiciaria, a la cual recurrimos cuando no podemos demostrar de manera directa la existencia de la infracción y la autoría.

➤ **PRUEBAS CONDENATORIAS Y ABSOLUTORIAS**

¹⁰¹ GUERRERO, Walter. Ob. Cit.

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



Tomando nuevamente lo dicho por el Dr. Guerrero, pruebas condenatorias son aquellas que están orientadas a obtener del juez la certeza sobre la existencia de la infracción y la culpabilidad del supuesto infractor, que le permiten dictar sentencia condenatoria en contra de dicho enjuiciado; mientras que pruebas absolutorias son aquellas encaminadas a obtener el sobreseimiento del imputado o la declaratoria de no culpabilidad del procesado por alguna de las circunstancias previstas en la ley.

➤ **PRUEBAS LICITAS E ILÍCITAS**

Pruebas licitas, son aquellas que son obtenidas bajo la Ley y respetando las garantías y normas constitucionales; mientras que pruebas ilícitas, son aquellas pruebas que han sido definidas como las que violan los derechos fundamentales o garantías constitucionales, toda prueba obtenida de esta manera carece de validez legal, y por ende es nula de pleno derecho. Con respecto a las pruebas ilícitas, que es el eje central de la presente investigación, serán tratadas en el Capítulo V.



INDICIOS Y PRESUNCIONES

ANTECEDENTES DE LAS PRESUNCIONES Y LOS INDICIOS

“Dentro de nuestra legislación procesal penal fue reiterante, hasta el CPP de 1983, el aceptar a la presunción como un medio de prueba, viciosa costumbre que fue excluida dentro del CPP de dicho año, lo cual ha sido respetado por el CPP vigente. Los indicios y presunciones han sido motivo de permanente estudio del Derecho Procesal Penal, principalmente en la época en que regía de manera absoluta el sistema inquisitivo con su corolario el sistema de valoración legal o formal de la prueba. Los códigos modernos han reducido el problema a la mínima expresión, superando aquella antigua posición del sometimiento a la tabla de indicios que obligaba al juez a la condena cuando se reunían las clases y el número de indicios que previamente había señalado la ley de procedimiento. Nuestro CPP hasta la edición de 1971, en el título VI del Libro Segundo, se refería a la “Prueba Conjetural”, pese a que cuando dicho cuerpo de leyes hacia la casuística clasificación de los medios de prueba no mencionaba la supuesta prueba conjetural”¹⁰².

INDICIOS

➤ **CONCEPTO**

El Dr. Vaca Andrade los define así: *“Es una forma de razonamiento deductivo que permite, sobre la base de un hecho previamente comprobado y establecido en el proceso, que ese llama Indicios, concluir en otro hecho cuya verdad se desconoce, pero dada la relación que tiene con el hecho conocido y probado en que se funda es muy probable que ha sucedido.* El indicio es la materia en que se apoya la

¹⁰² ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, pág. 206.
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



presunción, aunque pertenece a mundos distintos. El indicio es en palabras de otro autor argentino, BARBERIS, la raíz u origen de donde nace la presunción que, en síntesis, no significa el juicio de opinión formada, partiendo de un hecho conocido, para llegar a la averiguación de otro desconocido, infiriendo, deduciendo, de acuerdo con el modo más constantemente común de obrar de los hombres. Los indicios pertenecen al mundo físico, son materiales, objetivos y se pueden apreciar por los sentidos; más aun, en algunos casos los indicios son concluyentes ya que son los únicos hechos o circunstancias de las cuales se puede, mediante una operación lógica, inferir la comisión de un delito”¹⁰³.

El Dr. Eduardo Devis Echandía, se refiere al indicio así: *“La voz latina indicium es una derivación de indicere, que significa indicar, hacer o conocer algo. Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que existe entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de éste (ni oral ni por reproducción de imágenes o sonidos). De acuerdo con esto entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos”*¹⁰⁴.

PRESUNCIONES

➤ **CONCEPTO**

El Dr. Vaca las define así, “la presunción es una operación deductiva, por la cual se concluye que existe o no otro hecho. Las presunciones están íntimamente ligadas a los indicios, pero entre ellos se encuentra una relativa diversidad: el indicio es la causa como hecho conocido, y la presunción es el efecto, o sea, el conocimiento del hecho ignorado”.

¹⁰³ VACA Andrade, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal.

¹⁰⁴ Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



El Dr. Guerrero cita en su obra las siguientes definiciones: Según E. Jiménez Asenjo, “corrientemente se entiendo por presunciones las ideas que se dan como ciertas o como premisas que se fijan como probadas, y a partir de las cuales se encadena al razonamiento humano. De ahí que en el lenguaje común se toman por equivalentes a supuestos, presunciones, prejuicios, etc., palabras todas que expresan un mismo concepto. Las presunciones no son otra cosa que circunstancias o juicios lógicos normalmente admitidos como ciertos en la cadena de la causalidad, y sobre los cuales podemos deducir racionalmente la existencia de hechos que no son desconocidos o dudosos.

El Dr. Zavala en cambio argumenta lo siguiente: La presunción no es medio de prueba porque, entre otras razones, le falta la finalidad de ésta, es decir, no lleva al juez a la convicción sobre la existencia del hecho o sobre la intervención del inculpado en el mismo. La presunción es una conclusión a que arriba el juez luego del examen de los indicios; así como la certeza es la conclusión del juez como consecuencia del análisis de los medios de prueba.

➤ **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

Según lo establecido por el Art. 87, “*Las presunciones que el juez o tribunal obtenga en el proceso estarán basados en indicios probados, graves, precisos y concordantes*”¹⁰⁵.

REQUISITOS FORMALES DE LA PRESUNCIÓN Y DE LOS INDICIOS

Tomando como extracto del Libro “Tratado de Derecho Procesal Penal” del Dr. Jorge Zavala Baquerizo¹⁰⁶, sobre los requisitos formales para las presunciones e indicios, quien explica lo siguiente: Siguiendo el Sistema Inquisitivo de la ley

¹⁰⁵ Código de Procedimiento Penal. Art. 87

¹⁰⁶ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal *Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal*



procesal penal se ha preocupado de reglar sobre la naturaleza de los indicios que pueden servir de fundamento a la presunción y a este en fin el art. 88, dice:

“Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario:

1. *Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho;*
2. *Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y,*
3. *Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean:*
 - a) *Varios*
 - b) *Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí;*
 - c) *Unívocos, es decir, que todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y,*
 - d) *Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente”.*

VALORACIÓN DE LOS INDICIOS Y PRESUNCIONES

El Dr. Zavala¹⁰⁷, al referirse a la valoración de los indicios expresa lo siguiente: *“El sujeto procesal encargado de la valoración de los indicios es el juez, quien debe asumir los indicios para elaborar a base de ellos la presunción. En consecuencia, es el juez, el que debe, en primer lugar, determinar si es que cada uno de los indicios pueden ser calificados de tales en el proceso. Es una labor crítica que el*

¹⁰⁷ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Ob. Cit. Pág. 261
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



juez está obligado a hacer de los indicios como paso previo para poder aceptar un hecho como indicio.

El juez debe ir estableciendo cada una de las características de los hechos que constan en el proceso para considerarlas en el momento del raciocinio. Así, debe observar si el hecho se encuentra debidamente probado y si es que el respectivo medio de prueba ha sido introducido conforme a los mandatos legales”.



CAPITULO IV



CAPITULO IV

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

GENERALIDADES

El Dr. Zavala, al efecto dice sobre la valoración de la prueba: “el tercer nivel de la actividad probatoria, como lo hemos explicado, está dada por la valoración de los medios de prueba, fase reservada exclusivamente al titular del órgano jurisdiccional penal, excluido el fiscal o los policías, pues el fiscal, técnicamente, debe limitarse, al momento de emitir su dictamen, a hacer una crítica fundamentada sobre lo actuado dentro de la instrucción fiscal; en tanto que a los policías les está vedado formular juicios sobre los resultados de la investigación practicada en cada caso concreto.

Pero de ninguna utilidad seria el hecho de la producción y de la recepción de la prueba si ésta no tuviera alguna finalidad. Ya se ha dicho que la finalidad de la prueba es llevar al juez a la convicción sobre la realización de un hecho y al conocimiento cierto sobre la intervención de una persona plenamente individualizada en un hecho previsto como delito. Por tal razón es que el juez debe valorar la prueba llevada al proceso. Es sobre esta evaluación que se han suscitado grandes controversias entre los procesalistas quienes, divididos en varias escuelas doctrinarias, han tratado de demostrar que el sistema por ellos sugeridos es el mejor para la evaluación de la prueba”¹⁰⁸.

HISTORIA

¹⁰⁸ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. *Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal*



El Dr. Guerrero en su libro *La Prueba Penal*, sobre la historia de ésta, redacta lo siguiente, que me permito transcribir en la presente investigación: “En los albores de la humanidad, el hombre no podía interpretar científicamente los fenómenos físicos que ocurrían en su mundo exterior. En consecuencia, su mente atemorizada, primitiva y supersticiosa, inventaba ídolos a los cuales se debía adorar para que la luz del sol ilumine el día, para que la lluvia riegue la tierra, para que el fuego caliente los huesos, etc.

Nada era más natural, entonces, que se recurriera al testimonio divino para averiguar la culpabilidad o inocencia de quienes habían violado las normas y costumbres que regían la tribu o la nación.

En las ordalías se sometía al supuesto infractor a determinados padecimientos físicos, por ejemplo, se lo obligaba a introducir la mano en un recipiente de agua caliente, si resistía la prueba era porque Dios desde lo alto de los cielos, había atestiguado a su favor y procedía la absolución, si el infeliz se quemaba, era porque Dios había declarado en su contra y era necesario arrojarlo definitivamente a la hoguera.

En los tiempos caballerescos, se recurría al duelo físico entre el acusador y el acusado, para conocer cual de los dos decía la verdad. El vencedor era quien tenía la razón y el vencido debía ser sancionado. En las mazmorras de la Edad Media, el Tribunal de la Santa Inquisición, utilizó el tormento y la confesión como medios de investigación de la verdad.

Con el objeto de limitar el poder jurisdiccional de la nobleza y sus mecanismos de investigación basados en la arbitrariedad y el tormento, la monarquía introdujo determinados controles en la actividad probatoria y sus sistemas de valoración, llegando al exceso de señalar por anticipado la clase y el número de pruebas que se requerían para condenar o absolver. Era el tiempo de las pruebas perfectas e



imperfectas, plenas y semiplenas, semiplena mayor y semiplena menor. La declaración del hombre generaba mayor valor probatorio que el de la mujer, la del noble que la del plebeyo, la del militar que la del civil, la del religioso que la de quien no vestía hábito. Era el tiempo en que se determinaba el número de testigos que se requerían para que se considere jurídicamente probado un hecho cualquiera, por lo cual Napoleón afirmó que el testimonio de un hombre honrado no podía condenar a un bribón, pero que el testimonio de dos bribones podía condenar a un hombre honrado.

La Revolución Francesa lanzó por tierra el sistema de valoración legal de la prueba y puso en vigencia el sistema de la íntima convicción, que concedió plena libertad al juez, para que introduzca en el proceso cualquier medio probatorio que se requiera para la debida comprobación de la infracción y para que valore dichos elementos probatorios de acuerdo con su íntima convicción¹⁰⁹.

DEFINICIONES DOCTRINALES SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El Dr. Vaca Andrade, la define así: “*es la operación destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba*”. Tiene por objeto establecer la utilidad jurídica y legal de las diversas pruebas que han sido incorporadas al proceso penal. Corre principalmente a cargo del juzgador, aunque también interesa, y mucho, a las partes, y en forma determinante al Fiscal. En nuestra ley procesal, se produce en momentos precisos como en la etapa intermedia, antes de que dicte el auto resolutorio; o después de la audiencia de juzgamiento; en el Juicio, como paso previo al momento de dictarse sentencia. No puede desconocerse que también corresponde al Fiscal la evaluación de las evidencias

¹⁰⁹ GUERRERO V, Walter. La Prueba Penal.

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



que tenga en su poder y sobre las cuales deba pronunciarse oficialmente la momento de emitir su dictamen fiscal”¹¹⁰.

