



# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**

*ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA*

**NIVEL DE POSTGRADO**

**MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES**

## **TITULO:**

*“LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL  
ECUATORIANO. EXCEPCIONES PARA SU VALIDEZ”*

TESIS PREVIA A OPTAR EL TITULO  
DE MAGISTER EN CIENCIAS  
PENALES.

**AUTORA:**

DRA. VANESSA ELIZABETH RAMÍREZ NÚÑEZ

**DIRECTOR:**

DR. MGS. NÉLSON GABRIEL PAZ COSTA

**Loja-Ecuador**

**2015**

## CERTIFICACIÓN

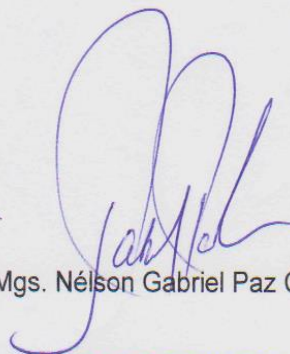
**Dr. Mgs. Néelson Gabriel Paz Costa,**

Docente de la Carrera de Derecho del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja y Director de Tesis

## CERTIFICA

Que la presente tesis de Magister en Ciencias Penales intitulada: **“La prueba ilícita en el Procedimiento Penal Ecuatoriano. Excepciones para su validez”**, de la autoría de la Dra. Vanessa Elizabeth Ramírez Núñez, ha sido minuciosamente revisada de acuerdo a las exigencias propias de su categoría, por lo que autorizo su presentación.

Loja, marzo 30 de 2015.



Dr. Mgs. Néelson Gabriel Paz Costa

**DIRECTOR DE TESIS**

## AUTORÍA

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

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-biblioteca Virtual.

**AUTOR:** Dra. Vanessa Elizabeth Ramírez Núñez

**FIRMA:**..... VANESSA RAMÍREZ DE ESPINOSA

**CÉDULA:** 1103596696

**FECHA:** Loja, julio de 2015

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

Yo, Dra. Vanessa Elizabeth Ramírez Núñez declaro ser autora de la Tesis titulada: **“LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO. EXCEPCIONES PARA SU VALIDEZ”** Como requisito para optar al Grado de: **MAGÍSTER EN CIENCIAS PENALES:** autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 13 días del mes de julio del dos mil quince, firma el autor:

**AUTOR:** Dra. Vanessa Elizabeth Ramírez Núñez

**FIRMA:** VANESSA RAMÍREZ NÚÑEZ  
**CÉDULA** 1103596696

**DIRECCIÓN:** Loja, Av. Santiago de las Montañas y Juan de Velasco

**CORREO ELECTRÓNICO:** vanern22@yahoo.com

**TELÉFONO:** 2570725      **CÉLULAR:** 0984260369

**DATOS COMPLEMENTARIOS**

**DIRECTOR DE TESIS:** Dr. Mgs. Nélon Gabriel Paz Costa

**TRIBUNAL DE GRADO:**

Dr. Mg. Dr. Leandro Rodrigo Peña Merino      **(Presidente)**

Dr. Mg. Pablo Bolívar Guerrero Aguirre      **(Vocal)**

Dra. Mg. Susana Jacqueline Jaramillo      **(Vocal)**

## **AGRADECIMIENTO**

La gratitud es uno de los valores más sublimes...

A la Universidad Nacional de Loja, en donde instituí mi carrera profesional y proseguí con la Maestría en Ciencias Penales, por su cobijo y escucha.

Al Dr. Mgs. Nélon Gabriel Paz Costa, por su invaluable sustento y consejo en la presente investigación que servirá de aporte en mi trayectoria profesional.

## **LA AUTORA**

## **DEDICATORIA**

*A mi esposo John...fiel compañero en mi transitar*

*A mis hijos Daniel y Doménica... la razón de mi existencia*

*A mi padre César Alfonso.... mi indeleble ángel de luz*

*A mi madre Morayma... mi paradigma y admiración*

Dra. Vanessa Ramírez Núñez

# TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACION

AUTORIA

CARTA DE AUTORIZACION

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

1. TITULO

**2. RESUMEN**

**3. INTRODUCCIÒN**

**4. REVISIÒN DE LA LITERATURA**

**4.1. Marco Conceptual**

4.1.1. La Prueba

4.1.1.1 Prueba.- Naturaleza jurídica

4.1.1.2 Objeto de la prueba

4.1.1.3. Necesidad de la prueba

4.1.1.4. Parámetros de la Prueba

4.1.2. Principios fundamentales de la prueba en materia penal

4.1.2.1. Principio de la veracidad

4.1.2.2. Principio de la libre apreciación

4.1.2.3. Principio de la unidad de la prueba

4.1.2.4. Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba

4.1.2.5. Principio de la necesidad de la prueba

4.1.2.6. Principio de la comunidad de prueba o adquisición procesal

4.1.2.7. Principio de la contradicción de la prueba

4.1.2.8. Principio del derecho a la prueba

4.1.2.9. Principio de oralidad e inmediatez

4.1.3. La prueba en materia penal



- 4.1.3.1. Prueba y Procedimiento Penal en el Ecuador
- 4.1.3.2. Prueba irregular
- 4.1.3.3. Prueba ilícita
- 4.1.3.4. Clases de ilicitud
- 4.1.3.5. Causales de ilicitud
- 4.1.3.6. Diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular
- 4.1.3.7. Efecto de la prueba ilícita en el proceso
- 4.1.3.8. Efecto de la prueba ilícita en el razonamiento del juzgador
- 4.1.3.9. De la prueba ilícita a la prueba inconstitucional
- 4.1.3.10. Consecuencias que se derivan de una prueba ilícita
- 4.1.3.11. Fundamento de la exclusión de la prueba ilícita
- 4.1.3.12. La denominada doctrina de la conexión de antijuridicidad

## **4.2 Marco Doctrinario**

- 4.2.1. Excepciones para la validez de la prueba ilícita
- 4.2.2. Derecho anglosajón
- 4.2.3. Excepciones a la eficacia refleja
- 4.2.4. Excepción de la buena fe en la actuación policial
- 4.2.5. Excepción de la fuente independiente.
- 4.2.6. Limitación del nexo causal atenuado, tacha saneada a fuente quasi-independiente.
- 4.2.7. Descubrimiento inevitable
- 4.2.8. Test de ponderación
- 4.2.9. Derecho europeo continental
- 4.3. Marco Jurídico
  - 4.3.1. Excepciones aplicadas por el derecho comparado respecto a la prueba ilícita y Jurisprudencia
    - 4.3.1.1. Estados unidos
    - 4.3.1.2. España
    - 4.3.1.3. Perú
    - 4.3.1.4. Colombia
    - 4.3.1.5. Alemania



4.3.1.6. Caso ecuatoriano

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS**

5.1. Materiales y métodos utilizados en la ejecución

## **6. RESULTADOS**

6.1. Presentación, Interpretación y Análisis e interpretación de los Resultados de las Encuestas

6.2. Entrevistas

6.3. Resultado de entrevistas

## **7. DISCUSIÓN**

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contratación de hipótesis

## **8. CONCLUSIONES**

## **9. RECOMENDACIONES**

9.1 PROPUESTA JURÍDICA

## **10. BIBLIOGRAFÍA**

## **11. ANEXOS**

Anexo 1

Anexo 2

Anexo 3

## **ÍNDICE**

## ***1. TITULO***

***“LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL  
ECUATORIANO. EXCEPCIONES PARA SU VALIDEZ”***

## **2. RESUMEN**

La presente investigación analiza las excepciones a la validez de la prueba ilícita en el procedimiento penal ecuatoriano; concomitante a ello, las excepciones originadas en el derecho anglosajón tales como: descubrimiento inevitable, buena fe policial, fuente independiente, que pueden ser aplicadas por los operadores jurídicos previo a su exclusión mediante el test de la ponderación.

Se enfoca un estudio teórico, histórico, doctrinario, de campo y comparado de la problemática descrita, cuyo contexto se enmarca en el respeto a los derechos fundamentales tutelados por el Estado, pero que a su vez son limitados, proponiendo con ello utilizar tales excepciones en el Ecuador.

## **ABSTRACT**

This research analyzes the exceptions to the validity of the illegal evidence in the Ecuadorian criminal procedure; Also the defenses arising from the common law such as unavoidable discovery, police good faith, independent source, which can be applied by judges, prior to their exclusion by the balancing test.

A theoretical, historical, doctrinal, field and comparative study the problems described, the context is part of the respect for fundamental rights protected by the State and its limits. So our proposal is the use of this exceptions in Ecuador.

### **3. INTRODUCCIÓN**

Es deber ineludible de un Estado proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, bajo la premisa de un proceso penal justo, sobretodo equitativo, si han sido violentados.

La presente investigación enfoca su estudio en las excepciones a la validez de la prueba ilícita en el Ecuador, refiriéndose como punto medular al derecho anglosajón en donde se origina el fundamento a la regla de exclusión, como efecto disuasorio a los constantes abusos de los agentes policiales, tales como: buena fe policial, descubrimiento inevitable, nexos causal atenuado, los cuales serían justificados mediante el test ponderativo para dar solución al bien jurídico que prevalezca.

Para el efecto, se partirá analizando en el primer capítulo sobre la prueba, su naturaleza jurídica, principios fundamentales, la prueba en materia penal y cómo es aplicada en el procedimiento penal ecuatoriano.

El segundo capítulo comprende la prueba ilícita, prueba irregular, sus diferencias, clases y causales de ilicitud, doctrina de los frutos del árbol envenenado.

Posiciones asumidas al respecto por el Derecho Anglosajón, Europa continental y el Ecuador comprenden el tercer capítulo, las citadas excepciones para validar una prueba ilícita con un estudio de cada una de ellas con sus características peculiares, haciendo una revisión a la legislación comparada y

su jurisprudencia; y, finalmente, luego de la investigación de campo aplicada con entrevistas y encuestas que permitirán verificar los objetivos y contrastar la hipótesis planteada para proseguir a establecer las conclusiones y recomendaciones comprendidas en el cuarto capítulo.

La presente investigación se encamina a constituir un referente y dejar abierto el debate sobre la aplicación de tales excepciones en nuestra normativa ecuatoriana en pro del bien común tutelado por el Estado.

## 4. REVISIÓN DE LA LITERATURA

### 4.1. MARCO CONCEPTUAL

#### 4.1.1. LA PRUEBA

La prueba, como parte medular en un proceso, es la que motiva a concretar la realidad de un hecho que se pretende probar.

##### 4.1.1.1. PRUEBA.- Naturaleza Jurídica.

El término prueba proviene del latín *probāre* y según el Diccionario de la Lengua Española, consiste en “**1**.tr. Hacer examen y experimento de las cualidades de alguien o algo.**2**.tr. Examinar si algo está arreglado a la medida, muestra o proporción de otra cosa a que se debe ajustar. U. t. c. prnl.**3**.tr. Justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos.**7**.intr. Hacer prueba, experimentar o intentar algo. **8**. intr. Dicho de una cosa: Ser a propósito o convenir, o producir el efecto que se necesita.

La prueba es la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley”<sup>1</sup>.

Guillermo Cabanellas, conceptualiza el término prueba como la “demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho.

---

<sup>1</sup>[www.google.com](http://www.google.com). Concepto de prueba. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición.



Cabal refutación de una falsedad. Comprobación. Persuación o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. Razón, argumento, declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o la falsedad de algo. Indicio, muestra, señal”.<sup>2</sup>

La prueba demuestra la verdad o falsedad de un hecho, sometida a criterio del juzgador por ambas partes cuyo propósito es conquistar su convencimiento.

Walter Guerrero Vivanco insigne autor nacional considera que “sin prueba no hay acusación ni hay defensa. “La prueba es la demostración legal de un hecho determinado para conseguir la certeza del juez”<sup>3</sup>

La prueba es el aporte presentado por las partes al juez dentro de un proceso, a través del cual se pretenden exponer las circunstancias del hecho que le permitirán formar su persuasión sobre lo que efectivamente ocurrió para posteriormente subsumirlo a la norma implícitamente prevista.

Coincido con el pensamiento del Dr. Walter Guerrero Vivanco; precisamente la pretensión de las partes a través de la prueba es demostrar al juez su teoría, sea confirmando la parte agraviada, o por su lado la contraparte negando el hecho atribuido al asunto en controversia, con el propósito de conseguir la convicción en el juzgador para efectos de sentencia.

---

<sup>2</sup>**CABANELLAS, Guillermo.** Diccionario Jurídico Elemental. Nueva Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L., pág. 327

<sup>3</sup>**GUERRERO Vivanco, Walter.** Derecho Procesal Penal. La Prueba Penal. Tomo III. Pudeleco Editores S.A. pág. 11 y 13.

#### 4.1.1.2. Objeto de la prueba

La prueba no solo compromete conocer el hecho con lo manifestado o expuesto por las partes, sino a despejar dudas sobre su realidad; su intención se encamina a la verdad del hecho sometido a litigio, precisamente porque de ella dependerá la motivación del fallo.

El autor Raúl Cadena Lozano, expone: “la prueba tiene por objeto comprobar la verdad o la falsedad de una proposición concreta o fáctica”<sup>4</sup>

Insoslayablemente, las partes presentarán sus pruebas con la finalidad de conseguir su pretensión ante el juzgador; sin embargo, el objeto principal de la prueba es encarnar la verdad o falsedad del hecho en cuestión porque precisamente de ella dependerá el pronunciamiento del juzgador.

Algo muy cierto que considera el autor Walter Guerrero Vivanco es que “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 al que están destinadas”<sup>5</sup>

Muy cierto lo enuncia el autor Jairo Parra Quijano, quien por un lado sostiene que “efectivamente los hechos pueden ser afirmados o negados, pero de todas

---

<sup>4</sup>CADENA Lozano, Raúl. Principios de la Prueba en materia penal. Ediciones Nueva Jurídica. Colección Estudio Nro. 2 , pág. 36

<sup>5</sup>GUERRERO Vivanco, Walter. La Prueba penal. Tomo III. Pudeleco Editores S.A., pág. 16

maneras lo que se prueba son los hechos y no las afirmaciones, ya que éstas son simplemente manifestaciones”<sup>6</sup>

En síntesis, el objeto de la prueba se encamina a la parte sustancial del proceso, es decir a la prueba con la que contamos para presentarla al proceso como medio para acreditar la afirmación o negación de un hecho, que deviene de una serie de actividades que serán susceptibles de ser probadas y dadas a conocer al juzgador, con el mero propósito de que sirvan de fundamento para obtener su certeza; sin la prueba no cabría un proceso porque como lo refiere el autor Parra Quijano, en un litigio debemos someternos a las pruebas en concreto para demostrar no solo las afirmaciones o negaciones, que sin duda, son únicamente expresiones de defensa, que si no son articuladas con una prueba carecen de efecto.

“La prueba debe ser producida, practicada y valorada con el fin de que formen la certeza en el juez sobre la comisión de un hecho delictuoso, que es objeto del proceso y sobre la culpabilidad del justiciable”<sup>7</sup>

La finalidad que se persigue con la prueba es concluir determinando la existencia material de la infracción y la culpabilidad del acusado, esto es, la verdad de ese hecho; sin embargo, infiero que si las pruebas presentadas en el juicio no reflejan la verdad que se pretende demostrar, automáticamente se generaría la duda en el juzgador y consecuentemente cabe una sentencia

---

<sup>6</sup>**PARRA Quijano, Jairo.** Manual de Derecho Probatorio. Décima Octava Edición. Ampliada y Actualizada. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 122

<sup>7</sup>**ZAVALA Baquerizo, Jorge.** Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Ediciones Edino. Pág. 73

confirmando la inocencia, sea porque no son pruebas que constituyeron un aporte para demostrar esta verdad procesal o quizá porque se trata de pruebas que se practicaron sin las garantías procesales y que han sido nulitadas y, por consiguiente se trata de pruebas inexistentes si no pudieron convalidarse, o porque la verdad que se procura insertar no existe como tal porque está deformada, alejada de la verdad real y material.

La prueba debe constituirse en el soporte que representará al hecho al juzgador para que forme su razonamiento con el convencimiento de quien indudablemente se cometió la infracción y que el acusado es el responsable, es decir demostrar la verdad en el juicio para que con asidero legal se administre justicia.

#### **4.1.1.3. Necesidad de la prueba**

La prueba como tal dentro de un proceso es el aporte predominante requerido y, posteriormente sustentado por las partes para justificar su verdad, o por lo menos su teoría frente al presunto acto punible que se le atribuye.

La necesidad de la prueba según Hernando Devis Echandía, significa que “todo hecho que constituye el objeto del proceso debe ser corroborado sólo mediante pruebas introducidas legalmente, con independencia del conocimiento que sobre tales hechos tenga el juez, de ahí que, los fallos judiciales deben sustentarse en pruebas previstas en la ley, pruebas que tienen que ser

sometidas a la contradicción de la contraparte, para que tenga la oportunidad procesal de conocerla y discutirla, aunque la prueba no le perjudique. La contradicción de la prueba comprende necesariamente el derecho a tener oportunidad para contraprobar, o sea para procurar y ofrecer pruebas que desvirtúen las ofrecidas en su contra”<sup>8</sup>

Con absoluto acierto el autor refiere que un fallo se fundamenta taxativamente en las pruebas aportadas, caso contrario resultaría inficioso llevar adelante un juicio; por consiguiente, la ley faculta a las partes a presentarlas, precisamente para conocimiento y contradicción, muy independiente de lo que con cada una de éstas se pretenda probar.

Por lo dicho, la prueba resulta ser de imperiosa necesidad porque sólo a través de ella se descubrirá la existencia o inexistencia de un hecho cuestionado como delito con las aportaciones de cada parte procesal para atribuir o no responsabilidad.

#### **4.1.1.4. Parámetros de la Prueba**

Conviene procesalmente cuantificar el valor de la prueba aportada como lo sintetiza Graicy Sierra Ospina: “...cualquiera que sea el alcance que se le dé, ha de orientarse a establecer relaciones entre lo ocurrido, lo aducido y

---

<sup>8</sup>Cfr. **DEVIS Echandía, Hernando**. Compendio de la prueba...ob. cit, t. I, p. 49. (Cita tomada de la tesis presentada por la postulante Susana Nájera Navarrete. La prueba en materia penal. Programa de maestría en Derecho procesal. Universidad Andina Simón Bolívar).

pretendido, para crear en quien ha de decidir, el convencimiento de aquello que se pretende probar”<sup>9</sup>.

He ahí la importancia de cumplir con estos parámetros dentro de la investigación en búsqueda de la verdad real, por manera que deberán guardar coherencia de lo que se pretende probar acerca de las circunstancias que originaron el hecho.

#### **4.1.2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL**

Un principio supone un referente, punto de partida o plataforma sobre la que se inserta algo.

Ahora bien, al citar a los principios fundamentales, son aquellos que se encuentran incorporados a la norma constitucional y procesal, como cimiento para la obtención de la prueba, toda vez que éstos por sobretodo tutelan derechos y garantías.

La prueba se halla hincada a los principios constitucionales y procesales que gobiernan la naturaleza dentro de un proceso, frente al hecho que está en litigio y para que surta su efecto jurídico deben ser aplicados rigurosamente.

El autor Raúl Cadena Lozada conceptualiza al principio como “el punto de partida y el fundamento central de un sistema. Primera pauta interpretativa para el desarrollo conceptual de una ciencia o de una disciplina, que por tener la

---

<sup>9</sup>DIARIO LA HORA. Revista Judicial. C1. Lunes 14 de octubre de 2013. La Hora LOJA

característica de universalidad, no solo tiene el carácter de formal sino también el de material. Por ello, necesariamente debe estar elevado a una norma jurídica para su cabal cumplimiento, caso en el cual se les denomina normas o principios rectores”<sup>10</sup>

Importantes doctrinarios enuncian estos principios generales para la prueba, citando sus características propias e ineludibles.

Entre los principales, brevemente se evocan a continuación:

#### **4.1.2.1. Principio de la veracidad**

“Si en el proceso debe reconstruirse o hacerse una vivencia de cómo ocurrieron los hechos, para sobre ellos edificar la sentencia, las pruebas deben estar exentas de malicia, de habilidad o de falsedad. Cuando los testigos comparecen, por ejemplo al proceso, están obligados a decir la verdad, a no deformarla. El documento debe plasmar los acontecimientos como éstos realmente ocurrieron”<sup>11</sup>

Esto es, la prueba debe ser el fiel reflejo del hecho puesto a conocimiento del juzgador; que se constituya en el aporte a través del cual impere la verdad real y material, garantizada por su confiabilidad, con el propósito de que, subsumida en la norma, el fallo sea justo, transparente y equitativo.

---

<sup>10</sup>**CADENA Lozada, Raúl.** Principios de la prueba en materia penal. Ediciones Nueva Jurídica. Colección Estudio No. 2, pág. 36.

<sup>11</sup>**PARRA Quijano, Jairo.** Manual de Derecho Probatorio. Décima Octava Edición. Ampliada y Actualizada. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 6



#### **4.1.2.2. Principio de la libre apreciación**

“La convicción del juez debe haberse formado libremente, teniendo en cuenta los hechos aportados al proceso por los medios probatorios y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. De ahí la importancia de que se cumplan todas las reglas establecidas en la ley, para que se pueda hablar de formación libre de convencimiento.

Bajo criterios de imparcialidad y exento de injerencias de cualquier índole, el juzgador debe analizar y valorar libremente la prueba presentada por las partes y, de acuerdo a lo estipulado en la norma y a su sana crítica emitir el fallo de mérito que en Derecho corresponda.

#### **4.1.2.3. Principio de la unidad de la prueba**

[...] en un proceso no solo se recauda o aporta una prueba, sino que es normal que aparezcan varias, inclusive de la misma especie; en todos esos casos la necesidad de estudiar la prueba como un todo, salta a la vista, estudio que se debe hacer buscando las concordancias y divergencias, a fin de lograr el propósito indicado”<sup>12</sup>

Las partes procesales tienen su derecho constitucional y legal de presentar una o las pruebas que estimen convenientes para demostrar su verdad al juzgador, a efecto de que sean aportadas y bajo unidad sean analizadas para la consecución de sus fines.

---

<sup>12</sup>PARA Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Décima Octava Edición. Ampliada y Actualizada. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 6 -7

#### **4.1.2.4. Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba**

“La prueba para ser aprehendida, para el proceso en forma válida, requiere el cumplimiento de formalidades de tiempo, modo y lugar y, además, su inmaculación, es decir exenta de vicios como dolo, error, violencia, etc.”<sup>13</sup>

Es menester tomar en cuenta que, una prueba debe sujetarse a los principios y garantías constitucionales, esto es, no puede provenir de vicios o ilicitudes que la ley prohíbe, caso contrario el juzgador no podría considerarla como válida y por consiguiente no serviría de aporte a los hechos que se pretenden demostrar porque llanamente quedaría como prueba no actuada.

#### **4.1.2.5. Principio de la necesidad de la prueba**

“La prueba es necesariamente vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella la arbitrariedad sería la que reinaría. Al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia; ésta le puede servir para decretar pruebas de oficio y, entonces, su decisión se basará en pruebas oportuna y legalmente recaudadas”<sup>14</sup>.

Si la prueba es la demostración legal de un hecho al juzgador, no es procedente en Derecho que emita su fallo únicamente basado en su sana crítica, sino que, necesariamente debe conocer la verdad real de ese hecho a través de las pruebas aportadas en el proceso para ajustarlo a la norma

---

<sup>13</sup>PARRA Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Décima Octava Edición. Ampliada y Actualizada. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 10

<sup>14</sup>PARRA Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Décima Octava Edición. Ampliada y Actualizada. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 68

prevista y de ser el caso, o considerarlo oportuno, acudir a su sana crítica pero como aspecto accesorio más no sustancial.