Según el Dr. Jorge Zavala Baquerizo en su Tratado de Derecho Procesal Penal, establece que todo medio de prueba llevado al proceso debe ser valorado por el juez. *El principio de libre valoración de la prueba tiene su corolario en el principio de la libertad del criterio del juez para dicha valoración, limitado por la obligación de expresar los motivos que tuvo para darle a cada medio de prueba la valoración respectiva.*

En el libro de Litigación Penal y Juicio Oral de Andrés Baytelman y Mauricio Duce, establecen *“que es absolutamente esencial a un sistema acusatorio liberar completamente la valoración de la prueba a la vez que en ausencia del jurado, imponerle a esa valoración exigencias fuertes de fundamentación”*, más adelante señala lo siguiente: *“La libre valoración de la prueba propia, de los sistemas acusatorios en los que se desenvuelve el juicio oral, conforma toda una estructura de razonamiento en lo que hace a la credibilidad de la prueba”*¹¹¹.

Según Hernando Devis Echandía¹¹² en su obra “Teoría General de la Prueba Judicial”: *“por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual, y en ocasiones puede bastar uno para formar la convicción del juez, pero lo ordinario es que se requieran varios, de la misma o de distinta clase, para llegar a la certeza sobre los hechos discutidos, en el proceso contencioso, o sobre los simplemente afirmados, en el voluntario. De ahí que cuando se habla de apreciación o valorización de la prueba se comprende su*

¹¹⁰ VACA Andrade, Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal.

¹¹¹ BAYTELMAN Andrés y Duce Mauricio. Litigación Penal y Juicio Oral.

¹¹² ECHANDÍA, Devis Hernando. “Teoría General de la Prueba judicial”. Tomo I. TEMIS. Colombia-2002.
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



estudio crítico de conjunto, tanto de los varios medios aportados por una parte para tratar de demostrar sus alegaciones de hecho, como de los que la otra adujo para desvirtuarlas u oponer otros hechos y los que el juez decretó oficiosamente”.

CONSTITUCIÓN DE LA RÉPUBLICA DEL ECUADOR

La Constitución de la República del Ecuador dentro de las normas del debido proceso, en el Art. 76, numeral h), establece lo siguiente: *“las partes tienen derecho a presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos en los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”*¹¹³.

En el numeral l) del mismo artículo se expresa lo siguiente: *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Los servidores o servidoras responsables serán sancionados”.*

En general la Constitución trata el tema de la valoración de la prueba vagamente, al igual que el Código de Procedimiento Penal.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

El art. 86 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la apreciación de la prueba dice lo siguiente: **“Toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código,**

¹¹³Constitución de la República del Ecuador, art. 76. 2008.
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



*se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo*¹¹⁴.

Sin embargo, esta libertad que se le da al juez en el artículo anteriormente nombrado, se encuentra de cierto modo limitada, tomando en cuenta los artículos que a continuación citaré, y que fueron agregados a la reciente reforma del Código de Procedimiento Penal que se encuentra en vigencia desde el mes de marzo de 2009: **Art. 7: Contradictorio.**- *Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. El juez resolverá con base a los argumentos y elementos de convicción aportados. El juez carecerá de iniciativa procesal; Art. 8: Oralidad.*- *En todas las etapas, las actuaciones o resoluciones judiciales que afecten los derechos de los intervinientes se adoptarán en audiencias en donde la información se produzca por las partes de manera oral. No se excluye el uso de documentos, siempre que estos no reemplacen a los peritos y testigos, ni afecten a las reglas del debido proceso y del principio contradictorio. Queda prohibida la utilización por parte de los juzgadores de elementos de convicción producidos fuera de la audiencia o contenidos en documentos distintos a los anotados en el inciso anterior, salvo las excepciones establecidas en este Código”.*

Las normas citadas son objeto de un profundo análisis, sin embargo cabe recalcar, que el art. 86 contiene una norma especial, ya que prevé que ninguna de las normas del CPP se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece dicho artículo; y tomando en consideración el Principio de Especialidad del Código Penal en su Art. 9¹¹⁵ que expresa que cuando dos disposiciones penales estén en oposición, prevalecerá la especial, se considera a la norma del Art. 86 como

¹¹⁴ Código de Procedimiento Penal. Art.86

¹¹⁵ Código Penal. Art. 9. Principio de Especialidad.



predominante en cuanto a su contenido, y ninguna norma podrá ser opuesta a ésta.

SISTEMA DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

Tomando como referencia un extracto del conocido jurista ecuatoriano Dr. Ricardo Vaca¹¹⁶, quien cita lo siguiente en cuanto a los Sistemas de Valoración de las Pruebas, para lo cual me permito transcribir textualmente sus argumentos: una vez que se ha producido la prueba dentro de las correspondientes etapas del proceso penal, sea en la etapa de la Instrucción Fiscal con fines netamente investigativos, o en el Juicio, con miras a juzgar a las personas contra quienes se ha dictado auto de llamamiento a juicio, en tratándose de procesos por delitos de Acción Pública, o en contra de las personas acusadas por el querellante, si se trata de delitos de acción privada, el juzgador, llámese Juez Penal o Tribunal Penal según los casos, tiene que evaluar la prueba constante en autos, para fundamentar su decisión que se expresa en el fallo.

Esta actividad, de radical importancia por sus repercusiones prácticas, no siempre se dio en la forma que actualmente forma parte del obrar de la justicia en el orden penal. Y es que a través de un breve análisis histórico, la evaluación y la correspondiente valoración de la prueba podían enmarcarse según los siguientes sistemas:

➤ Arbitrario:

Se da cuando el Juez Penal, sobre la base de signos, señales externas de la naturaleza o de la divinidad, mitos o creencias, considera probada la existencia del hecho y la culpabilidad de la persona. No hay propiamente una valoración libre sino predeterminada sobre la base de concepciones tradicionales; algunos procedimientos que se recogen en algunas obras de importancia suenan ridículos

¹¹⁶ VACA Andrade, Ricardo. Ob. Cit. Pág. 164-168.

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



en estos tiempos, sin embargo tienen importancia desde el punto de vista histórico; tales son las llamadas pruebas de Dios que estimaban como cierta la intervención divina expresada a través de signos externos y objetivos fácilmente apreciables pero arbitrariamente interpretados.

➤ **Legal:**

En este sistema “es la ley procesal la que pre-fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo que condiciones el Juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia, y a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido. Más adelante el Dr. Vaca expresa, este sistema trata de limitar el sistema anterior utilizado por la nobleza y los mecanismos de arbitrariedad basados en el tormento y la tortura como principales actuaciones probatorias; por esta razón, en este sistema los jueces y tribunales establecen ciertos criterios de evaluación de la actividad probatoria, determinando con precisión en la ley la clase y número de pruebas necesarias para responsabilizar o absolver al acusado.

➤ **Íntima convicción**

En este sistema, “la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa procesal, valorando aquellas pruebas según su saber y entender. A ésta debe agregársele otra característica, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales.

Es propio de los jurados y tribunales integrados por jueces legos, (como el que se da por centurias en el sistema de jurados de Estados Unidos) y si bien es cierto que algunos juzgamientos pueden tener alguna ventaja sobre el sistema legal en el cual se deja en absoluta libertad al juzgador, en cambio no es conveniente si hay fundados temores sobre una eventual corrupción de los jueces que no están



obligados legalmente a motivar sus fallos y obviamente a dar explicación a la sociedad sobre tal o cual pronunciamiento. En definitiva, es un sistema que concede plena libertad al Juez para apreciar la prueba según el impacto que hubiere producido en su conciencia.

➤ **Sana crítica racional**

Es un sistema que se parece al anterior pero varía sustancialmente en cuanto a que exige que las conclusiones a que se llega sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoye. En este sistema, si bien el Juez “no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse y goza de las más amplias facultades al respecto, la su libertad encuentra un límite infranqueable; el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, entonces por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos o la causa, valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo los principios de la recta razón, es decir, las normas de la Lógica, de la Psicología y la de la experiencia común”. (Caffereta NORES, LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL). En ese sentido se pronuncia la Jurisprudencia ecuatoriana, en fallo 12-X-93 (Exp. 540-93) “...*en verdad la sana crítica comporta a más del uso de la lógica y las reglas de la teoría del conocimiento y a recta razón en general...*”

Como se ve; el juzgador puede analizar las pruebas según su racional criterio, pero debiendo dictar su resolución en forma esencialmente motivada, explicando las razones y fundamento de sus conclusiones.

Sus características más importantes son¹¹⁷:

- ✓ La resolución tiene que ser debidamente motivada y lo resuelto en auto de sentencia debe estar suficientemente explicado.

¹¹⁷ Ídem

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



- ✓ La resolución solo puede fundamentarse en las pruebas oportunas y legalmente incorporadas al proceso; nunca en opiniones o conjeturas personales del Juez o en apreciaciones subjetivas, y pero aún si éstas son infundadas o no tienen asidero alguno.
- ✓ La confrontación razonada de todas las pruebas, tanto de cargo como de descargo, pues ésta es en realidad la medida de la verdad que permitirá al Juez alcanzar el grado de certeza indispensable para resolver.

Por otra lado, el tratadista colombiano Hernando Devis Echandía¹¹⁸ en su obra expresa lo siguiente: El sistema de apreciación de la prueba judicial se reduce a dos: *el de la tarifa legal y el de valoración personal por el juez o libertad de apreciación*. Más adelante sostiene que dentro del sistema legal, la altísima función y la sagrada misión del juez quedan a merced de los errores o habilidades, lícitas e ilícitas, de los abogados litigantes. Solo con facultades inquisitivas y libertad de apreciar la prueba, puede ser el juez dueño de su función y verdadero responsable de sus resultados, ya que así no tendrá que limitarse a reconocer al vencedor, tenga o no realmente la razón, haya o no justicia en su sentencia. Como ya dijimos, en un sistema rigurosamente dispositivo y con tarifa legal, no es verdad que el juez administre justicia de acuerdo con la ley, sino que reconoce que las mismas partes obtienen su propio esfuerzo.

El sistema de libre valoración exige jueces mejor preparados, pero la obligación de motivar la sentencia y explicar los motivos que llevan a la formación del convencimiento sobre la base de ciertas pruebas, unida a la exigencia de estudios universitarios de derecho para el desempeño del cargo y a la revisión por tribunales superiores, son garantías suficientes para una correcta justicia.

¹¹⁸ ECHANDÍA, Devis Hernando. Ob. Cit. Pág. 275

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



CRITERIOS DE JURISPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO ECUATORIANO

En cuanto a los criterios Jurisprudenciales en el Ordenamiento Ecuatoriano, en lo referente a la valoración de la prueba, creo que es importante citar una vez más al conocido Jurista Dr. Ricardo Vaca Andrade¹¹⁹, ya que consideró que en su obra aporta grandes ejemplos de jurisprudencia, en cuanto a la valoración de la prueba, por lo cual me permito extraer el siguiente:

- El siguiente es un ejemplo de análisis que deben efectuar los jueces penales de las pruebas incorporadas al proceso penal, de acuerdo con la sana crítica:

Corte Suprema del Ecuador fallo 11-II-2000 (Exp. 144-99, R.O. 123, 19-VII-2000)

“...TERCERA-... el señor Ministro Fiscal General, subrogante contestando la fundamentación del recurso, sin el análisis de la esencia jurídica del problema controvertido y la naturaleza de la prueba actuada, se limita a responder al Tribunal de Casación, que no es pertinente investigar el modo por el cual el Juez ha llegado a concientizar la responsabilidad (de la impugnante) todo lo que ha quedado sujeto a su sana crítica, esto es, a la conciencia del Juez que aplica la ley con conocimiento de ella, agregando además, que el Tercer Tribunal Penal del Azuay, llega a la convicción de que se encuentra probada la responsabilidad de la procesada en el cometimiento del delito de usura a través de las pruebas que obran en el proceso, condición que no procede revisar, puesto que de otro modo se acabaría con la libertad de apreciación que goza el Juez. CUARTA.- La Constitución Política de la República, en el inciso segundo de su artículo 199 consagra ciertamente la independencia de los magistrados y jueces en el ejercicio de su potestad jurisdiccional y que sólo están sometidos a la Constitución y la ley, mandato que obliga a todo Juez sin excepción a que en todo proceso judicial que

¹¹⁹ VACA Andrade, Ricardo. Dr. Ob. Cit. Pág.