#### **4.1.2.6. Principio de la comunidad de prueba o adquisición procesal**

“No importa quién aporte una prueba o por iniciativa de quién se practique, la prueba es literalmente “expropiada para el proceso” y se pierde cualquier disponibilidad que sobre ella se haya podido tener.

Pero no solamente el aspecto externo de la prueba es adquirido para el proceso; también lo es el resultado de la actividad probatoria de cada parte, y no se puede pretender que las pruebas se aprecien en lo favorable a la parte que la petición o la aportó”<sup>15</sup>

Las partes procesales gozan de pleno derecho de peticionar o presentar la prueba que consideren les sirva de sustento al proceso, dentro del término o plazo previsto por la ley para cada caso, muy independiente de cómo sean valoradas y apreciadas en lo posterior por el juzgador para motivar su decisión.

#### **4.1.2.7. Principio de la contradicción de la prueba**

“La parte contra la cual se postula, se opone o se aporta una prueba, debe conocerla, y ella (la prueba) no se puede apreciar si no se ha celebrado con audiencia o con conocimiento de esa parte. Al proceso no pueden ingresar

---

<sup>15</sup> **PARRA Quijano, Jairo.** Manual de Derecho Probatorio. Décima Octava Edición. Ampliada y Actualizada. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 69

pruebas en forma subrepticia, escondida, o a espaldas de la contraparte”<sup>16</sup>

El respeto a las partes procesales no sólo debe ser una norma implícita o garantía procesal, sino que debe tutelarse y reflejarse en el trámite de los procesos a objeto de evitar nulidades a futuro.

Todas las pruebas a practicarse deben ser conocidas por la contraparte a través de la respectiva notificación dentro del proceso, toda vez que se mantengan informadas para su posibilidad de contradecirla, allanarse o refutarla de ser el caso, pues, ninguna providencia o resolución puede estar al margen de las partes procesales; se coartaría directamente su derecho constitucional a la defensa.

#### **4.1.2.8. Principio del derecho a la prueba**

“Este derecho se manifiesta en aspectos tales como el derecho a asegurar la prueba, a que se decreten las pruebas, a que se practiquen las pruebas ya decretadas, y a que se valoren las pruebas regularmente allegadas al proceso”<sup>17</sup>

Considero que este principio mantiene estrecha relación con el principio de contradicción de la prueba, dado que una de las formas de asegurar la prueba en el proceso es lógicamente conociendo de la prueba que ha sido solicitada por la contraparte, a efecto de que pueda ser impugnada o en su defecto

---

<sup>16</sup>**PARRA Quijano, Jairo.** Manual de Derecho Probatorio. Décima Octava Edición. Ampliada y Actualizada. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 70

<sup>17</sup>**PARRA Quijano, Jairo.** Manual de Derecho Probatorio. Décima Octava Edición. Ampliada y Actualizada. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 111

solicitar la práctica de pruebas ya decretadas, habida cuenta de que ambas partes tienen la facultad legal para hacerlo y que sean reflexionadas luego por el juzgador.

#### **4.1.2.9. Principio de oralidad e inmediación**

El procedimiento penal ecuatoriano se desarrolla a través de un sistema oral adversarial, por cuanto las pruebas aportadas durante el proceso penal tendrán necesariamente que ventilarse luego de manera oral y previo a ser enunciadas en el juicio, esto es, testimonios de testigos, peritos y demás intervinientes, en cuya etapa las partes procesales ejercerán su derecho a contradecirlas.

Así lo enuncia el maestro español Manuel Jaén Vallejo, quien sostiene: "...Es en el juicio oral en donde hay que practicar las pruebas, porque sólo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamento legítimo de la sentencia; así lo exige tanto el carácter público del proceso (art. 24.2 CE), como el derecho de defensa (art. 24.2 CE). Lo anterior no quiere decir que necesariamente sea la versión dada en el juicio por el testigo la que vaya a fundamentar la sentencia. El art. 714 LECrim. permite confrontar en presencia del Tribunal las declaraciones de los testigos, mediante su lectura, a fin de aclarar la contradicción existente entre tales declaraciones y las efectuadas en el acto del juicio oral (2). Por tanto, es perfectamente posible que el Tribunal dé mayor credibilidad a las declaraciones prestadas ante el Juez instructor que a las prestadas en el juicio oral, en todo o en parte, siempre que se haya procedido efectivamente a aquella lectura y se haya garantizado el derecho de

la defensa a someterla a contradicción (3). Y aunque este artículo se refiere expresamente a los testigos, también se aplica en la práctica en la hipótesis de contradicción del acusado; de todos modos, en este último caso hay que tener en cuenta que el acusado no tiene por qué aclarar nada, desde el momento en que no está obligado a declarar, pudiendo permanecer callado”<sup>18</sup>.

Al igual que en el sistema procesal penal español, en el sistema procesal penal ecuatoriano también es opcional la intervención del acusado en el juicio, es decir no está obligado a rendir su testimonio si no lo desea, ni tampoco constituye prueba y desde su condición de sospechoso se respetará el principio de inocencia mientras no se haya librado sentencia condenatoria en su contra, habida cuenta que el Estado es el que debe probar su responsabilidad.

El principio de inmediación implica la relación directa del juzgador con las pruebas testimoniales, materiales o documentales presentadas por las partes procesales en el juicio oral; el espíritu de este principio se enfoca a que él forme su propio convencimiento para dictar su sentencia, sea condenando al responsable o absolviéndolo por haberse determinado su inocencia o, en caso de duda razonable conforme lo que le demostraron esas pruebas con las que pudo percibir y concluir legalmente y que en ese evento se aplicaría directamente el indubio pro reo.

---

<sup>18</sup>[www.google.com](http://www.google.com) **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL.** “Los principios de la prueba en el proceso penal español Manuel Jaén Vallejo, Profesor Titular de Derecho Penal”. Universidad de las Palmas de Gran Canaria (ESPAÑA)

En síntesis: “En cuanto al principio de inmediación, exige que el Tribunal haya percibido por sí mismo la producción de la prueba (4). Luego, no es posible, en principio, sustituir el interrogatorio de testigos por la lectura de actas. En principio, porque aunque en forma muy restrictiva y excepcional, haya algunos supuestos que a pesar de no ser reproducidos en el juicio oral pueden llegar a tener validez para desvirtuar la presunción de inocencia. En España esta hipótesis está contemplada en el art. 730LECrim., que permite que puedan “leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”<sup>19</sup>

En nuestro país no sería aplicable bajo ningún concepto esta hipótesis, pues se trata -aunque en teoría- de un sistema oral y que la prueba literalmente es reconocida en el juicio como aporte de las partes procesales para demostrar su pretensión.

#### **4.1.3. LA PRUEBA EN MATERIA PENAL**

Categoricamente, todo hecho que lesione un bien jurídico protegido y ser contrario a la norma penal prevista constituye una infracción y por consiguiente debe ser investigado a objeto de identificar a su autor e imponerle una sanción, a fin que los derechos de la víctima no resulten vulnerados, cuya comprobación de este hecho necesariamente lo será a través de la prueba aportada.

---

<sup>19</sup> [www.google.com](http://www.google.com) **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL.** “Los principios de la prueba en el proceso penal español Manuel Jaén Vallejo, Profesor Titular de Derecho Penal” Universidad de las Palmas de Gran Canaria (ESPAÑA)



Un estado constitucional de derechos y justicia supone la garantía de un proceso penal justo, direccionado al irrestricto respeto a los derechos de los ciudadanos involucrados en el mismo, desde su calidad de sospechoso hasta el momento mismo de convertirse –si fuere el caso- en acusado y se libre en su contra sentencia condenatoria.

El ordenamiento jurídico procesal en general y sus tendencias actuales, pese a la tipificación de nuevos tipos penales con sus nuevos regímenes de penas, propenden a la mínima intervención penal, a la prevención general y a la prevención especial positiva, pese a la existencia de un debido proceso iniciado desde el instante mismo en que el Fiscal por cualquiera de los medios conoce de la existencia de un presunto ilícito para ejercer la acción penal pública que como titular tiene la facultad expresa de llevarla adelante.

El autor ecuatoriano Rodrigo Bucheli Mera, refiere sobre la intervención del Fiscal: “Es al fiscal a quien le corresponde la carga de la prueba de responsabilidad; y, de descargo, al encontrar mérito para ello, en el supuesto de que el sujeto de juzgamiento, a través de su defensa, establece en la prueba evidencia que desvirtúa los elementos incriminatorios que motivaron los cargos contenidos en la acusación fiscal”<sup>20</sup>

Potestad exclusiva del Fiscal es obtener los elementos de convicción necesarios dentro de la fase pre-procesal para el esclarecimiento del hecho y

---

<sup>20</sup> **BUCHELI Mera, Rodrigo**. Derecho Procesal Penal en el Sistema Acusatorio. Justicia Crítica. Oralidad-Controvertibilidad-Limitación del poder punitivo del Estado. Primer Premio Universidad Central del Ecuador 2008-2009, pág. 300

de existir mérito suficiente iniciar la etapa de instrucción fiscal, dentro de la cual se recolectarán todos los medios que servirán de prueba para ser presentados en el juicio como pruebas de cargo, siendo en esta etapa en donde se valorarán jurídicamente, sean éstas testimoniales, materiales o documentales, con sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción procesal, cuyo resultado investigativo demostrará o no su efectividad.

Sin embargo, la función del Fiscal también se dirige a la obtención de las pruebas de descargo que van a favor del procesado y en lo posterior denominado acusado, pero por sobre todo lo que prevalecerá con la prueba en el proceso penal es el descubrimiento de la verdad del hecho, fundamentalmente a la imposición de una sanción a quien ha alterado el orden jurídico, proyectándose a determinar responsabilidad de su autor con los elementos formales y esenciales que configuran el tipo penal que motivó ese proceso penal o bien que no quede comprobada tal responsabilidad

Lo esencial del juicio penal se proyecta a la prueba, cuyo tamiz será en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio (Art. 601 COIP), en donde el juez de garantías penales realizará el control del debido proceso previsto en nuestro ordenamiento jurídico de todo lo actuado y de la obtención de evidencias que también constituirán prueba para que sea un proceso válido, ajustado a los principios de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y por supuesto el debido proceso observado.

El tratadista Jorge Zavala Baquerizo cita el pensamiento del autor Manzini: “la prueba penal es la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a una providencia del juez”<sup>21</sup>.

La prueba es la base fundamental con la que se comprueba el hecho en el juicio, dado que con ésta se establece la conexidad entre el procesado con el hecho ilícito; sin ella, el juzgador no puede pronunciarse, porque precisamente con las pruebas construye jurídicamente su propia teoría del hecho articulándolo con las pruebas que tiene a su vista y disposición para basar su sentencia, que puede ser absolutoria si estas pruebas, a pesar de justificar la existencia material de la infracción, existe duda razonable en cuanto a la culpabilidad del acusado o, de otro lado pronunciar sentencia condenatoria, dada la comprobación de la existencia material de la infracción y también la responsabilidad del autor, conforme a Derecho.

Acorde a los principios constitucionales y procesales, las partes tienen libre albedrío de solicitar al Fiscal la práctica de las pruebas que luego en el juicio representarán el hecho materia del proceso y que formarán la convicción del juzgador, sea que provengan de la parte ofendida que por su parte reclama y exige justicia por el bien jurídico lesionado o por parte del acusado que si bien tiene su derecho a ejercer su defensa, a pesar de que en ciertos casos pretenderá no precisamente formar la certeza de ese hecho en el juzgador,

---

<sup>21</sup>ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Ediciones Edino. Pág. 15

sino más bien generar la duda que no es el autor de ese hecho, o en su defecto, si se ha comprobado culpabilidad frente al hecho, se tome en cuenta a su favor las circunstancias constitutivas de responsabilidad penal plenamente demostradas al juzgador que le permitan optar por una rebaja de la pena.

En todo caso el juzgador motivará la sentencia en el análisis jurídico crítico que realice de acuerdo a lo que observó, escuchó y confirmó con las pruebas y/o las evidencias aportadas por las partes para que razone en su decisión.

“La prueba constituye la razón de ser del proceso y, por consiguiente, el medio por el cual el juez nutre su convencimiento para dirimir el derecho trabado en conflicto. El proceso penal no puede ser entendido sin la prueba, pues, precisamente, es la que va a delimitar sus etapas, en razón de que va a otorgar el convencimiento y el grado de conocimiento requerido para imponer una medida coercitiva de la libertad, acusar y, por supuesto, emitir el correspondiente fallo de mérito”<sup>22</sup>

No cabe un proceso penal sin la prueba, concebida desde el instante mismo en que el Fiscal inicia la fase pre-procesal a través de los medios de investigación para ponerlos a conocimiento del juez de garantías penales convertidos en elementos de convicción y posteriormente en medios de prueba que se presentarán en el juicio oral a través de los elementos formales, materiales y esenciales que configuren ese tipo penal con el que las partes encaminan su teoría del hecho para la consecución de sus fines.

---

<sup>22</sup>**CADENA Lozano, Raúl.** Principios de la Prueba en materia penal. Ediciones Nueva Jurídica. Colección Estudio Nro. 2, pág. 255

Concomitante a lo expuesto, es importante diferenciar los citados medios de investigación, de los medios de prueba y los elementos de prueba que guardan relación en un proceso, que si bien reflejan aparente similitud, la doctrina insta a sus características propias.

Con mucho acierto el autor chileno Raúl Tavolari Oliveros argumenta respecto de la prueba en el proceso penal: “En el Derecho Comparado se reconoce y regula la institución procesal llamada “discovery”, literalmente, “descubrimiento”, a través de la cual se garantiza que las partes y, principalmente, el acusado, no serán objeto de sorpresas probatorias, pero lo que en mi opinión es más importante dada la evidente mejor posibilidad que tiene el sistema público de recolectar prueba-, por esta vía se permite que tal acusado acceda a prueba que le puede ser favorable o que, a lo menos, esté enterado del objeto sobre el que versa la prueba”<sup>23</sup>

Aquí entra el principio de contradicción de la prueba, toda vez que las partes procesales, tanto procesado como ofendido tienen su derecho de conocer las pruebas que han de practicarse, con la finalidad de debatirlas; es imposible consentir un proceso basado en pruebas sorpresivas como bien lo analiza el autor, porque se dejaría en indefensión a las partes, así se trate de pruebas que provengan directamente por disposición del Fiscal que tiene a su cargo la investigación del caso a pretexto de esclarecer la verdad a cualquier precio, es

---

<sup>23</sup>TAVOLARI Oliveros, Raúl. “INSTITUCIONES DEL NUEVO PROCESO PENAL. CUESTIONES Y CASOS”. Editorial Jurídica de Chile, pág. 92

decir que todo lo que se ventile dentro del proceso penal deberá ser dado a conocer a las partes y en el momento procesal oportuno.

Dentro de una investigación pre-procesal y procesal penal se recopilarán medios de investigación, medios de prueba y elementos de prueba cuyo objetivo es construir la hipótesis del hecho que estará sujeta a comprobación.

El tratadista Jorge Zabala Baquerizo, para mayor comprensión los define:

“Medios de investigación.- Se recogen en la instrucción fiscal para establecer la existencia del delito y su nexos con el imputado. La responsabilidad del fiscal es presentarlos en el juicio, servirán como fundamento de una sentencia.

Medios de prueba.- De los que se vale la ley para llevar al proceso la prueba.

Elementos de prueba.- Permiten la juez conocer sobre el objeto de proceso o sobre la culpabilidad del justiciable”<sup>24</sup>.

Como puede apreciarse, cada uno enuncia una particularidad y su vinculación representa una secuencia lógica dentro del proceso penal.

Los medios de investigación están a disposición del Fiscal como titular de la acción penal pública, esto es, las huellas, vestigios, instrumentos, documentos que fueron dejados y encontrados, que se detectan como producto de esta presunta infracción, así como también las versiones rendidas por el ofendido, sospechoso, testigos que presenciaron el hecho o que conozcan sobre su cometimiento, reconocimientos periciales, etc. Que los considere oportunos e

---

<sup>24</sup>Zavala Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Ediciones Edino. Pág. 74

indispensables recopilarlos para fundamentar la existencia material del delito y la responsabilidad de su autor al momento del juicio; el medio de prueba constituirá la forma procesal y legal para incorporar a juicio estos medios de investigación conformados en la etapa de instrucción fiscal, presentándolos a través de pruebas testimoniales, materiales o documentales, según el caso y, el elemento de prueba se relaciona con el objeto, instrumento, esto es, con la evidencia física propiamente dicha que reposa bajo cadena de custodia a cargo de la Policía Judicial y que también es puesta a conocimiento del juzgador en dicha etapa.

A modo de ejemplo, en un presunto delito flagrante de robo, al realizarse el cacheo al aprehendido se encontró en su poder un objeto corto punzante (cuchillo) y un par de aretes sustraídos a la víctima; estos objetos son puestos a órdenes del Fiscal para que los mantenga como medios de investigación dentro de la etapa de instrucción fiscal y disponga su reconocimiento físico y avalúo por parte de un perito calificado y mantenerlos bajo cadena de custodia en la Policía Judicial; el informe pericial constituirá el medio de prueba que será presentado en el juicio y el elemento de prueba constituirán los objetos propiamente dichos, esto es, el cuchillo y el par de aretes, que también serán expuestos al juzgador en el juicio oral; momento en que el Fiscal, corroborará esta prueba con el testimonio rendido por el perito calificado que emitió ese informe pericial respecto de los objetos aprehendidos.

En síntesis, el medio de investigación se practica dentro de la etapa de instrucción fiscal, el medio de prueba permite presentar estos medios de



investigación al juez al momento del juicio, conjuntamente con el elemento de prueba que son los objetos o instrumentos (evidencias) recalando que únicamente en el juicio adquirirán su calidad de prueba para ser valoradas por el juzgador.

La fase de indagación previa coadyuva a que el Fiscal investigue y recolecte las fuentes de prueba con las que demostrará su teoría del caso, exhibiéndolos como medios de prueba en el juicio oral y pueden ser requeridos como pruebas anticipadas o preconstituidas según el caso.

**“Pruebas pre constituidas.**- No pueden ser reproducidas en la audiencia del juicio de culpabilidad. Tal sería el caso del acto de allanamiento domicilio del imputado, con fines de aprehensión del mismo o con fines de registro para incautación de cosas, instrumentos, etc. relativos a la infracción que es objeto de la investigación procesal respectiva. El mismo caso es el de la aprehensión y apertura de la correspondencia, o de la intervención telefónica, o del examen de alcoholemia. Todos estos actos que, por la finalidad de la indagación e instrucción fiscal, son de urgente realización, son actos irreproducibles durante la audiencia de juicio oral”.<sup>25</sup>

Partiendo del hecho de que, tanto en la fase de indagación previa como en la etapa de instrucción fiscal, ninguna pericia en donde se hallen comprometidos los derechos del sospechoso o imputado puede practicarse sin autorización judicial, tampoco podrá ser repetida o reproducida en el juicio, en donde

---

<sup>25</sup>ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Ediciones Edino. Pág. 77

únicamente serán presentados los medios de investigación a través de los medios de prueba, tal es el caso de un examen médico legal practicado a la víctima o al sospechoso, allanamiento de domicilio, interceptación telefónica, correspondencia en general, etc. que se expondrán en el juicio por intermedio de su informe pericial correspondiente, asistido por su testimonio propio.

Tampoco podrán repetirse o reproducirse pruebas en las que a pesar de no requerir de autorización judicial, pero que por su propia naturaleza deben practicarse en forma inmediata, refiriéndonos a las llamadas pruebas anticipadas, conceptualizadas así:

**“Pruebas anticipadas.-** Deben considerarse aquellas que por motivos supervinientes se prevea que será imposible su práctica dentro de la etapa de juicio y para evitar que el proceso se quede sin la presencia de ese medio de prueba la ley permite que se lo introduzca antes de la audiencia de culpabilidad por parte del juez de instrucción. Tal sería el caso de prever que el testigo propiamente dicho se encuentre en grave estado de salud que presagie su muerte, por lo que el juez de lo penal competente debe receptar el respectivo testimonio con todas las formalidades legales y respetando el principio de contradicción y los demás que protegen el debido proceso”<sup>26</sup>

Es posible que un testigo fundamental para demostrar la teoría del caso, se encuentre imposibilitado de concurrir a la audiencia de juicio a rendir su testimonio, el cual podrá ser recibido, previo conocimiento y notificación a las

---

<sup>26</sup> **ZAVALA Baquerizo, Jorge.** Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Ediciones Edino. Pág. 79

partes procesales ante el juez de garantías penales que conoce de la causa, quien autoriza se lo recepte durante la etapa de instrucción fiscal, dada su naturaleza apremiante de ser practicada.

Por ejemplo, en un presunto delito sexual, el perito médico que practicó el examen ginecológico a la víctima, que por razones inherentes a su labor profesional se ausente del país por un período prolongado, dentro del cual, de acuerdo a los plazos previstos legalmente para el proceso penal, se llevaría a cabo la audiencia de juicio, el Fiscal puede solicitar que este perito rinda su testimonio urgente al Juez que conoce la causa, el mismo que aceptando tal solicitud conforme a lo dispuesto en la normativa procesal penal y previa notificación a las partes procesales, señalará fecha, día y hora para que se cumpla con tal requerimiento, y como muy cierto lo refiere el autor Zabala Baquerizo, se lo cumplirá al tenor de los principios del debido proceso que a mi consideración se aplicará únicamente el principio de contradicción, dado que el testimonio lo rendirá como si se estuviera desarrollando la audiencia de juicio porque las partes procesales están en su derecho de refutar, contradecir y conainterrogar ese testimonio.

Es necesario puntualizar que, el Juez de garantías penales o también denominado Juez de instrucción, tiene el deber de velar que este testimonio urgente que luego será presentado en el juicio adquiera su valor de prueba al igual que las otras pruebas que se presentaren para cumplir sus fines, toda vez que se trata de una prueba que por su condición particular su tratamiento es inmediato, no precisamente se rindió ante el juez de un tribunal de garantías

penales a objeto de que se aplique el principio de inmediación procesal, oralidad, publicidad, etc. pero el caso obligatoriamente amerita ser efectuado en la medida de lo posible con todas las garantías del debido proceso y principios fundamentales coligados en un proceso penal.

#### **4.1.3.1. PRUEBA Y PROCEDIMIENTO PENAL EN EL ECUADOR**

La Constitución de la República del Ecuador, expresa en su Art. 78: “Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales”<sup>27</sup>.

Con el Código Orgánico Integral Penal, el sistema procesal penal ecuatoriano se ajusta a un modelo acusatorio-oral y adversarial, que supone la aplicación de principios fundamentales desde sus inicios, básicamente el de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad.

En el proceso penal, los sujetos procesales podrán solicitar y practicar las diligencias a su libre albedrío, sobre todo aquellas que consideren favorables para esclarecer el hecho que se investiga y que servirán de prueba en el juicio

---

<sup>27</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA, Asamblea Constituyente, Año 2008, pág. 52

para demostrar sus pretensiones, siempre y cuando se encuadren en el ámbito legal, con apego a respetar los derechos y garantías fundamentales, caso contrario se trataría de una prueba nula de pleno derecho, obtenida con violación al debido proceso.

El numeral 1) del Art. 454 del Código Orgánico Integral Penal establece principios para el anuncio de la prueba, entre los que se citan: “1. Oportunidad.- Es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio...”<sup>28</sup>.