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



resuelva, aplique de manera irrestricta sus disposiciones para la realización de la justicia, asegurando la vigencia de los derechos humanos derivados de la naturaleza de la persona, necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material, garantías que deben ser directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier Juez, Tribunal o autoridad. Si esta es la base normativa para la decisión del juzgador, su resolución decidiendo la controversia, debe apartarse de la subjetividad o eventual emotividad frente a los litigantes, para apoyarse solamente en el acervo probatorio de las partes procesales, en relación directa con la naturaleza y la especificidad del presunto delito denunciando o acusado. Por tanto, la sentencia debe ser fiel reflejo de la verdad procesal que el discernimiento no puede desnaturalizar con el enunciado simple de haber valorado la prueba con sana crítica, si como en el caso presente, el fallo que se impugna ningún razonamiento, deducción y examen crítico contiene sobre la naturaleza y eficacia de todas y cada una de las pruebas aportadas de cargo y de descargo ni contiene el análisis de los fundamentos de derecho presentados por los litigantes, cuestión medular que requiere una sentencia¹²⁰, SEXTA.- Al examen de la sentencia recurrida por casación este Tribunal observa en primer lugar la desvinculación del inferior al regorismo (SIC) de la prueba que es ineficaz o inepta en el presente caso para tipificar usura y en consecuencia, ilegal sancionarla por inexistencia del delito. Además, en el fallo, luego del relato extenso de los antecedentes del proceso, el Tribunal a quo se consagra a la mera enumeración y reproducción descriptiva, sin valorizar ni formular juicio crítico sobre las actuaciones procesales, incluyendo lo dicho por las partes en la audiencia pública de juzgamiento; y al final, para resolver la causa, en reducido e insustancial espacio, carente de motivación razonada... solo enunciar que 'de todo lo considerado y de análisis prolijo (?) del proceso y su atestado, llega a la conclusión de que la sindicada se dedicaba

¹²⁰ Ídem

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



habitualmente a prestar dinero (lo cual es verdad) cobrando intereses superiores a los permitidos por la ley (de lo que no hay prueba legal eficiente) pruebas que establecen indicios ciertos de haberse cometido el delito de usura ‘agregando de seguido de forma escueta, ‘sin que los fundamentos esgrimidos por la defensa tengan aceptación y asidero legal (sin decir por qué) ya que de autos consta, dice, (sin precisar cuáles y de qué valor) la prueba que demuestra la autoría y responsabilidad de la procesada’. Como se aprecia, sin la existencia de prueba legal, relativa a la infracción comprobada conforme a derecho, los meros indicios a lo que alude el fallo, no pueden ser para una condena tanto que esos indicios no son premisa para la presunción y no tienen en este proceso el carácter de múltiples (varios) relacionados, concordantes, unívocos y directos, porque lo cierto e indubitable en la causa examinada son los contratos de mutuo (pacta sunt servanda) con carácter oneroso al libre arbitrio de los contratantes, esto es, con carga de intereses, pero cuya cuantía o tasa no ha sido probada”.

El Art. 86, dispone que: “Toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica”, por lo que, resulta incuestionable la vigencia de este sistema en la legislación procesal penal ecuatoriana más aun y como dispone la Constitución Política de la República en el Art. 24 Nro.13 ordena que: “Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas”; por lo tanto, el Juez debe explicar –científica o racionalmente- por qué razones acepta una prueba y desecha otra, y utilizando el razonamiento lógico determinar por qué ha llegado a una conclusión y no a otra, siguiendo la recomendación de Nicola Framarino del Malatesta en su obra LÓGICA DE LAS PRUEBAS EN MATERIA CRIMINAL: “Es siempre la reflexión intelectual la que nos guía de lo conocido a lo desconocido; y lo hace por medio del raciocinio, que es el instrumento universal de la reflexión y que constituye la primera y la importante fuente de certeza en materia penal. Es tan reducido el



campo de nuestra posibilidad de comprobación material, que si nos limitásemos a eso quedaríamos a merced de lo desconocido; es el raciocinio el que, ampliando esos estrechos límites, prolonga nuestra visión intelectual, proyectándola hacia horizontes infinitos”¹²¹.

✚ LIMITACIONES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA AL RAZONAMIENTO IMPLÍCITO EN EL SISTEMA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Según lo analizado por Andrés Baytelman y Mauricio Duce en su libro “Litigación Penal y Juicio Oral”¹²², existen un conjunto de normas que intentan introducir importantes limitaciones a la libertad de razonamiento que supone un sistema de valoración de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Además señala que ello impone dificultades para transformar el juicio en el genuino centro del proceso como aspiran los modelos acusatorios de enjuiciamiento criminal. Al efecto entre las normas que citan se encuentran las siguientes:

- ✓ *Artículo 106: que exige que en los delitos de robo, hurto y abigeato exista prueba sobre la preexistencia de la cosa sustraída y del hecho que se encontraba en el lugar que se afirma que estuvo al momento de ser sustraída.*
- ✓ *Artículo 124: que a propósito del testimonio propio limita su valor probatorio en materia de culpabilidad, si no aparece demostrada la existencia de la infracción por otros medios de prueba.*
- ✓ *Artículo 140: que a propósito de la declaración del ofendido establece en su inciso segundo que su declaración por sí sola no constituye prueba.*

¹²¹ Ídem

¹²² BAYTELMAN Andrés y Duce Mauricio. Litigación Penal y Juicio Oral. EDIAR EDITORES LTDA. Chile-2008.



- ✓ *Artículo 144: que regula indivisibilidad de la declaración del imputado, obligando al tribunal a considerarla en su conjunto o a no considerarla en su defecto.*

OPERACIONES EN EL PROCESO MENTAL DE VALORACIÓN O APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Según Hernando Devis Echandía¹²³, este proceso de valorización o apreciación de la prueba no es simple ni uniforme, por el contrario, complejo y variable en cada caso. Con todo y ser así, pueden señalarse en general sus fases y sus diversas operaciones sensoriales e intelectuales:

➤ ***A. Los tres aspectos básicos de la función valorativa: percepción, representación o reconstrucción y razonamiento.***

✓ **Percepción**

La percepción se da desde el momento mismo en que el Juez entra en contacto con los hechos, ya sea directamente o indirectamente por medio de la relación de ellos le hacen otras personas o ciertas cosas o documentos; es una operación sensorial: ver, oír, palpar, oler, y en casos excepcionales, gustar. Es fundamental para el resultado de la prueba y de la sentencia que la percepción sea correcta. Al ser esta percepción el primer aspecto básico de esta función valorativa es muy importante su correcta ejecución por parte de los jueces.

✓ **Representación o Reconstrucción Histórica**

Echandía expresa, que una vez percibidos aisladamente los hechos mediante sus medios de prueba, es indispensable proceder a la

¹²³ ECHANDÍA, Devis Hernando. Ob. Cit. Pág. 276

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



representación o reconstrucción histórica de ellos, no ya separadamente, sino en conjunto, poniendo el mayor cuidado para que no queden lagunas u omisiones que trastruequen la realidad o la hagan cambiar de significado. Es la segunda fase indispensable de la operación. El éxito de la valoración, y, por tanto, de la sentencia, depende también de la correcta y completa representación de los hechos, en la cual no debe omitirse ninguno, por accesorio que parezca, y deben coordinarse todos y colocarse en el sitio adecuado, para luego clasificarlos con arreglo a su naturaleza, al tiempo y a las circunstancias de la realidad histórica que se trata de reconstruir. No hay que dejarse llevar por la primera impresión que causen, sino que deben examinarse reiteradamente.

✓ **Razonamiento deductivo e inductivo**

Constituye la tercera fase de esta operación, y se aplica aquí una actividad analítica o razonadora, mediante la cual se obtienen las inferencias de los datos percibidos, hay entonces una actividad inductiva que consiste, precisamente en sacara de tales datos una conclusión. Por la inducción se conocen las reglas de experiencia que le sirven de guía al criterio del juzgador y le enseñan qué es lo que ordinariamente ocurre en el mundo físico o moral, gracias a la observación de los hechos y de las conductas humanas, y de tales reglas se deducen consecuencias probatorias.

➤ ***B. La fundamental función de la lógica***¹²⁴

La lógica es el proceso que permite fundamentalmente llevar a cabo el proceso de valoración de la prueba. Esta preponderancia de la lógica en la valoración de la prueba, ha conducido a algunos a darle un carácter de riguroso silogismo a la actividad intelectual o razonadora que la acompaña; sin embargo, esto no debe exagerarse, porque sí bien, el razonamiento se presenta generalmente en forma

¹²⁴ Ídem

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



silogística, ya que se trata de juicios, no existe la mecánica exactitud de un silogismo teórico o de una operación aritmética, debido a que la premisa mayor está constituida por reglas de experiencia y la menor por las inferencias deducidas de la actividad perceptiva, falibles siempre, deficiente muchas veces.

- **C. Por al lado de la razón y la lógica, actúan la imaginación, la psicología y la sociología; además de otros conocimientos científicos y técnicos¹²⁵.**

Echandía señala, que se equivocan quienes consideran la valoración de la prueba como una actividad exclusivamente lógica, pese a que es imposible prescindir de ella. Como se trata de reconstrucción de hechos generalmente pasados y en ocasiones presentes, pero que ocurren fuera del proceso, la imaginación es un auxiliar utilísimo para la búsqueda de datos, huellas, cosas, analogías o discrepancias, inferencias o deducciones, necesarias para la adecuada representación del caso.

Estas tres operaciones son de gran aporte a la hora de valorar la prueba, la imaginación para la reconstrucción mental de los hechos en la mente de los jueces, la psicología para el análisis de los diferentes testimonios, y la sociología para entender ciertos comportamientos de la sociedad. En fin al momento de la valoración de las pruebas los jueces a más de sus experiencias, recurren al análisis de los hechos mediante una serie de elementos y actividades intelectuales.

- **D. También existe una actividad de la voluntad¹²⁶**

Echandía manifiesta que si se quiere realizar un examen completo, imparcial y correcto de la prueba, es indispensable un continuo acto de voluntad, para no dejarse llevar por las primeras impresiones o por ideas preconcebidas, antipatías o

¹²⁵ Ídem

¹²⁶ Ídem



simpatías por las personas o las tesis y conclusiones, ni aplicar un criterio rigurosamente personal y aislado de la realidad social, en fina, para tener la decisión de suponer las muchas posibilidades de error y tomarse el trabajo de someterlas a una crítica severa. No se trata solamente de dejar que la razón lucubre, con ayuda de la lógica, la psicología, la sociología y otras ciencias auxiliares en tan difícil y delicada tarea, sino de exigirse, así mismo, conjuntamente, nuevos esfuerzos para revisar una y otra vez la asunción de la prueba y para la mejor valoración de esta.

NATURALEZA DE LAS REGLAS DE APRECIACIÓN

Las reglas de apreciación pueden ser de múltiples y variada naturaleza (lógicas, psicológicas, morales, sociológicas, técnicas) y que su aplicación concreta varía según las características del hecho investigado, de los medios de prueba utilizados y del sistema (de libre apreciación o de tarifa legal) vigentes en el proceso. Son, igualmente, reglas dinámicas, en evolución constante y no estáticas, porque los adelantos científicos y las transformaciones sociales influyen constantemente en ellas. Son, en resumen, de dos clases: reglas lógicas y reglas de experiencias sociales y psicológicas, cuyo conjunto forma lo que muy bien puede llamarse “conocimientos de la vida y de los hombres” y que en ocasiones exigen conocimientos especializados, o significan experiencia de la vida y conocimientos de los hombres. En un sistema de tarifa legal estas reglas adquieren carácter jurídico, en el sentido de que se convierten en mandatos legales imperativos que el juez debe aceptar y aplicar sin valoración subjetiva o personal.

Por consiguiente, ese método empleado para la valoración, como el más general de reconstrucción, que el juez sigue, no es simple, sino complejo, tanto respecto a los instrumentos utilizados, como al proceso psíquico que en la mente de este se realiza.