En la etapa de juicio, las partes procesales presentarán o producirán sus pruebas; sin embargo de ello, la normativa es específica al puntualizar la excepción de los testimonios urgentes que se rendirán ante el Juez de garantías penales que conozca la causa, que únicamente se aplicará en casos eventuales cuya situación emergente imposibilite su práctica en el juicio, conforme lo analizado anteriormente.

Existen tres clases o medios de pruebas reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico: testimoniales, materiales y documentales.

“Art. 498 COIP.- Medios de prueba.- Los medios de prueba son: 1. El documento; 2. El testimonio; 3. La pericia”<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.** Legislación Codificada. Corporación de Estudios y Publicaciones. Versión profesional. Actualizada a agosto de 2014, pág. 121

<sup>29</sup> **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.** Legislación Codificada. Corporación de Estudios y Publicaciones. Versión profesional. Actualizada a agosto de 2014, pág. 137

Se ha referido que la prueba es recolectada desde la fase pre-procesal y también dentro de la instrucción fiscal, y, a través de los medios de prueba, es presentada en el juicio oral y serán sus jueces integrantes quienes se pronuncien jurídicamente en sentencia frente a su libre convicción.

El numeral 3) del Art. 498 del Código Orgánico Integral Penal, establece la pericia como medio de prueba, realizada sobre los vestigios, huellas y objetos con los que se perpetró la infracción, que serán presentados a través de los informes periciales que hubieren sido practicados por peritos especializados, que generalmente corresponden al reconocimiento del lugar de la presunta infracción, reconocimiento y avalúo de evidencias, reconocimiento de medios magnetofónicos, correspondencia, en fin, todas aquellas con las que se probará la existencia material del hecho, así como también incorporar los objetos, instrumentos hallados en la escena, que una vez conservados bajo cadena de custodia a cargo de la Policía Judicial como organismo auxiliar de la Fiscalía, también deberán ser presentados en el juicio para sustento de su teoría.

El tratadista Jorge Zabala Baquerizo, sintetiza este medio de prueba en mérito a los siguientes aspectos: “En consecuencia, el objeto del delito está dado por la persona o cosa sobre la que actuó el hombre en la comisión de la infracción. El instrumento del delito es el medio que el hombre usó para la comisión de la infracción. El vestigio del delito es la huella que el agente deja en el desarrollo de la infracción o después de su comisión. Lugar de la infracción es el espacio

concreto dentro del cual se desenvuelve el acto injusto. Finalmente, el tiempo de la infracción es el momento en que se consuma el injusto”<sup>30</sup>

Como bien lo expresa el autor, la prueba material concierne inclusive a la persona que perpetró el hecho, al instrumento u objeto con el cual lo cometió, las huellas o vestigios que revelen detalles del cometimiento del hecho –por más ínfimos que éstos representen- y el lugar en dónde ocurrió.

Al referirnos a los resultados de la infracción, el autor Walter Guerrero Vivanco argumenta: “Entendemos el término “resultado” de la infracción como la consecuencia directa e inmediata de la acción delictiva, como el daño que produce el delito o como el quebrantamiento del bien jurídico primeramente tutelado, todo lo cual es diferente de las derivaciones posteriores que desencadenan la conducta considerada punible”<sup>31</sup>

Como lo esgrime el autor, la prueba material representa una serie de pasos que conforman la perpetración de una infracción, a partir del instante en que éste se cometió, deja entrever un resultado por sus vestigios, huellas que marcan el hecho, dado que para tal efecto ocupó algún instrumento que coadyuvó a conseguir su propósito.

Por su parte, el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, en sus Arts. 503, 507 y 510, estipula sobre los tipos de testimonio, esto es: testimonio de

---

<sup>30</sup> **ZAVALA Baquerizo Jorge**. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo IV. Edino, pág. 6

<sup>31</sup> **GUERRERO Vivanco, Walter**. “DERECHO PROCESAL PENAL. TOMO III. LA PRUEBA PENAL”. EDITORES PUDELECO S.A., págs. 68 y 69

terceros, testimonio de la persona procesada y testimonio de la víctima, cada una sujeta al cumplimiento de sus reglas.

El testimonio debe ser tomado en cuenta sólo como aporte referencial del hecho, muy a pesar de ser un derecho de las partes procesales a presentar sus testigos que serán sometidos a juramento, con conocimiento previo de las penas en caso de perjurio; puede suceder que el testigo no especifique con exactitud lo que en realidad presenció o escuchó, o en su defecto que se trate de testigos que aporten información falsa o tengan la consigna de confundir al juzgador y que no concuerde con la realidad; es decir el juzgador deberá estar sumamente atento a su comportamiento para la decisión final aunque el testimonio no sea considerado decisivo sino por el contrario representarían un agregado en relación con los otros medios de prueba aportados.

Respecto de la prueba documental, el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano en sus Arts. 499 y 500, ha previsto sobre la prueba documental conforme a las reglas previamente establecidas, inclusive si se tratara de información almacenada en contenido digital.

En concreto, cualquier tipo de prueba presentada por las partes procesales adquirirá su valor en el momento mismo del juicio oral para efectos de una sentencia.

#### **4.1.3.2 PRUEBA IRREGULAR**

“..Aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regular el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de



derechos fundamentales”<sup>32</sup>.

La prueba irregular es practicada sin tomar en cuenta los requisitos procesales regulados en la normativa procesal penal; sin embargo éstos no afectan los derechos y garantías fundamentales con los que por ley cuenta el procesado, esto es, la prueba irregular se encamina específicamente a una inadvertencia - por decir lo menos- o quizá una inobservancia al aspecto procedimental, lo cual conllevaría a una nulidad procesal relativa, dado que puede ser convalidada o subsanada, fundamentalmente porque no lesionan derechos y garantías constitucionales que influyan en la decisión de la causa;consecuentemente no se trata de una nulidad absoluta para su invalidación. Ej: En una acta de allanamiento en la que no conste la firma del secretario que la suscribe como constancia de lo actuado.

En el ámbito inquisitivo, se validaba la prueba ilícita a objeto de descubrir la verdad, que si bien ahora es considerada como prueba inadmisibles, insubsanable, considero que la doctrina debería flexibilizarse en este sentido; la verdad y ante todo la justicia debe primar ante la impunidad de un ilícito que conculque los derechos de la víctima que han sido ultrajados, lesionados, pues únicamente en la actualidad se ampara a mi juicio en demasía, quizás sobreprotegiendo si cabe el término a la conducta delictiva, merced de no poder llevar adelante un proceso que debe lógicamente cubrirse dentro del ámbito legal y justo, pero que también puede ser el caso de que ese proceso

---

<sup>32</sup>[www.google.com](http://www.google.com) Excepciones para la validez prueba ilícita. **MIRANDA Estrampes, Raúl**. “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”. Revista Catalana de Seguretat Pública”. Pág. 133

haya sido iniciado por una prueba considerada ilícita pero que bien puede ser subsanada en lo posterior o en el transcurso de la investigación y que sirva de aporte al juzgador, es decir, me refiero a la posibilidad de que exista un tratamiento similar o mejor dicho condescendiente al igual que el aplicado para la prueba irregular, tal es el caso de un allanamiento que debía ser practicado de manera urgente porque existía evidencia suficiente en contra del sospechoso y se llevó a cabo con la autorización del morador pero que luego se legalizó con la orden del juez competente y su trámite prosiga su curso normal, diligencias posteriores que de igual forma sean practicadas legalmente sin violentar derechos y garantías fundamentales del proceso.

A pesar de su similitud, existe confusión entre una prueba ilícita con una prueba irregular al momento de valorarlas o inadmitirlas; si nos referimos a una prueba ilícita es la no practicada conforme a Derecho porque ha vulnerado los principios, derechos, garantías del procesado y consecuentemente se trata de una prueba que no tendría validez alguna, es decir se convertiría en prueba inutilizable, inobjetable porque por su propia naturaleza no admite ser subsanada, salvo que se apliquen las excepciones que la doctrina ha recogido como aporte para su aplicación al administrar justicia; en tanto que, la prueba irregular se refiere o se encamina a un aspecto netamente de procedimiento que si bien se trata de pruebas practicadas pero que no han sido obtenidas vulnerando estos derechos y garantías del procesado, sino que está enmarcada a un desconocimiento o inaplicación de normas procedimentales determinadas por ley y pueden ser subsanadas pese a haber sido declaradas

nulas, esto es, pueden ser valoradas y admitidas como tales porque no se tratan de pruebas inconstitucionales.

Lamentablemente en casos prácticos de actualidad se ha evidenciado que la inadmisión de una prueba irregular es aplicada como si se tratara de una prueba ilícita, lo cual resulta inoficioso para la administración de justicia que exista tal confusión en esta clase de pruebas que claramente la doctrina ha establecido su diferenciación y características propias a cada una, con mayor razón si se trata por una lado de inadmitir a la prueba ilícita pero de otro lado la prueba irregular bien puede ser por el contrario admitida para su consideración en la sentencia.

El autor Orlando Alfonso Rodríguez respecto de la prueba irregular considera: "...Estas no están contenidas en normas procesales que específicamente desarrollen garantías y libertades fundamentales, sino que son mero operativas. Opera para la prueba ilegal, bien sea por inconducencia, impertinencia o ineficacia"<sup>33</sup>

La prueba irregular, como bien lo expresa el autor no está inmiscuida en la normativa procesal porque no afecta derechos y garantías fundamentales, sino se presentan dentro del proceso, en su desarrollo propiamente dicho, errores de omisión dentro del procedimiento que corresponden a la actuación de los funcionarios judiciales pero son susceptibles de convalidación.

---

<sup>33</sup>**RODRÍGUEZ Orlando, Alfonso.** "PRUEBA ILÍCITA PENAL". Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pág. 398.

#### 4.1.3.3. PRUEBA ILÍCITA

A pesar de que la normativa procesal penal ecuatoriana ha previsto el procedimiento que ha de aplicarse para la obtención y presentación de las pruebas, podría existir inobservancia y, por consiguiente no pueden ser calificadas legalmente como válidas por su carácter de ilícitas en un proceso penal.

Previo a conceptualizar la prueba ilícita, los tratadistas toman como punto de partida la diferenciación entre el principio de legalidad vs. el principio de licitud de una prueba, para destacar además su relación con la prueba penal.

“Debemos diferenciar entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba. El primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley. Por su parte el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales”<sup>34</sup>

De lo expuesto se colige que, el principio de legalidad de la prueba atañe específicamente a su práctica con sujeción a la normativa procesal penal prevista. Ej: Solicitar al Juez la orden para allanar el domicilio del sospechoso.

---

<sup>34</sup>[www.google.com](http://www.google.com) MIRANDA Estrampes, Manuel. Excepciones para la validez de la prueba ilícita. “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”, pág. 132

El principio de licitud de la prueba por su parte, expresa que toda prueba debe ser obtenida y practicada respetando los derechos y garantías fundamentales a más del procedimiento establecido; tomando el ejemplo que precede, al allanar el domicilio del sospechoso bajo orden judicial se respetarían sus derechos y garantías fundamentales y la inviolabilidad a su domicilio.

Tanto el principio de legalidad como el principio de licitud de la prueba enuncian su característica fundamental y propia, mantienen correlación frente a la obtención de la prueba penal como tal; paralelamente, al no infringir la ley su resultado supone respeto a los derechos y garantías fundamentales del investigado.

Sin embargo, pese a lo expuesto, también se presentaría a su vez una colisión de derechos fundamentales de rango constitucional, esto es, entre el derecho a la justicia de la víctima frente al derecho a la defensa del procesado, y como tal pueden existir casos de excepción que se inclinen a favor de la víctima y otros que tutelen el derecho del procesado, lo cual tendría que ser resuelto bajo criterio de ponderación de intereses.

Partiendo de este análisis, conviene citar las definiciones contemporáneas, expresadas por varios autores respecto de la prueba que resulta ser ilícita en un proceso penal:

“Por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con

vulneración de derechos fundamentales”<sup>35</sup>

“Un primer sector doctrinal sostiene que: la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir contra la dignidad humana y por consiguiente resulta inadmisibile.

Montón Redondo sostiene que: la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita.

Devis Echandía define: las pruebas ilícitas como aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o coarta la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan.

Consó refiere que: “toda infracción de las normas procesales sobre la obtención y la práctica de la prueba debe estimarse como prueba ilícita, por cuanto implica una vulneración del derecho a un proceso con todas sus garantías”<sup>36</sup>.

Consecuentemente, la prueba ilícita, también denominada prueba prohibida, ilegal, inconstitucional, es el resultado de una prueba obtenida dentro de un proceso penal que contraviene la norma constitucional y legal, vulnerando derechos fundamentales y las garantías del procesado y frente a ello la

---

<sup>35</sup>[www.google.com](http://www.google.com) **MIRANDA Estrampes, Manuel**. Excepciones para la validez de la prueba ilícita. “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”, pág. 133

<sup>36</sup>[www.google.com](http://www.google.com) **GINER Alegría, César Augusto**. “PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA ILÍCITA”, pág. 580

posibilidad de una defensa justa respecto de los cargos formulados en su contra por el Estado.

Carecerá de valor probatorio toda prueba que contraponga o lesione derechos y garantías fundamentales amparados por los tratados internacionales, la Constitución y la propia ley penal, con mayor razón si son atentatorias de la dignidad del procesado y precisamente la ley le otorga su derecho a defenderse bajo la premisa de un debido proceso muy garantista frente a cualquier atropello de prueba obtenida irrespetando la normativa y que pretenda ser utilizada de manera ilícita en su contra para comprobarle el hecho atribuido.

El autor ecuatoriano Alfonso Zambrano Pasquel define a la prueba ilícita como “aquella que en sentido absoluto o relativo, niega la forma acordada en la norma o va contra principios del derecho positivo”<sup>37</sup>

En efecto, el autor sostiene que de modo total o parcial que las pruebas que sean obtenidas inobservando la norma constitucional y procesal, serán pruebas ilícitas tácitamente por ser contrarias a Derecho.

#### **4.1.3.4. CLASES DE ILICITUD**

De acuerdo a la doctrina existen dos clases de ilicitud, una por el momento de la ilicitud, referido al criterio temporal o cronológico y la otra la causa que motiva la ilicitud, referida al criterio causal o material.

---

<sup>37</sup>ZAMBRANO Pasquel, Alfonso. “LA PRUEBA ILÍCITA”. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2009, pág. 93

## 1. Criterio temporal o cronológico

“Aquí podemos distinguir entre ilicitud extraprocésal e intraprocésal.

La ilicitud extraprocésal es aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, en el momento de la obtención de las fuentes de prueba. Afecta por tanto, a la labor de investigación de los hechos, es decir, a la búsqueda recogida y obtención de las fuentes de prueba.

La ilicitud intraprocésal es aquella que afecta a un acto procesal, es decir, cuando afecta a la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso”<sup>38</sup>

A modo de ejemplo, podría darse el caso de ilicitud extraprocésal la recolección de huellas digitales tras una detención arbitraria y de ilicitud intraprocésal que el procesado rinda su versión en la etapa de instrucción fiscal sin el patrocinio de su Abogado y sea interrogado.

## 1. Criterio causal o material

### 1.1. Las pruebas expresamente prohibidas por la ley

- Prohibiciones que afectan a la materia de investigación o prueba
- Prohibiciones que afectan a determinados métodos de investigación para la obtención de fuentes de prueba.
- Prohibiciones concretas que afectan a determinados medios de prueba: la prueba testifical: los testigos – parientes, los testimonios de referencia.

---

<sup>38</sup>[www.google.com](http://www.google.com) GINER Alegría, César Augusto. “PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA ILÍCITA”, pág. 586 Y 587.



## 1.2. Pruebas irregulares o defectuosas

Es aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley.

## 1.3. Pruebas obtenidas o practicadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas (pruebas inconstitucionales)

Dentro de este tipo de pruebas Serra Domínguez distingue entre aquellas pruebas cuya realización es por si mismo ilícita y aquellas pruebas obtenidas ilícitamente pero incorporadas al proceso en forma lícita”<sup>39</sup>

En el primer caso estarían enmarcadas las pruebas que la propia ley ha previsto que deben aplicarse, dado su procedimiento. Ej: Solicitar autorización al juez para allanar un domicilio.

El segundo caso se refiere a aquella prueba practicada sin la formalidad que el caso requiere pero que no afectan la validez del medio de prueba en el proceso penal. Ej: La suscripción del acta de los intervinientes en una pericia, esto es, Fiscal, Perito, las partes procesales que se encontraren presentes y el Secretario que da fe y certifica lo actuado.

Finalmente, el último caso se encamina a la prueba ilícita propiamente dicha porque ha existido vulneración de garantías fundamentales para su obtención,

---

<sup>39</sup>[www.google.com](http://www.google.com) GINER Alegría, César Augusto. “PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA ILÍCITA”, pág. 587

y pese a ello se ha incorporado con las solemnidades sustanciales al proceso penal. Ej: Sin previa notificación al procesado practicar una experticia de reconstrucción de los hechos, porque se le coartaría su derecho a la defensa y además atenta contra el principio de contradicción procesal, siendo aún más agravante si es incorporado como medio de prueba a través del informe pericial y en el juicio se corrobora con el testimonio rendido por el perito, quien lógicamente se referirá a detallar su actuación en mérito a la designación previa realizada por el Fiscal.

#### **4.1.3.5. CAUSALES DE ILICITUD**

Doctrinarios como César Lorenzón Brondino, disgregan las circunstancias que dieron origen a la prueba ilícita, conforme a continuación se explican:

##### **a. Por el procedimiento utilizado**

“...será ilícito todo aquel elemento probatorio que sea consecuencia de un procedimiento irrespetuoso de las formas que la ley establece para la obtención de la prueba”<sup>40</sup>

Tal es el caso de una intervención y registro de una conversación telefónica realizada sin la autorización del juez, previo fundamento de su necesidad como parte de la investigación y por ende del esclarecimiento del presunto ilícito; receptar la versión del sospechoso sin el patrocinio de su Abogado, ni tampoco habersele hecho conocer de sus derechos constitucionales, con el propósito de

---

<sup>40</sup> [www.google.com](http://www.google.com) LORENZÓN Brondino, César. “LA PRUEBA ILÍCITA Y SU EFECTO EN EL RAZONAMIENTO DEL JUZGADOR”, pág. 5

obtener información en la cual se encuentre involucrado, sin tomar en cuenta el principio constitucional y su derecho a no autoincriminarse.

**b. Por la prueba misma**

“En definitiva, como regla general, no deben valorarse aquellas pruebas (que por si o por el procedimiento llevado a cabo para obtenerlas) atenten contra el orden público, la moral o las buenas costumbres o estén prohibidos por nuestro ordenamiento jurídico-positivo íntegramente considerado”<sup>41</sup>

Si tomamos como ejemplo, nuestro ordenamiento procesal penal ecuatoriano claramente estipula que respecto de la muerte violenta o repentina el Fiscal deberá examinar detenidamente al cadáver y la situación en que se encuentra, ordenar la práctica de las diligencias de ley, tales como: reconocimiento del lugar del hecho, toma de huellas digitales del cadáver, recolección de documentos, fotografías, identificación, reconocimiento exterior y autopsia del cadáver, etc.; ello con el objeto de determinar cuáles fueron las causas de su deceso y sus circunstancias para verificar si se trata de un suicidio o presunto delito contra la vida en cualesquiera de sus formas.

Es decir, la normativa lo ha previsto de esta manera y sería inoficioso para el investigador que en este caso es el Fiscal que contravenga o inobserve estas disposiciones si se tratare de un presunto ilícito y peor aún pretenda insertar su teoría del caso en contra de algún sospechoso únicamente basado en

---

<sup>41</sup> [www.google.com](http://www.google.com) LORENZÓN Brondino, César. “LA PRUEBA ILÍCITA Y SU EFECTO EN EL RAZONAMIENTO DEL JUZGADOR”, pág. 6

versiones, meras conjeturas o suposiciones, sin que previo a ello haya cumplido estrictamente con las diligencias previstas en la ley para su esclarecimiento.

No se puede tomar en consideración una prueba que no esté ajustada legal y oportunamente porque simplemente se tratará de una prueba no válida y por consiguiente inadmisibile en el proceso para su valoración.

#### **4.1.3.6. DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA ILÍCITA Y LA PRUEBA IRREGULAR**

Arturo Polania sintetiza las características medulares de la prueba ilícita que establece diferencia con la prueba irregular.

“Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos cueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, si que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior.

En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba.

La prueba ilícita como su propio texto lo expresa:

Es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita”<sup>42</sup>.

El autor colombiano afirma que la prueba ilícita categóricamente, al vulnerar derechos fundamentales debe ser excluida del proceso, en tanto que la prueba irregular o ilegal por la omisión de solemnidades legales puede mantenerse en el proceso bajo criterio del juez.

#### **4.1.3.7. EFECTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO**

El autor César Lorenzón Brondino cita el pensamiento de los autores Roxin y López Barja de Quiroga al expresar que: [...El primero afirma que “el esclarecimiento de hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el

---

<sup>42</sup>[www.google.com](http://www.google.com). POLANIA, Arturo. “DIREFENCIAS – EFECTOS ENTRE PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA IRREGULAR”. Bogotá. Año 2010.

peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, agrega, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas del Estado. El segundo de los autores citados entiende que “el proceso penal de un Estado social y democrático de derecho, que se funda en los principios establecidos en la Constitución, tiene necesariamente que llevar consigo la interdicción de la ilicitud”<sup>43</sup>

Los autores sostienen que el bien común, la paz social de la colectividad son parte de un Estado Constitucional de derechos y justicia; precisamente dentro de ese Estado cuyo deberes son la tutela de derechos y garantías, está además velar por la seguridad, evitando que los delitos queden impunes, pues la normativa jurídica de un Estado debe ser aplicada rigurosamente por quienes administran justicia.

Un procedimiento penal sin límites no garantizaría un proceso justo y consecuentemente desencadenaría en un abuso para practicar cualquier tipo de prueba sin respetar los derechos y garantías fundamentales del sospechoso o acusado; sin embargo de ello, tenemos pendiente la otra fisonomía de este asunto en el sentido de que, el Estado, precisamente para garantizar seguridad al orden público, también debe propender a evitar la impunidad del delito como se ha referido, lo que nos da una pauta para intentar recoger o implementar otras opciones para rescatar el efecto positivo de la prueba que fue ilícitamente

---

<sup>43</sup> **LORENZÓN Brondino, César.** “La prueba ilícita y su efecto en el razonamiento del juzgador”. IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. AZUL (BUENOS AIRES). Año 2007, pág. 10.

obtenida –conforme se analizará en lo posterior- esto a objeto de erradicar aquel rechazo absoluto que la ley le otorga y principalmente proteger el derecho de la víctima que necesita y debe ser resarcido.

Por su parte, el autor Manuel Miranda Estrampes, singulariza también los efectos procesales que trae consigo la prueba ilícitamente obtenida, a través de dos parámetros que a continuación se explican:

#### **a. La prohibición de admisión y de valoración**

“Corresponde al juez de garantías o juez de instrucción controlar que las pruebas ofertadas por las acusaciones son lícitas y, por tanto, no fueron obtenidas con infracción de derechos fundamentales. Una acusación fundamentada sobre la base de las pruebas ilícitas debería calificarse de infundada desde el plano probatorio, siendo su consecuencia procesal la no apertura de juicio oral cuando fuere la única prueba de cargo y no concurren otras pruebas lícitas independientes”<sup>44</sup>

Comparto con el autor al sostener que el juez de la causa como garantista del debido proceso debe precautelar su cumplimiento, a objeto de que el proceso al llegar a la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, haya superado todos los obstáculos que podrían suscitarse con la presentación de pruebas cuyo origen sea ilícito y a su vez evitar que pase a conocimiento del Tribunal penal que lo único que haría es emitir su pronunciamiento confirmando el criterio del

---

<sup>44</sup>**MIRANDA Estrampes, Raúl.** “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”. Revista Catalana de Seguretat Pública”. Pág. 138.

juez de primer grado, si existieren alguna o algunas pruebas ilícitas que no podrían ser admitidas ni tampoco consideradas como fundamento para la sentencia; es decir, el Juez a-quo es quien tiene la facultad expresa de verificar en la fase intermedia del proceso penal, si el proceso no adolece de vicios de competencia, procedibilidad o prejudicialidady concomitante a ello que, las pruebas que servirían de fundamento para establecer la responsabilidad del acusado frente al hecho presuntamente punible en la etapa del juicio sean lícitas, caso contrario por el principio de economía procesal el Tribunal se pronunciaría en el mismo sentido de que se tratan de pruebas ilícitas cuya admisión y valoración no procede por mandato legal.