FIN DE LA APRECIACIÓN DE O VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

El fin de la apreciación o valoración de la prueba es el fin de la prueba mismo, es decir encontrar la verdad histórica de los hechos. El fin de la valorización de la prueba es precisar el mérito que ella puede tener para formar el convencimiento del juez o su valor de convicción, que puede ser positivo si se obtiene, o, por el contrario, negativo se no se logra¹²⁷. Por ello tal como lo describe Echandía, gracias a la valoración de la prueba podrá conocer el juez sí, en ese proceso, la prueba ha cumplido su fin propio, si su resultado corresponde o no a su fin. Pero en ambos casos, la actividad valorativa ha cumplido por su parte el fin que le corresponde.

FUERZA O VALOR PROBATORIO DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

La fuerza o el valor probatorio es la aptitud que tiene un hecho para demostrar judicialmente otro hecho o para que el mismo hecho quede demostrado. Si un medio aducido por las partes o el hecho que constituye carece totalmente de tal aptitud, no tiene fuerza o valor probatorio alguno; si por sí solo demuestra el hecho investigado, tendrá un valor o una fuerza probatoria plena o completa; sí apenas sirve para llevar al juez ese convencimiento, en concurso o colaboración con otros medios, su valor o fuerza probatoria será incompleto, considerado aisladamente, pero lo tiene de todas maneras. No todos los medios de prueba tienen la fuerza o valor probatorio.

GRADOS Y LÍMITES DE LA PRUEBA O VALOR PROBATORIO

Debido a que no todos los medios de prueba tienen la misma fuerza o valor probatorio, se suele hablar de grados de la eficacia probatoria o de la fuerza o el valor probatorio de la prueba. Depende muy concretamente del tipo de medio de

¹²⁷ Ob. Cit.

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



prueba que sea y más que nada de lo que su incorporación al proceso provoque, además de recalcar la importancia que tiene el análisis mental que los jueces hagan de ese medio de prueba. Ya que bien los jueces pueden quedar en estado de duda o ignorancia, o bien convencidos de lo que se intenta probar.

Framarino del Maltesta, citado por Echandía resume en cuatro los grados y límites de la prueba o valor probatorio en que pueden quedar los jueces: “En estado de *ignorancia*, es decir, de ausencia de todo conocimiento; en estado de *duda*, en sentido estricto, que es conocimiento alternativo, que encierra en sí por igual el sí y el no, en estado de *probabilidad*, o sea, de predominio del conocimiento afirmativo, y en estado de *certeza*, que es el conocimiento afirmativo triunfante”.

Pietro Ellero, citado por el Dr. Echandía¹²⁸ dice que los únicos y verdaderos grados, persuasivos del hombre, son la certeza, la probabilidad y la duda, y que puede aceptarse que los términos precisos son la primera y la última, porque si hay algo de duda, no hay certeza, y si existe esta, no quedará nada de ella.

Por lo tanto, las valoraciones jurídicas se limitan a medida que se amplía la libertad de apreciación del juez, pero subsisten aún en los sistemas que consagran esta libertad, para las solemnidades *ad substantiam actus* y para las normas legales adoptadas como simples guías del juez.

RESULTADO FINAL DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Citando nuevamente a Echandía¹²⁹, quien textualmente señala: “Es muy importante evitar el error de creer que el Juez puede basar su sentencia en cualquiera de los cuatro grados del valor probatorio de la prueba aportada al proceso; esto es, que el Juez pueda decidir a favor de una de las soluciones que considera dudosas o de aquella que cree más probable. De ninguna manera. Para

¹²⁸ ECHANDÍA, Devis Hernando. Ob. Cit. Pág. 301

¹²⁹ ECHANDÍA, Devis Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial.

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



adoptar su decisión con fundamento en la prueba, es indispensable que el juez se considere convencido por ella, o, dicho de otra manera, que se encuentre en estado de certeza sobre los hechos que declara. Si la prueba no alcanza a producirle esa convicción, porque no existe o porque pesa en su espíritu por igual a favor y en contra, o más a favor de una conclusión, pero sin despejar completamente la duda razonable, le está vedado apoyarse en aquella para resolver, y, por consiguiente dictar su sentencia”.

DERECHO COMPARADO

➤ *LEGISLACIÓN DE REPÚBLICA DOMINICANA*

Dentro del sistema de Valoración de la Prueba, dispone que cuando se habla de sistema se debe entender por éste el conjunto de normas y la posición del juez frente a las leyes sobre pruebas en general, que sólo puede ser libertad o de vinculación a sus normas en la tarea de apreciar el conjunto de pruebas aportadas al proceso.

Los dos grandes sistemas de pruebas históricamente considerados son:

- El sistema legal de pruebas, también denominado como tarifa legal; y,
- El sistema de la libertad de la prueba, prueba moral o la íntima convicción.

➤ *LEGISLACIÓN ESPAÑOLA*

Para la valoración de la prueba la legislación española prevé dos modelos:

- Modelo de la teoría legal (o formal) que se cifra en las disposiciones procesales que prescriben las reglas para valorar las pruebas, que aparecen consignadas en los textos legislativos.



- Modelo de la teoría de la libre valoración, también llamado de la íntima convicción del juez, donde los requisitos de aceptación de las pruebas no aparecen estipulados en disposiciones legales.

El sistema de valoración establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española es el llamado de libre valoración de la prueba, el cual no significa libre arbitrio, sino que la valoración ha de versar en primer lugar sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral (aunque excepcionalmente puede el tribunal fundamentar su sentencia en actos de prueba instructora, anticipada o preconstruida; en segundo lugar, tampoco se puede basar la sentencia, en la prueba obtenida ilícitamente o con violación de las garantías constitucionales, y por último, la valoración de la prueba se ha de realizar según las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica, por lo que hay obligación, sobre todo cuando se trata de la llamada prueba indiciaria, de razonar el resultado probatorio en la declaración de los hechos probados.

➤ **LEGISLACIÓN VENEZOLANA**

La valoración o apreciación de la prueba constituye, indudablemente, una operación fundamental en todo proceso y, por tanto, también en el proceso penal. DEVIS ECHANDIA, la califica de momento culminante y decisivo de la actividad probatoria, consistente en aquella operación mental que tiene por fin conocer el merito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido.

Mediante la misma se trata de determinar la eficacia o influencia que los datos o elementos probatorios aportados al proceso, mediante los oportunos medios de prueba, tendrán en la información de la convicción del juzgador. La valoración de la prueba determina el resultado que se infiere de la práctica de un determinado medio de prueba, es decir, el grado de convicción o persuasión de la prueba



practicada, que puede ser positivo, en cuyo caso habrá logrado el fin de la prueba (la convicción judicial), o negativo, al no alcanzarse dicho fin.

En el sistema actual de libre valoración, apoyado en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano, el juez es libre para obtener su convencimiento, porque no está vinculado a las reglas legales sobre la prueba; puede convencerse de lo que diga un único testigo, frente a lo que le digan varios. Ahora bien, el principio de valoración de la prueba no significa que el juez tenga facultad libre y absoluta, sin limitaciones, con total irreversibilidad de la convicción del órgano respecto de los hechos probados. El principio de libre valoración de la prueba significa que el juez debe apreciar las percepciones durante el juicio según las reglas del criterio racional, es decir, según las reglas de la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencias, y dentro de ellas el principio de contradicción e igualdad entre las partes.



CAPITULO V



CAPITULO V

PRUEBA ILÍCITA: SU EFICACIA PROBATORIA EN MATERIA

PENAL

GENERALIDADES

La prueba ilícita, tema de profundo análisis debido a la influencia que genera en el Sistema Procesal Ecuatoriano, ha sido producto de constantes debates por algunos autores, y producto también de indiferencia por parte de la legislación ecuatoriana; se la entiende como aquella prueba que vulnera las garantías constitucionales, y que ha sido obtenida con violación a la ley, y que por lo tanto carece de eficacia probatoria. Y si bien la ley estable su exclusión total del sistema procesal, ésta se torna como un tema de contraposiciones, y más que nada de un crítico análisis en cuanto a las consecuencias de su exclusión.

HISTORIA DE LA PRUEBA ILÍCITA

Según lo establecido por Alejandro D. Carrió¹³⁰ en su obra Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, quién señala que tuvo su origen en Estados Unidos de Norteamérica, donde recibe el nombre de *Fruit of the poisonous tree*, o *fruit doctrine*. Su origen se remonta al caso “Siverthorne Lumbre Co. Vs. United Status”(1920) , en la Corte estadounidense decidió que el Estado no podía intimar a una persona a que entregara documentación , cuya existencia fue descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal. Posteriormente, en “Nardote v. United State”, (1939), ese Tribunal hizo uso por primera vez de la expresión “fruto del árbol venenoso”, al resolver que no sólo debía excluirse como prueba en contra

¹³⁰ Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Alejandro D. Carrió.
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



de un proceso, grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones.

Tal como lo nombra el Dr. Ricardo Alfredo Guamán Aguirre¹³¹ en su Artículo, señala que en el Ecuador uno de los casos más recordados fue el caso del famoso “Borbuideos” en donde se destituyó de su cargo al notable jurista Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, magistrado de la Tercera Sala de lo Penal de Justicia, y se removió de sus funciones a dos Magistrados más, en base a unos videos y grabaciones magnetofónicas obtenidos en flagrante infracción constitucional, y pues a esa clara advertencia de inconstitucionalidad probatoria, se resolvió su separación sin aplicar ningún criterio judicial válido que otorgue admisibilidad como prueba a los videos y grabaciones, circunstancia que se encuentra fuera de toda la doctrina y jurisprudencia desplegada sobre la prueba ilícita y sus excepciones en materia probatoria.

DEFINICIONES DE LA PRUEBA ILÍCITA

“Prueba ilícita es aquella que vulnera las garantías constitucionales o derechos fundamentales en su obtención, esta conceptualización recibe una eminente 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”¹³².

La prueba ilícita o prueba prohibida, son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, o también a la prueba que se deriva de ella, conocida como la Teoría del fruto del árbol envenenado.

¹³¹ Artículo de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita en el Proceso Penal Ecuatoriano, de Ricardo Alfredo Guamán Aguirre.

¹³² MELERO V. Silva.

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



Según Pellegrini Grinover¹³³, pruebas ilícitas son aquellas que se obtienen con infracción de una norma procesal; la prueba ilícita se relaciona con una transgresión del derecho material, que ocurre en el momento de la obtención de la prueba; la prueba ilegítima, por su parte se relaciona con una transgresión de reglas de carácter procesal, que ocurre en un momento procesal posterior a su obtención, o sea, en el momento de su suministro, de su introducción o de su asunción.

El Dr. Hernando Devis Echandía¹³⁴ en su obra “Teoría General de la Prueba Judicial”, dice: *“Son prueba ilícitas las 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 o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan; si la ley prohíbe el medio de prueba o su empleo en un caso particular o el procedimiento para obtenerlo, su ilicitud resultará evidente y expresa, pero, cualquiera que sea el sistema procesal vigente, debe considerarse implícitamente consagrada la prohibición de utilizar pruebas cuya ilicitud sea evidente”*.

CONSTITUCIÓN DE LA RÉPUBLICA

➤ **NORMA DE EXCLUSIÓN**

Según el numeral 4 del Art. 76 de la Constitución vigente de la República del Ecuador: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la constitución no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

➤ **DERECHOS PROTEGIDOS**

¹³³ GRINOVER Pellegrini, Artículo denominado “Provas ilícitas”. Revista de la Procuraduría General del Estado. Sao Paulo.

¹³⁴ ECHANDÍA Devis, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Ob. Cit. Pág. 517
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



La Constitución es la norma suprema del Estado, y por lo tanto protege una serie de derechos que se encuentran consagrados en sus textos, sin embargo creo conveniente destacar los siguientes:

Art. 66¹³⁵

Numeral 19: El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de ley.

Numeral 21: El derecho a la inviolabilidad y la secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos 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.

Numeral 22: El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante en los casos y formas que establezca la ley.

➤ **NORMA REFERENTE AL SISTEMA PROCESAL**

Art. 169.- *“El sistema procesal es un medio para la realización de justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. **No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades**”.*

 **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

¹³⁵ Constitución de la República del Ecuador.



En cambio el Código de Procedimiento Penal¹³⁶, en su Art. 80 establece lo siguiente: “Toda acción preprocesal o procesal que vulnere las garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías”.