Sin embargo, el autor no descarta la posibilidad de que la prueba ilícita, a pesar de haber sido validada por el juez en la etapa intermedia, se someta al siguiente tamiz en el juicio, refiriendo:

“No obstante, el hecho de que una prueba ilícita hubiera superado el filtro de admisibilidad, no es obstáculo para negarle todo valor probatorio”<sup>45</sup>

Es decir, que bien puede presentarse el caso de que estas pruebas ilícitas hayan sido tomadas en consideración como válidas a criterio del juez de la causa y al avanzar a la etapa de juicio podrían ser impugnadas, puesto que en cualquier momento procesal pueden hacerlo las partes y su consecuencia legal tendrá el mismo fin, esto es, rechazo e inadmisión absoluta.

---

<sup>45</sup> [www.google.com](http://www.google.com) MIRANDA Estrampes, Raúl. “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”. Revista Catalana de Seguretat Pública”. Pág. 138.



**b. La denominada eficacia refleja de la prueba ilícita o teoría de los “frutos del árbol envenenado”**

La prueba refleja, conocida también como la doctrina de los frutos del árbol envenenado, proveniente del sistema anglosajón norteamericano, enuncia como generalidad que aquella prueba que sea fruto de una prueba ilícita no surtirá ningún efecto legal por asumir que la prueba ilícita contamina automáticamente a las derivadas de ella.

“La eficacia refleja de la prueba ilícita puede formularse, por tanto, de la siguiente forma: la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (derivadas) que aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente, tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial”<sup>46</sup>

Consecuentemente, cualquier prueba que provenga de otra cuya causa es ilícita tampoco será admisible, es decir quedará automáticamente excluida, a pesar de que haya sido obtenida luego constitucional y legalmente y se trate de una prueba indirecta del nexo con la prueba ilícita originaria, porque el autor sostiene que precisamente se trata de una prueba que continuará siendo ilícita a pesar de las subsanaciones posteriores; el origen de la prueba continuará contaminado y por ende las pruebas accesorias o posteriores que de ella provengan.

---

<sup>46</sup> [www.google.com](http://www.google.com) MIRANDA Estrampes, Raúl. “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”. Revista Catalana de Seguretat Pública”. Pág. 139.

Inclusive el autor afianza su posición en el postulado de la doctrina española cuyos autores Díaz Cabiale y Martín Morales respecto de la eficacia refleja de la prueba ilícita citan: “No es posible la existencia de la garantía constitucional si se le niega su extensión a la prueba refleja, porque la prohibición del efecto reflejo de la prueba obtenida lesionando derechos fundamentales no es sino una consecuencia más de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables; ...no tiene sentido consentir que se burle una prohibición por caminos indirectos”<sup>47</sup>

Discrepo del carácter absoluto con que el autor concibe a la prueba refleja o derivada de la prueba ilícita; no considero que al encontrar posibilidades que validen las pruebas que fueron practicadas luego de la prueba ilícita inicial queden vedadas; si bien puede aprovecharse la licitud e independencia con la que cuentan porque no están contaminadas con la ilicitud originaria, sin siquiera analizarlas para su incorporación al juicio y comprobar el hecho que amerita ser esclarecido.

“La doctrina del “fruto del árbol envenenado”, también llamada en menos usuales expresiones, de la “prueba refleja” o “derivada” de otra ilícitamente obtenida, es una proyección efecto de las consecuencias jurídicas que anudar a la de las prohibiciones probatorias, cuando se han vulnerado garantías

---

<sup>47</sup> [www.google.com](http://www.google.com) MIRANDA Estrampes, Raúl. “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”. Revista Catalana de Seguretat Pública”. Pág. 140.

constitucionales”<sup>48</sup>

El autor expresa que las pruebas derivadas o reflejas, provenientes de la prueba ilícita originaria también son prohibidas o excluidas del proceso penal, por ser pruebas que han vulnerado derechos y garantías constitucionales; sin embargo, la propia doctrina norteamericana no emite un carácter absoluto sobre su inadmisión, sino por el contrario acepta su flexibilidad en un proceso penal para incorporar este tipo de pruebas aunque mantengan relación con la prueba ilícita inicial y su posible contaminación, conforme se analizará posteriormente.

La doctrina colombiana mantiene su postulado: “Si una prueba milita de manera ilícita en la actuación y como consecuencia de ella se decreta otra, ésta que es defecto de una actuación irregular del Estado, queda signada por la ilicitud de aquella. La prueba ilícita envenena a las siguientes, que si bien son producidas de manera general, son su consecuencia.

Sin embargo de ello, plantea la posibilidad: “Para que la prueba ilícita no sirva para que el investigador dirija sus pesquisas, que luego pueda ser castigada por auténticas pruebas “independientes”, sería excesivo el efecto de la nueva prueba, porque directamente abocaría en hacer a esa persona inmune al castigo”<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> **POVEDA Moreno, Carlos.** Universidad Andina Simón Bolívar. Módulo: “Prueba en materia penal”. 2006, s/n pág.

<sup>49</sup> **RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso.** “PRUEBA ILÍCITA PENAL”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Reimpresión. Año 2004, pág. 416 - 417.

Bajo esta premisa, la doctrina colombiana demuestra como generalidad que toda prueba que devenga de una prueba ilícita debe ser desechada automáticamente; no obstante, permite cierta flexibilidad al aceptar que las pruebas provenientes de una prueba ilícita o viciada como también la denominan, gozan de independencia; es innecesaria la práctica de nuevas pruebas que simplemente dilatarían el proceso cuyo hecho es presuntamente punible, no solo porque se dejaría entrever desinterés del Estado de brindar seguridad jurídica y que este hecho quede impune, sino porque como aspecto fundamental su autor se vería como bien lo expresa la precitada doctrina inmune al castigo y consecuencia de ello la víctima quedaría en indefensión porque se lesionó un bien jurídico protegido por el Estado irrespetando su derecho a exigir una tutela efectiva, puesto que se corre el peligro inminente de que con el paso del tiempo estas pruebas queden desvirtuadas para poder imputar responsabilidades por falta de inmediatez.

#### **4.1.3.8. EFECTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL RAZONAMIENTO DEL JUZGADOR**

Sabemos que toda resolución debe tener su parte explicativa, considerativa y resolutive; esto es, ser motivada, con criterios de autonomía e imparcialidad, de modo que el fallo sea con estricto apego a Derecho.

“...la motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión

[...el juez NO debe tener en cuenta la o las pruebas que fueron introducidas ilegalmente al pleito.

“Para poder “suprimir de su mente” aquel elemento probatorio deberá hacer uso del “método de la exclusión hipotética”. De lo contrario (si intentara aprovechar el referido elemento probatorio) la sentencia será declarada nula”.

50

“...lo que se busca es garantizar la plena imparcialidad y neutralidad de la autoridad judicial que finalmente decida la causa –lo que sólo se logrará a través del método previo del procesar-evitando, como contrapartida, cualquier tipo de subjetividad en el conocer (como la intuición por ejemplo). El expediente en definitiva deberá remitirse a otro juzgado”.<sup>51</sup>

“...pensamos que de las diferentes opciones propuestas por la doctrina estimamos, que la solución más convincente y realista, para evitar toda contaminación del órgano jurisdiccional sería apartar al Juez o a los miembros del jurado que han tenido contacto con la prueba ilícita, pensamos que no es suficiente con la eliminación o exclusión física o material de las pruebas ilícitas o con denegarles legalmente toda eficacia”<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> [www.google.com](http://www.google.com) Excepciones para la validez de la prueba ilícita. **LORENZÓN Brondino, César**. “La prueba ilícita y su efecto en el razonamiento del juzgador”. IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. AZUL (BUENOS AIRES). Año 2007, pág. 10 y 12

<sup>51</sup> [www.google.com](http://www.google.com) Excepciones para validez prueba ilícita. **LORENZÓN Brondino, César**. “La prueba ilícita y su efecto en el razonamiento del juzgador”. IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. AZUL (BUENOS AIRES). Año 2007, pág. 17 y 18

<sup>52</sup> [www.google.com](http://www.google.com) Excepciones para la validez de la prueba ilícita. **GINER Alegría, César Augusto**. “Prueba Prohibida y Prueba ilícita”. ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia, Número 26-2008, pág. 590.

Si el juzgador tiene la facultad de administrar justicia de acuerdo a las pruebas practicadas y que han llegado a su conocimiento, bien puede motivar la sentencia puntualizando las pruebas que él ha calificado de lícitas y que son las que le han servido para motivar su decisión, caso contrario como conocedor del Derecho únicamente deberá abstenerse de tomar en cuenta las pruebas ilícitas porque automáticamente quedarían excluidas del proceso.

A mi juicio, el juzgador debe conocer de todas las pruebas practicadas y que obran en el proceso, precisamente para que haga la valoración de las mismas y emita su fallo de acuerdo a su sana crítica y acorde a los razonamientos jurídicos, siendo ésta su potestad como administrador de justicia el actuar con criterio de imparcialidad y transparencia; si el proceso pasa a conocimiento de otro juzgador por cuanto el autor considera que peligraría tal imparcialidad lo único que conllevaría es a su dilatación, contraponiéndose a la celeridad procesal que es también lo que interesa a la parte procesada, quien está soportando un proceso criminal y debe conocer con prontitud y acorde a los plazos legales la sentencia emitida, acorde al principio de continuidad procesal, mayormente si se trata de un procesado cuyo derecho a la libertad está de por medio y ha venido cumpliendo la orden de prisión preventiva librada en su contra, la cual inclusive podría caducar mientras su proceso es trasladado a conocimiento de otro juzgador porque quien ha prevenido en su conocimiento se ha empapado de las pruebas ilícitas obtenidas, consecuencia que a la postre como lo he manifestado, afecta no solo al procesado sino además a la

víctima que también requiere una pronta respuesta de la administración de justicia.

Fabio Espitia Garzón con gran acierto sintetiza: "...las pruebas ilegalmente obtenidas no pueden incluirse en el acervo probatorio; ahora, de acuerdo con el sistema adoptado, ello puede ser consecuencia inmediata y plena derivada de la ilicitud o fruto de la ponderación del juez, quien la aplicará teniendo en cuenta otros factores, como el interés público de evitar la impunidad, es decir, deberá decidir en determinados momentos si prevalece la verdad real o el respeto de las garantías fundamentales"<sup>53</sup>

La imparcialidad del juez debe sobresalir en su sentencia; ahora bien, otro componente básico es la ponderación en el proceso, frente a la verdad descubierta por medio (s) ilícitos, que por un lado evitarían que el caso quede impune, que la sociedad se vea desprotegida ante la inaplicabilidad de una sanción para el responsable, mayormente si tiene antecedentes penales o es reincidente y refleja un peligro su libertad; de otro lado, el interés público quedaría gravemente comprometido, sería como desatender el bien común, si ese individuo responsable también está sujeto a que se respeten sus derechos y garantías fundamentales amparados en las normas internacionales, derechos humanos, constitucionales y procesales penales; en todo caso el juez deberá argumentar su mejor decisión frente al derecho mayormente lesionado.