El Art. 83 dispone: *“La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de éste Código. No se pueden utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito”.*

CARACTERÍSTICA DE LA PRUEBA ILÍCITA

La característica fundamental de la Prueba Ilícita, es la violación de preceptos constitucionales y derechos fundamentales, ya sea en el momento de su obtención, en el momento de su presentación, o en la forma bajo la cual se la presenta.

EFFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA

Según los cuerpos legales mencionados, y la doctrina en general, la prueba ilícita carece de eficacia probatoria, y por lo tanto no tiene ningún efecto en el proceso penal, ya que deberán ser desechadas completamente. Si bien es cierto es cierto que la prueba ilícita vulnera las garantías constitucionales en cuanto a su procedencia, también puede entenderse como ilegal tomando en cuenta el momento en la cual se la propone, ya que si no es dentro de los términos legales

¹³⁶ Código de Procedimiento Penal.



de igual forma se la considerará como ilegal y carecerá de eficacia probatoria y jurídica.

Según un extracto tomado del Artículo presentado por el Dr. Ricardo Alfredo Guamán Aguirre¹³⁷, quien sostiene que la prueba ilícita como su efecto inmediato (el fruto del árbol envenenado) indudablemente representan medios de prueba inválidos, ineficaces, totalmente improductivos a la hora de poder ser valorados por el Juez o Tribunal Penal para sustentar una condena.

El Dr. Echandía¹³⁸ dice lo siguiente: Como lo observa atinadamente SILVA MELERO, el concepto de ilicitud es único para el mundo jurídico en general, y por eso hemos afirmado que la violencia y el dolo o fraude afectan de invalidez los actos procesales, tanto del juez como de las partes. Sin embargo, para los actos de prueba no hace falta la declaración de nulidad. Cuando la ilicitud aparezca de la prueba misma o del procedimiento empleado para practicarla o de otras pruebas ya practicadas, el juez debe rechazarle todo valor en el momento de decidir el litigio o el incidente.

EFICACIA PROBATORIA

Zavala dice lo siguiente: *“El medio de prueba sólo genera efectos de tal cuando ha cumplido legalmente los dos primeros niveles, esto es, con el de la proposición y el de la recepción. No se puede tomar en consideración ningún medio de prueba que hubiere sido propuesto o practicado en contra de expresas disposiciones constitucionales y legales; es decir, que ninguna providencia judicial puede fundamentarse en medios de prueba propuestos o practicado o incorporados al proceso violentando las garantías constitucional y legalmente establecidas para el debido proceso penal. Ergo: ninguno de los medios de prueba con las taras*

¹³⁷ GUAMÁN Aguirre, Ricardo Alberto.

¹³⁸ ECHANDÍA, Devis Hernando. Ob. Cit. 519

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



jurídicas antes indicadas puede ser considerado digno de valoración por el tribunal de culpabilidad”.

Por lo tanto, según mi criterio y tomando en consideración lo establecido por el Código de Procedimiento Penal, las pruebas ilícitas carecen de eficacia probatoria según la ley y la doctrina, sin embargo más adelante citare un ejemplo en el que la jurisprudencia ecuatoriana acepta estas pruebas.

EFICACIA JURÍDICA

Según el Dr. Zavala Baquerizo¹³⁹ sobre la eficacia jurídica de ciertas pruebas expone lo siguiente: El sistema acusatorio puro no admite que se violente el principio de la libertad de la prueba y de la libertad para llevar ésta al proceso por cualquier medio que fuere posible. El sistema mixto permite que la libertad de la prueba quede limitada cuando la ley procesal determina de manera precisa cuáles son los medios de prueba que puedan ser admitidos en el procedimiento penal y cuando impone las formas que deben cumplirse para que el medio de prueba sea calificado de legal, y por ende, pueda tener eficacia jurídica. Sobre dicha eficacia, el art. 80 dice:

“Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías”

Según Zavala, agrega más adelante que: Entre los principios fundamentales de la prueba el CPP establece dos artículos, el que entramos a comentar que comprende la ineficacia probatoria en tanto el medio de prueba hubiera sido obtenido violando garantías constitucionales; el otro, cuando los niveles de la

¹³⁹ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Pág. 83
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



actividad probatoria que corresponden a la producción y recepción de la prueba no han llegado al proceso conforme al mandato que, para el efecto, prevé el CPP, esto es, violando las normas de procedimiento. Es decir, que la prueba ilícita o ilegítima se encuentra prevista en nuestro medio a través de dos concepciones distintas. En efecto, por un lado deviene ilícita una prueba cuando su incorporación al proceso ha tenido como origen violaciones a los derechos garantizados por la CPR; por otro lado, cuando se han violentado las formas procesales en el momento de incorporar el medio de prueba al proceso. La primera hipótesis tiene como efecto la ineficacia jurídica del medio de prueba; la segunda tiene como consecuencia la nulidad del proceso por violación del trámite. A la ineficacia probatoria de la prueba ilícita por violaciones de garantías constitucionales se refiere el artículo que comenzamos a comentar.

La prueba ilícita es meramente nombrada en el Código de Procedimiento Penal, mediante dos distintos enunciados. Ya que por un lado dice que la prueba que viole las normas constitucionales se la tendrá como no válida y carecerá de eficacia probatoria, es decir la ineficacia jurídica del medio de prueba; y en otra perspectiva la nombra cuando se asegura que si violenta las normas procesales en el momento de incorporar la prueba al proceso, es decir la consecuencia de la nulidad del proceso por haber violado el trámite de Ley.

CONSIDERACIONES DOCTRINALES ECUATORIANAS SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA

Creo que es muy importante señalar lo dicho por el Dr. Zavala¹⁴⁰ en cuanto a la prueba ilícita: El problema de la prueba ilícita plantea doctrinalmente dos posibles soluciones, a saber: o se la excluye sin excepción alguna, o se la acepta con ciertas limitaciones. En la primera solución se hace un respetuoso acatamiento a la

¹⁴⁰ ZAVALA Baquerizo, Jorge. Ob. Cit. Pág. 85

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



voluntad constitucional por la cual los derechos garantizados por el Estado no pueden ser vulnerados, sin admitir excepción alguna. Esta solución es consecuente con el Estado de Derecho que caracteriza a nuestro país. En la segunda solución se limitan ciertos derechos en aras de que la sociedad obtenga la sanción para los actos intolerables para el Estado, como son los antisociales que se encuentran previamente tipificados en la ley penal. Es la puerta abierta a la tiranía y, por ende, para la arbitrariedad, sentando la peligrosa tesis del respeto condicionado a las garantías constitucionales bajo el hipócrita membrete de la “seguridad social”. Esta es una solución imposible de aceptar en un Estado de Derecho y se la rechaza de plano en la Constitución, en donde se niega toda validez jurídica a la prueba ilícita.

Sin embargo, no han faltado quienes han considerado la posibilidad de una tercera solución intermedia entre la exclusión absoluta de la prueba ilegítima y la aceptación de ella en aras de supuestos fines de beneficio colectivo diciendo que se podría aceptar una prueba ilegítima si es que en el contrapaso de beneficios resulta provechoso a la sociedad aún en perjuicio del individuo, la violación de ciertos derechos constitucionalmente garantizados. No acabamos de comprender cuando es que podría surgir esa situación intermedia, pues siempre ella lesionaría el derecho garantizado por la CPR, lo que hace a dicha solución inadmisibles jurídicamente.

Más adelante el Dr. Zavala agrega: “El principio de la libertad de investigación integral de la verdad no lleva incluido el inmoral principio de que esa libertad significa que cualquier medio que se utilice para alcanzar la verdad debe ser justificado en aras de la paz pública”.

REGLA DE LA EXCLUSIÓN PROBATORIA DE LA PRUEBA ILÍCITA



La exclusionary rule o exclusiones probatorias, como se conoce constituye un principio que se ha ido imponiendo lenta pero decididamente en el derecho comparado, logrando con el tiempo constituirse en una de las piedras angulares de un debido proceso penal también desde una perspectiva internacional¹⁴¹.

Esta regla proviene de su muy apegada conexión con las garantías constitucionales las cuales al estar contenidas en la norma suprema de nuestra carta magna son protegidas, principalmente en el Proceso Penal, ya que es donde más se violentan los derechos humanos; así, con la reglas de la exclusión probatoria como lo dice Cafferata Nores¹⁴² lo que se busca es hacer operativas en el proceso penal las garantías constitucionales, de suerte que se debe privar de valor, no solo a las pruebas que constituyan el corpus de su violación, sino también a aquellas que sean la consecuencia necesaria e inmediata de ella, descalificando así tanto a sus quebrantamientos primarios, como los larvados encubiertos”.

Sobre esto Zavala analiza lo siguiente: *La regla de la exclusión de la prueba ilegal ha sido objeto de duros ataques por quienes piensan que es una norma que favorece la impunidad.* Más adelante realiza un análisis de dichas críticas: Una de las frecuentes observaciones que se han hecho a la regla de la exclusión es aquella por la cual afirma que si bien el hecho de la violación constitucional o legal para la obtención de la prueba constituye un delito, esta conducta no enerva la realidad de haber encontrado la prueba acusatoria que permite la condena del culpable, cuyo derecho fue violentado y que, por ende, lo que debe hacerse es el de iniciar la acción penal contra los funcionarios - policías, fiscales o jueces- que despreciaron el camino legal, pero sin que dichas acción penal enerve el valor

¹⁴¹ Hernández Héctor, La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Colección Investigaciones jurídicas Nro. 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago-Chile, 2002, Pag.9

¹⁴² Cafferata Nores, José Ignacio: La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales, en su Temas de Derecho procesal penal, Desalma, Buenos Aires, 1988, Pág.197-198

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



jurídico de los medios de prueba obtenidos legalmente. Por otra parte, se ha dicho que el despreciar la prueba que permite tanto el descubrimiento del delito como al autor del mismo so pretexto que su obtención y práctica han sido violatorias de normas jurídicas positivas que, principalmente, desprecian las garantías constitucionales, es dejar al Ministerio Público sin posibilidad de aprehender medios de prueba que no son de fácil obtención por caminos regulares o legales, sino a través de la acción sorpresiva y rápida. Más adelante, comenta: *“La inquietud que surge es tratar de establecer si la regla de la exclusión probatoria es válida tanto para el caso de la prueba contraria al inculpado, como a aquella que lo favorece”. La doctrina mayoritaria se pronuncia porque sólo es válida para la prueba que desfavorece, porque, si fuere así, afirma Julio B.J. Maier, no tendría sentido la garantía, que quedaría a merced de la voluntad omnímoda del funcionario que practica el acto.*

FUNDAMENTO DE LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN

Según Zavala, el fundamento de las reglas de exclusión y de los efectos de la misma radican en que el Estado no puede admitir que para cumplir la finalidad del proceso penal, esto es, la imposición de la pena, se inobserven o violenten los derechos que el propio Estado garantiza constitucionalmente.

EJEMPLO DE JURISPRUDENCIA ECUATORIANA EN CUANTO A LA PRUEBA ILÍCITA

El siguiente ejemplo lo he tomado del libro “Manual de Derecho Procesal Penal” del Dr. Ricardo Vaca Andrade¹⁴³, en donde se puede apreciar el criterio de los juzgadores en cuanto al conflicto existente entre la aceptación de la prueba ilícita con tal de no sacrificar la justicia.

¹⁴³ VACA Andrade, Ricardo. Ob. Cit. Pág. 160
Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



Sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 20 de noviembre de 2002, a las 11h00, en el juicio penal Nro. 44-02, seguido en contra de Jesús Pástor Atiz, por atentado contra el pudor en perjuicio de Diana Marlene Escobar Irua, que se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 36 de 10 de Marzo de 2003. El texto es el siguiente:

“De la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Penal del Carchi, a favor del procesado Jesús Pástor Atiz Pinchao, interpone recurso de casación el doctor Edgar Pacheco Mera, Agente Fiscal, concedido el mismo, se ha enviado el proceso a la Corte Suprema de Justicia, radicándose la competencia en la Segunda Sala de lo Penal, la misma que ha sustanciado el recurso y encontrándose en estado de resolver, para hacerlo considera: PRIMERO.- La señora Ministra Fiscal General, al insistir en el recurso y fundamentarlo, expresa que con los testimonios propios rendidos en la audiencia del Tribunal por la licenciada Ximena Arteaga, que prestaba sus servicios en calidad de enfermera en el Hospital Luis G. Dávila de la ciudad de Tulcán, acompañó al médico de turno a examinar a la víctima, de lo expuesto por el Sargento de Policía Bolívar Guevara quien luego de las investigaciones respectivas concluyó que existen graves presunciones de responsabilidad contra el acusado, el certificado médico otorgado por la doctora Sandra Navarrete, médica del mencionado hospital, la propia versión del acusado y la versión de la menor ofendida Diana Marlene Escobar Irua, pruebas estando valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, permiten llegar a la conclusión de que hubo el atentado contra el pudor de la menor nombrada, la misma que a la fecha del hecho tenía diez años, once meses, veinticinco días de edad, que se ha violado los Arts. 86 del Código de Procedimiento Penal vigente, Arts. 505 y 506 inciso 2do. Del Código Penal, pide que se admita el recurso de casación y que se interponga al reo la pena prevista en el Art. 505 del citado cuerpo legal. SEGUNDO.- Estudiada la sentencia por



parte de la Sala, se encuentra que hay una equivocada apreciación de la prueba, toda vez que analizando la declaración del procesado, coincidente con la de la agraviada y con el certificado médico del Hospital Luis G. Dávila de la ciudad de Tulcán, llevando la conclusión de que está justificado al existencia del delito de atentado impúdico a la persona de la menor Diana Marlene Escobar Irua; y que el autor del mismo es el encausado Jesús Pástor Atiz Pinchao, sin embargo, argumentando que las evidencias, vestigios y más diligencias practicadas por la Fiscalía, “no se judicializaron en la etapa del juicio y por lo tanto carecen de eficacia probatoria como lo determina la Ley”, pronuncia sentencia absolutoria, sobre la existencia del delito de atentado contra el pudor existe el certificado médico constante a fs. 1, conferido por la doctora Sandra Navarrete, que informa que en el Hospital Luis G. Dávila de la ciudad de Tulcán fue atendida la menor Diana Escobar, por intento de violación, que fue llevada por la policía a dicho establecimiento de salud, que en el examen físico hay presencia de cuerpo extraño (hiervas secas) congestivo a nivel de región pelviana (genitales) y cuerpo extraño en labios mayores (tierra), certificado que tiene plena validez y por provenir de una profesional de Hospital Luis G. Dávila, que examinó a la víctima inmediatamente de ocurrido el hecho, que desde el sitio donde se lo ejecutó, fue llevada por la policía al hospital y el acusado Jesús Pástor Atiz Pinchao detenido por varias personas y entregado a la policía e investigado, certificado que coincide tanto con la declaración de la agraviada como con la rendida por el encausado ante el Fiscal y con la asistencia del abogado defensor, es decir cumpliéndose con los preceptos constitucionales. La menor Diana Marlene Escobar informa a fs. 25 que el 12 de agosto del 2001, a eso de las seis horas, salió con su padrastro Jesús Pástor Atiz Pinchao desde su domicilio en El Carmelo a la ciudad de Tulcán para realizar compras, que efectuadas éstas en el mercado, se trasladaron a comprar boletos del bus para el regreso a su casa, que el padrastro le indicó que faltaba una hora



para que saliera el carro, que hasta tanto debían darse una vuelta por el lugar, llevándola a un sitio donde había hiervas secas, una acequia como un hueco, que en ese sitio le tiró del brazo hacia la acequia, en donde empezó a bajarle el pantalón y su terno interior, manoseándola con las manos en su partes íntimas, cuando él empezaba a bajarle el pantalón ella se salió del lugar, lo mismo él enojado diciéndole, que le iba a matar a ella y a su madre, sí no hacía lo que él pedía, que en eso llegaron algunas personas y la policía y la llevaron al hospital, donde la realizaron algunos exámenes, al ser interrogada por el Fiscal, informa que en dos ocasiones anteriores el procesado había hecho lo mismo bajándole el pantalón y terno interior y manoseándola, ésta declaración coincide con la que rinde ante la policía, el representante del Ministerio Público y su abogado defensor, fs. 5 en que expresa Jesús Pástor Atiz Pinchao que hace un año dos meses convive con Fabiola Irua quien tiene tres niñas de once, ocho y seis años, la primera es Diana Marlene Escobar Irua, que el doce de agosto a eso de las cinco horas, salió de la parroquia El Carmelo juntamente con Diana Marlene Escobar a la ciudad de Tulcán, a hacer compras de ropa su hijo que iba a nacer, que se dirigieron con la menor por el Estadio Olímpico y en un potrero ella se bajó el pantalón, él también hizo lo mismo, expresa: “Intente hacerle el amor por en medio de las piernas, pero me dio decepción y la dejé, ella se quedó acostada en una zanja y después de un rato salió a donde yo estaba, en ese momento llegaron unas diez personas y procedieron a hacer preguntas a Diana Marlene Escobar sobre quien soy yo e indicaba que soy el padrastro, en esos momentos llegó la policía que procedió a llevarme en calidad de detenido y a ella la llevaron al Hospital Luis G. Dávila de esta ciudad”, prosigue informando que en tres ocasiones le sobé mi pene en los labios de la vagina y la dejé”, declaración concordante en su totalidad, con la que rinde la menor agraviada y con el certificado del Hospital Luis G. Dávila de Tulcán, que encuentra en la región pélvica de la niña hiervas



secas y tierra, porque se fueron a un potrero y zanja en donde lógicamente existen hiervas secas y tierra, que se introdujeron en los genitales de la menor cuando fue acostada desposeída de sus prendas de vestir. Estas declaraciones, meticulosamente relatadas, con total verosimilitud y coincidencia una con la otra, muy excepcionalmente tratándose de delitos sexuales, reforzados con el certificado médico, sobre las que se discutió en el Tribunal Penal, no pueden considerarse como pruebas ineficaces por no habérselas practicado en el Tribunal Penal, o como expresa el juzgador “por no haber sido judicializadas”. El criterio del Derecho Procesal Penal es que la prueba material evacuada generalmente antes del a iniciación de la causa pesa como diligencia preprocesal, debe ser entregada y controvertida en el plenario de la etapa, sin perder validez, a menos que fuere impugnada o desvirtuada por otras pruebas. **La judicialización no consiste en que recepte la prueba el Juez Penal, ya que en el actual Código no lo puede hacer sino por excepción, o el Tribunal Penal sobre la captación de vestigios que pueden desaparecer tienen que hacerse urgentemente por parte de la Fiscalía con ayuda de la Policía Judicial; mal puede hacerse por parte del Tribunal Penal, que actúa muy posteriormente, pero será sometida a la contradicción en la audiencia del juzgamiento, en la que puede ser impugnada y perder valor si se aprecia su invalidez, caso contrario, mantiene y cobra todo el valor probatorio, relacionada, por supuesto, con las demás pruebas que se hubieren recibido en la instrucción fiscal, y en la fase de juzgamiento. En los delitos sexuales el criterio de apreciación de la prueba es mucho más amplio que en otra clase de delitos, porque se considera que muy difícilmente o nunca existirá prueba directa o testigos presenciales u otra clase de medios de convicción, las reglas de la sana crítica contempladas en el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, permiten al juzgador hacer una apreciación inteligente, a base del criterio que guía el**



acontecer común de las cosas, unida a la experiencia y a la lucidez del juzgador, norma que guarda relación con lo preceptuado en el Art. 192 de la Constitución Política que con mucho realismo declara que; “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. El Art. 91 del Código Procesal Penal dispone que la prueba material debe ser recogida y conservada para ser presentada en la etapa de juicio y valorada por los tribunales penales y el Art. 92 ibídem dispone que cuando la infracción deja resultados visibles o vestigios, el Fiscal o la Policía Judicial , irá al lugar para hacer su reconocimiento sin imponer que sea el juzgado, menos el Tribunal Penal quien evacue estas diligencias urgentes, atenta la precariedad de las mismas. El tribunal hace procedente el recurso de casación de acuerdo con lo que dispone el Art. 349 de dicho cuerpo legal, por lo que la Sala, acogiendo el recurso deducido por el Ministerio Público, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia y se declara al procesado Jesús Pástor Atiz Pinchao autor del delito de atentado contra el pudor tipificado en el Art. 505 del Código Penal y le impone la pena de seis años de reclusión menor, tomando en cuenta la edad de la agraviada, once años, por no existir además pluralidad de circunstancias atenuantes sino al contrario, la agravante de la autoridad que tenía el procesado con respecto a la menor Diana Escobar, por vivir en el mismo hogar con ella y su madre señora Fabiola Irua, su conviviente, de conformidad con lo que dispone el Art. 506 inciso 2do. Del citado cuerpo legal. Notifíquese”.

En este ejemplo se puede observar como bajo el criterio de la jurisprudencia es muy importante la justicia, y como dice el precepto constitucional no se la sacrificará por la simple omisión de formalidades; y en este caso se omitieron ciertas formalidades en cuanto a las pruebas, y por eso en una primera instancia se desecho dicha prueba, pero el fin del proceso penal es encontrar la verdad de



los hechos y a partir de esto hacer justicia, por eso según este ejemplo esa prueba fue admitida y tomada en cuenta para la decisión final de los juzgadores.

EXCEPCIONES A LA INEFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA PLANTEADAS INTERNACIONALMENTE

Si bien en nuestro país, se desecha totalmente la aceptación de la Prueba Ilícita, y más que nada su incorporación dentro del proceso, a nivel internacional ya se han establecido ciertas excepciones a este rechazo, por lo cual creo que es necesario citar lo expresado por el Dr. Ricardo A. Guamán Aguirre¹⁴⁴ quien expresa lo siguiente:

Se sabe que toda regla tiene su excepción, y en efecto la *exclusionary rule* no escapa de aquello. Y una breve introducción a las excepciones de la regla de exclusiones probatorias nos indicará que la ineficacia jurídica de la prueba ilícita, la misma idea de “*exclusión de las pruebas ilícitas no debe ser absoluta*”. La prueba como acto procesal no puede estar aislada de ciertas circunstancias que le restarían valor y utilidad a las reglas de exclusión; en muchos de los casos que encierran prueba ilícita existe la posibilidad que el hecho antijurídico punible sea probado por otros medios de prueba; otras veces la vulneración a garantías constitucionales suele verse atenuada o debilitada; también se ha dado el evento de que para la obtención de la prueba ilícita se haya actuado con buena fe descartándose el dolo, especialmente en las actuaciones policiales; además de otra forma el descubrimiento de la infracción penal puede hasta muchas veces ser inevitable; en cambio así mismo habrá casos concretos en los que se deberá ponderar la importancia de valorar o no un medio de prueba ilícito según la conveniencia al interés superior. Todo lo cual

¹⁴⁴ GUAMÁN Aguirre, Ricardo Alfredo. La Ineficacia Probatoria de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal Ecuatoriano. Machala-Ecuador.

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



como se vera inmediatamente, nos sugiere que no toda prueba ilícita debe ser excluida, lográndose recuperar la información que se ha ingresado al proceso mediante un modo indebido, viciado o inconstitucional.

No ahondando más en su contenido, entre las más conocidas y aceptadas excepciones a las exclusiones probatorias, se encuentran:

➤ **DOCTRINA DE LA FUENTE INDEPENDIENTE (INDEPENDENT SOURCE DOCTRINE)**

Que consiste en conferir valor probatorio a aquella prueba lícita, que se encuentra desvinculada causalmente de un medio de obtención de prueba ilícito, es decir cuando una prueba que es lícita no es “fruto” de la ilicitud o consecuencia inmediata de una prueba ilícita. Dicho medio de prueba además tiene que encontrarse consignado en el proceso, a tal punto que valiéndonos de una supresión hipotética del acto de prueba inconstitucional, igual se allegaría a las conclusiones de culpabilidad del acusado por otros medios probatorios lícitos. Este es un caso excepcional permitido también en nuestro país, bajo la ordenanza procesal del Art. 80 del C. P. P. E.

Pueden citarse de esta manera el caso *United State vs O’ Bremski (1967)*, en el que se da un allanamiento ilegal a la casa de un imputado que presumiblemente ha mantenido una cópula con una menor, encontrándose la niña en el lugar, posteriormente declara sobre la veracidad de las relaciones sexuales, lo que es aprovechado como fuente de prueba independiente, admitiéndose y valorándose en el proceso.

➤ **EL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE (INEVITABLE DISCOVERY)**

Esta excepción conlleva que el acto de prueba ilícito y su consecuencia (el fruto del árbol envenenado) inexorablemente en un acontecimiento futuro, a través de otro sendero probatorio, se allegaría a su conocimiento. La casuística más conocida es *Nix vs Williams (1984)* caso en el cual mediante inobservancia de



la Sexta Enmienda (derecho a la asistencia legal obligatoria de un abogado) se logró la declaración de un sujeto sobre la ubicación del cadáver una menor de edad que el mismo acababa de dar muerte, dándose de esta forma, gracias a su revelación, con el paradero de la víctima muerta. Condescendiéndose valor probatorio a esta confesión viciada ya que inevitablemente se hubiese descubierto el cuerpo del delito, basándose en el supuesto de que en el operativo de búsqueda se encontraban 200 agentes de policía muy próximos a la escena del crimen, lo que induce a pensar lo ineluctable del hallazgo.

➤ **LA BUENA FE (GOOD FAITH EXCEPCIÓN)**

Es otra de las famosas excepciones a la regla de exclusiones probatorias, implica que el medio de prueba ilícito ha sido obtenido sin intención dolosa de acometerlo, y al creerse que se ha actuado en derecho puede ser valorado ya que el efecto disuasivo que contiene la regla de exclusiones probatorias (convencer a las agencias policiales de no violar derechos fundamentales), no puede reputarse a alguien que actúa de buena fe, debido a que su intención no fue esa, no pudiéndose persuadir a abstenerse de vulnerar garantías constitucionales a alguien que no ha querido hacerlo.

El caso es típico al efectuarse los allanamientos o requisas como métodos de investigación criminal, al efecto puede citarse a *United States vs León (1984)* en donde agentes de policía ingresan y registran un sitio cerrado incautando gran cantidad de droga prevaleciéndose de una orden de allanamiento aparentemente válida, pero que no es tal, al encontrarse con una orden viciada que no ha tenido sustento en una causa probable; así también puede mencionarse a *Adams vs Williams* en el cual se sometió a discusión la validez de una incautación de droga, cuando la presunción para proceder a la requisita policial se basaba en que a la persona que se pretendía incautar llevaba armas y no estupefacientes que es el ilícito descubierto.



Una casuística famosa que ilustra esta excepción es el caso O. J. Simpson, en donde al encontrarse el cadáver asesinado de su ex mujer y al presunto amante de ésta, la policía se introdujo sin orden de allanamiento al domicilio del O. J. Simpson bajo la creencia de que su vida podía correr peligro, y no para obtener pruebas en su contra. De esta manera el guante ensangrentado que allí se encontró, fue admitido como prueba, aunque después por defectos en la práctica de la prueba parcial el análisis de la sangre no arrojó ningún dato concluyente sobre la culpabilidad de Simpson quien como es sabido, por estas y otras razones (como la falta de credibilidad del policía que encontró el guante), fue absuelto.

➤ **LA DOCTRINA DE LA CONEXIÓN ATENUADA O DEL VÍNCULO ATENUADO (ATTENUATED CONNECTION PRINCIPLE)**

La jurisprudencia norteamericana ha fundado esta excepción en el sentido de que una prueba ilícitamente obtenida se va disipando o al mismo tiempo purgando ante el ingreso posterior de otros actos derivados de prueba que propagan el vicio principal, pues la causalidad entre la prueba ilícita principal y las pruebas derivadas posteriormente obtenidas se encuentra mitigada por la concurrencia de múltiples situaciones.

El paradigma casuístico es *Wong Sun vs. United States* (1963) caso de drogas en el que se arresta en forma viciada e inconstitucional a una persona quien a la vez incrimina a otra detenida también en forma indebida, y ésta, la otra persona, sindicada e involucra a un tercero (Wong Sun) quien previo a la audiencia de juzgamiento confiesa voluntariamente admitiendo su responsabilidad penal.

➤ **LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL PRIVADA.-**

Otra de las excepciones o limitaciones que ha fijado la jurisprudencia de Estados Unidos a la regla de exclusiones probatorias es la valoración de prueba



inconstitucional obtenida por particulares. Esta excepción tiene su base histórica en el caso *Burdeau vs. McDowell* 256US 465 (1921) en donde se sostuvo que el origen e historia de la Cuarta Enmienda “muestra claramente que fue un intento de restringir las actividades de la autoridad soberana y no de extraños a las agencias de gobierno” por lo que no cabía excluir la evidencia de una requisita ilegal practicada por particulares.

➤ **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.-**

Las excepciones a la regla de exclusión probatoria no solo que han sido una preocupación estadounidense, sino que guardan también su apogeo en Europa continental, en países como Alemania en donde la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se ve aminorada por la presencia del criterio **de proporcionalidad** (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), razonamiento que es aplicado por los tribunales de Alemania Federal siempre con carácter excepcional y en casos extremadamente graves, equilibrando la contraposición de valores fundamentales que se encuentren en tensión, la eficiencia y éxito de la administración de justicia por un lado, la garantía del acusado a no ser condenado en base a pruebas ilícitas, por el otro. La aplicación del principio de proporcionalidad, pese a dar admisibilidad a un medio de prueba inconstitucional, es el camino a seguir como medio de evitar peores desastres proporcionalmente mayores.

En Suiza se aplicó este principio en el caso de Pierre Schenk a quien se acusó de contratar a una persona para dar muerte a su esposa y mediante interceptación de llamada telefónica sin orden judicial, se obtuvo prueba contra él. El Tribunal que lo juzgó estimó que *“el interés público en que la verdad fuese establecida respecto de un delito en que esta implicada la muerte violenta de una persona, prevalecía frente al interés del señor Schenk al secreto de una*



conversación telefónica que no conllevaba de ninguna manera un ataque a la esfera íntima”

➤ **LA POSIBILIDAD LEGAL DE APLICAR EXCEPCIONES A LA INEFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ECUADOR**

Sin dejar de admitir que el terreno de la regla de exclusión probatoria y sus excepciones es inabarcable, por la variedad de matices que comportan su casuística; en nuestro país existe la necesidad académica de precisar excepciones a la ineficacia de la prueba ilícita, y en efecto, nuestro Código de Procedimiento Penal sí permite aplicar excepciones.

Desde bases muy objetivas podemos decir que se pueden reconocer dos excepciones: la fuente independiente y el descubrimiento inevitable. Esto porque nuestro Código de Procedimiento Penal lo faculta y por ende lo permite.

➤ **LA FUENTE INDEPENDIENTE Y EL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE COMO EXCEPCIONES**

No es ajeno que nuestro C. P. P. acepta la excepción de la fuente independiente, el doctor Jorge Zavala Baquerizo así también lo reconoce, pues, el Art. 80 del citado cuerpo legal, muy bien otorga admisibilidad a la prueba independiente de la violación constitucional; en tal virtud, de haber prueba desvinculada causalmente de una prueba obtenida en violación a garantías constitucionales, esta prueba se admite al proceso.

Asunto que merece discusión y mesurado análisis, es la aplicación de la excepción del descubrimiento inevitable. En principio la formulación del Art. 80 de nuestro Código de procedimiento Penal permite su aplicación cuando determina: *Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se*



extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

Para el efecto de aplicarse esta excepción, tómesese en cuenta que la disposición en mención no presenta problemas de oscuridad en el lenguaje por lo que se entiende su eventual alcance. Nótese claramente que la palabra “sin” nos indica que no entrará en juego la ineficacia probatoria cuando la prueba derivada no fuese exclusiva de la prueba ilícita. Y la expresión “hubiesen” se expresa en tiempo verbal del pretérito pluscuamperfecto del subjuntivo, lo que denota potencialidad pasada, de esta manera la eventualidad del descubrimiento al ser indispensable porque el artículo se condiciona “sin” exige que el descubrimiento sea inevitable.

Debe atenderse además que el precedente análisis es la paráfrasis casi textual de la opinión de Maximiliano Hairabedián al estudiar el Art. 41 de la Constitución cordobesa, que es en su texto casi igual a lo que dispone el Art. 80 de nuestro Código de Procedimiento Penal. Opinión que lejos de ser valiosa para ilustrarnos, no deja de explicar el espíritu de la norma contenida en el Art. 80 de nuestro C. P. P.

Pese a que se puede aplicar en nuestro país esta excepción, no podemos dejar de resaltar lo conflictivo que implica su aceptación. El reconocido autor argentino Fabricio Guariglia critica esta excepción al inferirse que para la aplicación de esta excepción se requieren elaborar hipótesis de posibilidades de incorporación de prueba, lo que nos dice significa *“que son meras ficciones de hechos que nunca han acontecido ni acontecerán en el mundo real: no se trata aquí de la indagación de un acontecimiento histórico objetivamente sucedido, y a cuya afirmación se pueda llegar con la certeza necesaria; ello, en el tema que nos ocupa, conduce a que, en la mayoría de los casos, será imposible afirmar la hipótesis alternativa según datos reales. Esto implica, necesariamente, la*



exclusión de la prueba adquirida. Lo contrario representaría fundar un principio in dubio pro prueba, naturalmente en contra del perseguido penalmente.”

➤ **LA DOCTRINA DE LA CONEXIÓN ATENUADA O DEL VÍNCULO ATENUADO; LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL PRIVADA; PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD; LA BUENA FE COMO EXCEPCIONES.**

Las excepciones en mención (la doctrina de la conexión atenuada o del vínculo atenuado; la infracción constitucional privada; principio de proporcionalidad; la buena fe como excepciones) no son admitidas según la estructura normativa de nuestro Código de Procedimiento Penal, a continuación el análisis:

En cuanto a la primera excepción, **la Doctrina de la conexión atenuada o del vínculo atenuado**, se vislumbra claramente la imposibilidad legal de aplicar dicha excepción, cuando en la regulación de nuestro C. P. P. el citado Art. 80 taxativamente dispone “**toda** acción procesal o pre procesal que vulnere garantías constitucionales” por lo que en Ecuador se descarta y se rechaza la aplicación de esta excepción.

Si se piensa en aplicar la excepción de **la Infracción Constitucional Privada**, se infiere que tanto la disposición constitucional del Art. 24 num.14 (hoy Art. 76 num.4) y el Art. 80 de nuestro C. P. P., no hacen distinción alguna respecto a la calidad de los sujetos que obtuvieron la prueba inconstitucional, por lo que es igual que el sujeto que al obtener prueba ilícita sea un policía, Fiscal o ciudadano común, igual se excluiría la prueba ilegalmente obtenida.

El hecho de que en nuestra legislación no se haga distinción de la calidad y la intencionalidad del sujeto que obtiene la prueba ilícita significa que no importa **la buena fe** o la mala fe del obtentor de la prueba inconstitucional, igual no se admite en el proceso.



El **Principio de proporcionalidad**, según nuestra legislación no se encuentra prevista su aplicación, pero no puede escapar de nuestro análisis que, como se sabe, dicho principio deviene de fundamentos que inspiran la Constitución y el orden jurídico en general, así lo ha entendido la doctrina especialmente en la teoría general del derecho, y en el caso ecuatoriano tenemos que la disposición del Art. 24 num. 14 de la Constitución Política de la República dispone como garantía judicial la ineficacia probatoria de los actos que violan la Constitución, garantía que eventualmente se enfrentaría o colisionaría con otros derechos fundamentales reconocidos judicialmente, y en el caso de aplicarse esta excepción no existiría afectación a nuestro sistema judicial, ni a su *coherencia interna*, por tanto pudiera aplicarse en nuestro país dicha excepción para subsanar la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, no obstante se advierte su peligro y riesgo para el respeto de la dignidad humana y el fortalecimiento de un Estado de Derecho, pues, la *Tiranía del Escándalo* domina el escenario de la administración de justicia en nuestro país, y para nadie es desconocido que nuestros Jueces y Fiscales hacen lo que la prensa y la masas populares quieren, apartándose de las normas legales que es su obligación cumplir. Por esta razón no es aconsejable su implementación en el país.

REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO, CON NUEVAS INCLUSIONES PROBATORIAS ANTES CONSIDERADAS PROHIBIDAS

Luego de conocer que a nivel internacional existen ciertas reglas para la aceptación de las llamadas Pruebas Ilícitas en los Procesos Penales, y además de haber revisado una sentencia en la cual la Segunda Sala de lo Penal, aceptaba



dichas pruebas, creo que es necesario citar la reciente reforma al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano¹⁴⁵, y más que nada destacar la inclusión que se ha hecho en cuanto a los siguientes preceptos legales:

➤ **ART. 86.- APRECIACIÓN DE LA PRUEBA**

“Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de éste Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo”.

➤ **2do. INCISO DEL ART. 156**

No se requerirá la autorización a la que se refiere el artículo anterior, en los casos en que las grabaciones de audio o video sean obtenidas por cámaras de seguridad o en lugares públicos; así como tampoco en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o video obtenidas por uno de los intervinientes. En estos casos el juez tendrá la facultad de admitir o no la prueba obtenida a través de estos medios, valorando su autenticidad, la forma en que se obtuvo, los derechos en conflicto, y el bien jurídico protegido.

➤ **NUEVO ARTÍCULO 157**

Los fiscales podrán utilizar todos aquellos medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos que resulten útiles e indispensables para sustentar sus actuaciones y pronunciamientos, cumpliendo con los requisitos y obteniendo las autorizaciones que se exijan en la ley respecto de la procedencia y eficacia de los actos de investigación o de prueba que se formulen a través de dichos medios.

Las actuaciones que se realicen, y los documentos o información obtenidas a través de estos procedimientos; serán válidos y eficaces siempre que se garantice

¹⁴⁵ Código de Procedimiento Penal 2009.



su integridad, autenticidad y reproducción, y no afecten en modo alguno los derechos y garantías fundamentales reconocidas en la Constitución y la ley.

Las actuaciones y procesos que se tramiten con soporte informático, deberán garantizar la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos e informaciones de carácter personal que contengan.

Sin embargo, en aquellos casos de grabaciones o filmaciones relacionadas a un hecho constitutivo de infracción, registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución, por los medios de comunicación social o por cámaras de seguridad, ubicadas en lugares públicos, le servirán al fiscal para integrar la investigación y para introducirlas al juicio como elemento de prueba para su valoración. Estas no requerirán de la autorización a la que se refiere el artículo ciento cincuenta y cinco.

Es importante destacar la incursión de este nuevo medio probatorio en el Código de Procedimiento Penal, que pocos meses atrás era prohibido por el mismo cuerpo legal, y que sin embargo para su admisión establecía como condición la “autorización judicial”, sin embargo ahora esta autorización es suprimida bajo las condiciones establecidas; es evidente como los legisladores regularon este cuerpo normativo basados a mi criterio en el fin mismo del Proceso Penal que es la justicia y en el fin de la Prueba que es el descubrimiento histórico de los hechos, es decir la verdad. Además del precepto legal en donde se dice que “no se sacrificara la justicia por la simple omisión de formalidades”, por lo que en fin de dicha justicia mismo se da la facultad al fiscal y al juez de considerar esta prueba como válida así no haya sido obtenida bajo las formalidades que en Códigos atrás eran requeridas.

✚ INCURSIÓN DEL SOFT POSITIVISMO O POSITIVISMO BLANDO COMO UNA PROPUESTA DE VÁLIDEZ DE NORMAS JURÍDICAS

Prueba Ilícita: Eficacia Probatoria en Material Penal



El derecho está experimentando una nueva corriente, desconocida quizás por muchos pero de vital importancia para el estudio del mismo, esta nueva corriente denominada Soft positivismo o derecho blando, propone la implementación de estándares morales en la aplicación del derecho. Estos estándares morales según Tomasz Gizbert-Studnicki y Tomasz Pietrzykowski¹⁴⁶, desempeñan dos funciones en el proceso de aplicación del derecho: por un lado las normas jurídicas que se refieren a estándares morales que deben ser cumplidos por los jueces, por lo cual el juez los debe tomar en cuenta conjuntamente con la ley al momento de tomar cualquier decisión.

El positivismo blando puede ser entendido como un conjunto de las siguientes afirmaciones:

- La regla de reconocimiento, que es una convención socialmente aceptada que determina el criterio de validez de normas jurídicas.
- La existencia de la regla de reconocimiento se manifiesta en una práctica común de los tribunales y autoridades involucradas en el funcionamiento de un sistema jurídico. Dicha práctica común es un hecho social independiente de evaluaciones y consideraciones morales.
- La regla de reconocimiento puede determinar el criterio de validez en cualquier sentido. En particular, dicho criterio puede referirse y, de hecho, en la mayoría de los casos se refiere, al pedigrí de las normas. Sin embargo, el criterio de validez puede referirse al contenido de las normas o su conformidad con estándares de calidad.
- La tesis de la separabilidad (separability thesis) significa únicamente lo siguiente: no es conceptualmente necesario que la regla de reconocimiento contenga algún criterio relacionado con el contenido de las normas jurídicas (o

¹⁴⁶ GIZBERT-STUDNICKI Tomasz y Pietrzykowski Tomasz. POSTIVISMOS BLANDO Y LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL. Universidad de Cracovia.



su conformidad con estándares morales). El hecho de que la regla de conocimiento contenga algún criterio de este tipo es un asunto de convención.

Más adelante los autores agregan: *“La versión mas radical (y, por consiguiente, la más blanda) del positivismo blando (frecuentemente llamado “incorporacionismo” o “positivismo incluyente”) sostiene que los estándares morales forman parte del Derecho, no sólo en el contexto de la función de validez, sino también en el contexto de la función de aplicabilidad. Por medio de una referencia explícita o implícita en los estándares morales de las normas jurídicas, dichos estándares se incorporan al Derecho. Por tanto, los estándares morales no solamente sirven como criterio para determinar la validez de las normas jurídicas, también orientan el contenido de las decisiones judiciales. Los estándares morales a los que se refieren explícita o implícitamente las reglas jurídicas forman parte del Derecho. Una decisión judicial inconsecuente con dichos estándares no solamente puede criticarse por ser injusta e inequitativa, también por violar el Derecho. Una vez más, el hecho de que los estándares morales estén incorporados al Derecho, depende de que la regla de conocimiento los adopte”.*

Esta nueva corriente, podría influir de mucho en la aceptación de pruebas ilícitas, aunque cabe recalcar que ya se han evidenciado sus primeros efectos como las excepciones a la regla de las exclusiones probatorias.



CAPITULO VI



CAPITULO VI

“CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES”

CONCLUSIONES

Luego de haber realizado la presente Tesina, pude llegar a las siguientes conclusiones:

- El Sistema Procesal Penal Ecuatoriano, cuenta con variados vacios legales, lo cual provoca un gran perjuicio a la sociedad, al no haber normas que definan el accionar legal de dichos vacios.
- La Constitución de la República del Ecuador consagra un conjunto de Derechos, basados principalmente en el respeto a la dignidad de las personas, sin embargo en la aplicación práctica de estas normas constitucionales tanto los juristas como jueces se encuentran con normas contrapuestas que defienden derechos importantes por igual.
- En la legislación ecuatoriana se da la facultad al Juez de valorar la Prueba, bajo las reglas de la sana crítica, sin embargo no existen reglas concretas acerca bajo las cuales los jueces se puedan basar para dicha valoración, ya que en el Código de Procedimiento Penal se enuncia meramente la sana crítica.
- En el ordenamiento Procesal Penal del Ecuador, se desecha de plano la prueba ilícita, al expresar que carece de eficacia probatoria; sin embargo en



la práctica los jueces se ven en la necesidad de valorar esta prueba, como válida con tal de no sacrificar la justicia.

- La Prueba Ilícita ha sido acogida en algunas legislaciones internacionales, en las cuales se han implementado ciertas excepciones a las reglas de la exclusiones probatorias; logrando con esto que bajo ciertas condiciones este tipo de pruebas, pueda ser aceptada y por lo tanto valorada por los jueces.

- En el Ecuador, se ha implementado la validez de ciertas normas que antes eran consideradas como pruebas ilícitas, por carecer de ciertas formalidades de la Ley, sin embargo en la reciente reforma al Código de Procedimiento Penal se puede ver como se da el valor de prueba que antes eran desechadas de plano.

- El Post Positivismo, se constituye como una corriente del Derecho que plantea la posibilidad de valorar ciertas normas jurídicas.



RECOMENDACIONES:

- Recomendar a los legisladores, crear y reformar ciertas leyes que son oscuras, y que contienen vacíos legales.
- Se recomienda a los juristas, analizar estos temas de gran importancia no solo para el Derecho, sino además para la sociedad en general.
- A los jueces, actuar con relevante justicia e imparcialidad en la sustentación de los diferentes procesos.
- A las universidades, seguir promoviendo este tipo de investigaciones, ya que incentivan a los estudiantes a investigar temas de gran importancia para su desenvolvimiento profesional.
- A los profesores, a realizar debates académicos en los que se analicen las diferentes leyes y su impacto dentro del accionar de la sociedad.
- A los alumnos, actualizarse constantemente mediante la investigación y la lectura.
- A los abogados, ser los defensores de los derechos de la sociedad, siempre actuando con ética y veracidad.



- A la sociedad en general, que tome en cuenta el presente trabajo investigativo, para que así pueda mantenerse mejor informada acerca de temas que incumben a todos los habitantes del Ecuador, como es el ejercicio y la violación de ciertos derechos.



8. BIBLIOGRAFÍA

- ANTOLISEL, Francesco. “Manual de Derecho Penal”. U.T.E.H.A. Torino-Italia. 1960.
- AROSEMENA Camacho, Xavier. Artículo sobre el Debido Proceso.
- BAYTELMAN, Andrés y Duce Mauricio, “Litigación Oral y Juicio Oral”
- CAFFERATE Norés, José Ignacio. “La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales”; en su tema de Derecho Procesal Penal, Desalma, Buenos Aires. 1988
- CARRIÓN, Alejandro “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal”
- CHOCANO Núñez, Percy. Teoría de la Actividad Probatoria en Materia Penal
- CÓDIGO CIVIL, Codificación de Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2005
- CÓDIGO Penal, año 2008. Codificación de Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CÓDIGO de Procedimiento Penal, año 2009.
- CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador, año 2008.
- ECHANDÍA Devis, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Colombia 2002.
- ERAZO Bustamante, Silvana. “Ciencias Penales”. Primera Edición. Escuela de Ciencias Jurídicas-UTPL. Loja-2008.
- FLORIAN Eugenio. De las Pruebas Penales. Tomo I. TEMIS. Tercera Edición. Colombia 1998.
- GARCÍA Torres, Carlos. “Cuestiones Introductorias al Derecho Romano”
- GUERRERO V., Walter. “Derecho Procesal III” (La Prueba Penal). Segunda Edición. Colección Ensayistas de Hoy. 1989



- GUAMÁN Aguirre, Ricardo Alfredo. Artículo “La ineficacia Probatoria de la Prueba Ilícita en le Derecho Procesal Ecuatoriano”
- HERNÁNDEZ, Héctor. “La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno”, Colección Investigaciones Jurídicas Nro. 2. Universidad Alberto Hurtado, Santiago-Chile. 2002. Pág. 9
- HOYOS, Arturo. Artículo publicado sobre “El Debido Proceso”.
- LABATUT Glenda, Gustavo. Derecho Penal. Tomo I. Editorial Jurídicas de Chile.
- MADRID-MALO Garizábal, Mario. “Derechos Fundamentales”. Segunda Edición. Bogotá-1997.
- MONTOYA, Ángel. Ciencia Penal.
- PÉREZ Álvarez, Fernando. Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. “Fundamento del Derecho Penal Ecuatoriano”. Fondo de Cultura Ecuatoriana. Cuenca-Ecuador. 1994
- TORRES Chaves, Efraín. Filosofía y Derecho Penal. Colección Ensayistas de Hoy, Edición Facultad de Jurisprudencia de la UNL, año 1987
- TORRES Chaves, Efraín. Práctica Penal. UTPL. Escuela de Ciencias Jurídicas-2006
- VACA Andrade, Ricardo. “Manual de Derecho Procesal Penal”. Segunda Edición (Tomo II) Corporación de Estudios y Publicaciones, año 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. Ediar. 2005
- ZAVALA Baquerizo, Jorge. “Tratado de Derecho Procesal Penal”. Tomos I, II y III. EDINO 2004
- ZAVALA Baquerizo, Jorge. “El Debido Proceso”. EDINO. 2002
- www.derechoecuador.com
- www.wikipedia.com