---

<sup>53</sup>**ESPITIA Garzón, Fabio.** "Instituciones de derecho procesal penal. Sistema acusatorio". Séptima edición actualizada. LEGIS, pág. 442.

#### 4.1.3.9. DE LA PRUEBA ILÍCITA A LA PRUEBA INCONSTITUCIONAL

Una resolución judicial a más de ser motivada de acuerdo a las normas legales vigentes, en primer término deberá circunscribirse a los convenios y tratados internacionales que inclusive por su carácter superior inclusive a la Constitución de la República, por inferir respeto por las garantías y derechos fundamentales de todo ciudadano, al que el Estado está obligado a efectivizarlas.

“...los jueces (no solo sino que) deben desconocer la norma procesal local que contraría la norma internacional de los derechos humanos.

Esta “revolución procesal” es consecuencia de la moderna concepción de “Estado Constitucional de Derecho” que reemplaza al vetusto “Estado de mera legalidad” y modifica sustancialmente el concepto de juez, quien como bien lo ha afirmado Barrera Buteler siguiendo a Sagües, deja de ser el denominado “juez de la ley” para convertirse en el “juez de la Constitución”. Naturalmente, esta nueva visión obliga a repensar a todo el derecho positivo en clave constitucional y a decidir los casos primero (y no después o nunca) desde la perspectiva constitucional. El veredicto judicial, en definitiva, tiene que estar insuflado de constitucionalidad, lo que implica la condena de la sentencia ‘abstemia’ de la Constitución, y no sólo de la opuesta a la Constitución.

[...El único camino hacia la “justicia” es el de la Constitución. Y los únicos vehículos que nos llevarán a aquel “destino” son las Garantías”<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup>[www.google.com](http://www.google.com) LORENZÓN Brondino, César. “La prueba ilícita y su efecto en el razonamiento del juzgador”. IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. AZUL (BUENOS AIRES). Año 2007, pág. 21 -23



Es importante resaltar con ello lo que refiere el autor Piedrabuena Richard Guillermo: “garantías fundamentales” involucra “todo derecho que la Constitución, los tratados internacionales, la ley procesal penal u otras leyes, reconocen a quien debe sufrir un proceso criminal o a otras personas que se vean afectadas por él”<sup>55</sup>

Como Estado Constitucional de derechos y justicia, el juzgador debe motivar sus resoluciones o sentencias ajustadas en primer término a los principios, derechos y garantías constitucionales, que deberán además estar acordes a la normativa procesal penal, lo cual denota la estrecha relación existente entre el Derecho Constitucional con el Derecho Procesal Penal, mayormente si el Estado lleva consigo la intromisión en el cumplimiento de las garantías del debido proceso como tal, de suerte que, su desarrollo a través de las pruebas obtenidas lícitamente, es decir sin violación de los derechos fundamentales y garantías del procesado, constituye la firme demostración de respeto a su derecho a la defensa a través de un proceso legal, transparente y justo, con estricto apego a la ley.

Al expresarnos sobre los derechos fundamentales nos enmarcamos a lo concerniente a los derechos genéricos, tales como: educación, trabajo, salud, vivienda, etc. en tanto que las garantías procesales van más allá de los derechos fundamentales porque están taxativamente previstos en los Tratados Internacionales, la Constitución y la ley (Ej: derecho a no autoincriminarse o

---

<sup>55</sup> **CASTILLO Vera, Francisco Victorino.** Documento “PRUEBA ILÍCITA POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN CUANTO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO”, pág. s/n.

guardar silencio, inviolabilidad de domicilio, correspondencia, etc.), por manera que entre ambos constituyen un engranaje al momento de iniciar un proceso penal que lógicamente tendrán que ser respetados como valores supremos consagrados.

#### **4.1.3.10. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE UNA PRUEBA ILÍCITA**

“...la eventual valoración de pruebas ilícitas por parte del órgano jurisdiccional puede ponerse de manifiesto en cualquier instancia del proceso, y sólo la cosa juzgada impide hacer valer la imposibilidad de su utilización”<sup>56</sup>

La prueba ilícita puede ser impugnada en cualquier etapa procesal a objeto de que se deje sin efecto, siempre que el juzgador la valore como tal y no la incorpore como medio útil para fundamentar su sentencia.

De suceder aquello, con la sentencia ejecutoriada, es decir con una sentencia en firme, será legalmente imposible impugnar la valoración de una prueba ilícitamente obtenida utilizada por el juzgador si en su momento procesal ésta no fue excluida de la actuación procesal.

#### **4.1.3.11. FUNDAMENTO DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA**

“La exclusión de la prueba ilícita –conocida también más escuetamente como “reglas de exclusión” –consiste, entonces, en la prohibición de que la sentencia pueda basarse en medios de prueba obtenidos con infracción de garantías procesales, sean éstas de rango constitucional o legal. Las reglas de exclusión

---

<sup>56</sup>[www.google.com](http://www.google.com) GINER Alegría, César Augusto. “Prueba Prohibida y Prueba ilícita”. ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia, Número 26-2008, pág. 588

se perfilan, entonces, como un mecanismo para restablecer el equilibrio entre las dispares posibilidades de acción con que cuentan el Estado, por una parte, y el imputado, por la otra”.<sup>57</sup>

Si al proceso se encuentran incorporadas pruebas ilícitas, el juzgador a más de excluirlas no puede considerarlas como fundamento de su sentencia, esto como garantía para el procesado, a objeto de que no se emitan fallos injustos, pues los cargos que se formulan deberán estar sustentados a través de medios de prueba lícitos, acorde a lo estipulado constitucional y procesalmente.

“También se considera ilícita en términos generales la prueba que, siendo en sí lícita, deriva directa o indirectamente de otra obtenida con infracción de garantías procesales, como ocurre, por ejemplo, si a consecuencia de una detención ilegal se logra la declaración voluntaria del imputado...La exclusión de una prueba en sí lícita a consecuencia de una ilicitud anterior es el resultado de una construcción jurisprudencial norteamericana conocida como “teoría de los frutos del árbol envenenado”, a la que con mayor propiedad y concisión se puede designar también como prueba ilícita derivada. En general la doctrina se orienta hacia el rechazo de la prueba ilícita derivada, aunque en muchos casos sea bastante difícil probar la existencia del nexo causal entre la ilicitud original y la prueba que se trate de excluir”<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> **PIEDRABUENA, Richard Guillermo.** Fiscal Nacional del Ministerio Público. (“Oficio Nro. 167. MAT. Orienta a los fiscales en el tema de la exclusión de la prueba ilícita. Santiago, abril 16 de 2002”) pág. s/n

<sup>58</sup> **PIEDRABUENA, Richard Guillermo.** Fiscal Nacional del Ministerio Público. (“Oficio Nro. 167. MAT. Orienta a los fiscales en el tema de la exclusión de la prueba ilícita. Santiago, abril 16 de 2002”) pág. s/n

La prueba que por alguna circunstancia fue obtenida ilícitamente, a mi entender, no debe ser involucrada con las pruebas que de ella deriven a objeto de ser también excluidas, pues si son lícitas bien pueden ser admitidas y valoradas si éstas no han vulnerado los derechos y garantías fundamentales, más aún si han sido practicadas u obtenidas luego de un cierto tiempo que de alguna manera atenúa esta ilicitud.

Por su lado, la doctrina española, ha acogido la teoría americana conocida como “frutos del árbol prohibido o envenenado”, cuya tesis sostiene: “la doctrina de los frutos del árbol prohibido viene a determinar la ineficacia jurídica de aquellas pruebas válidamente obtenidas pero que se derivan de una inicial actividad vulneradora de un Derecho fundamental” <sup>59</sup>

Deberá justificarse si, efectivamente existe un nexo causal entre la ilicitud originaria con las pruebas lícitas derivadas; ello con la finalidad de que el bien jurídico protegido por el Estado que ha sido lesionado no puede quedar precisamente carente de esa protección y porque de alguna manera se podría evitar que ese delito quede impune y la justicia se vea desairada ante la sociedad. Supongamos el caso de un procesado reincidente o que registre antecedentes penales, si bien tiene todo su derecho constitucional y legal de ejercer su defensa, de otro lado no se podría desechar o menoscabar el derecho de la víctima y dejarla en desventaja por el solo hecho que de alguna manera la justicia intentó obtener las pruebas inmediatas a fin de evitar que se

---

<sup>59</sup>GINER Alegría, César Augusto. “Prueba Prohibida y Prueba ilícita”. ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia, Número 26-2008, pág. 586

desvirtúen y resultó que alguna de ellas es ilícita por la situación apremiante que se produjo para su práctica, si las pruebas que fueron obtenidas luego cumplen con todas las garantías requeridas conforme a ley.

Considero conveniente insertar esta posibilidad, -según sea el caso- de que las pruebas derivadas sean consideradas por el juzgador si no se ha establecido el nexo causal de ilicitud inicial con las pruebas subsiguientes, es decir que se trata de pruebas jurídicamente independientes; consecuentemente, el juzgador analizará de acuerdo al principio de razonabilidad y proporcionalidad, ponderando de un lado el ejercicio del ius puniendi del Estado con la imposición de una sanción penal y por el otro el derecho de la víctima a la reparación del daño sufrido, la gravedad de delito perpetrado, sus circunstancias, el respeto de los derechos y garantías del procesado para luego tomar su decisión de no excluir ciertas pruebas que no sean producto de una ilicitud original y adecuadamente valorarlas como elementos de sustento fáctico de la sentencia.

Inclusive en la doctrina española se han presentado algunas posiciones importantes de destacar: “Si el árbol está envenenado, también lo estarán los frutos nacidos o provenientes del mismo. Al respecto se han operado muy diversas soluciones o interpretaciones. Una entiende que debe rechazarse en todo caso esta teoría toda vez que llevar tan lejos la prohibición sería tanto como dejar inerte la actividad investigadora del Estado. Defensor de esta teoría es Pastor Borgoñón. Otra estima que, la prohibición debe permanecer cuando existe una relación de causalidad entre ambas pruebas (la legítima y la ilegítima), de modo que la segunda sólo hubiera sido posible tras la obtención

de la primera. Esta postura es la que ha acogido nuestro Tribunal Constitucional cuya posición se concreta en los siguientes postulados: 1. Todo elemento probatorio que se deduzca a partir de un hecho que vulnere derechos fundamentales es nulo. 2. No obstante, pueden considerarse válidas si son independientes. La regla general es la validez de las pruebas reflejas, su posibilidad de valoración, y no la contraria, por lo que, la prohibición de su apreciación sólo será posible si: 3. Se hallan vinculadas las pruebas de modo directo, es decir, existe un nexo tal entre ambas que permite afirmar su ilegitimidad constitucional. Para ello habrá que valorar el derecho fundamental valorado y considerar así la vulneración del mismo y la necesidad de su protección debe transmitirse a la prueba lícita”<sup>60</sup>

La generalidad en Derecho es que toda prueba ilícita carece de valor y por tanto es nula; esto es extensivo no solo a la prueba ilícita originaria sino también para las que provengan de ella, toda vez que la doctrina de los “frutos del árbol envenado” tácitamente lo enfoca de ese modo, sin mediar opción alguna en contrario.

Sin embargo, estos postulados doctrinarios con acierto y fundamento, presentan varias salvedades para la validez de la prueba ilícita, concretamente si se trata de una prueba que nace directamente de la prueba ilícita inicial y más aún que no haya vulnerado derechos y garantías fundamentales, es decir que se compruebe que son pruebas independientes de aquella ilicitud inicial y

---

<sup>60</sup>[www.google.com](http://www.google.com) GINER Alegría, César Augusto. “Prueba Prohibida y Prueba ilícita”. ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia, Número 26-2008, pág. 585 y 586

bien pueden ser aceptadas como válidas porque no existe un nexo causal que las relacione directamente como pruebas reflejas.

#### **4.1.3.12. LA DENOMINADA DOCTRINA DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD**

“Dicha doctrina tiene su origen en la STC 81/1998 según la cual para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada ilícita, sino que es necesaria además la existencia de una “conexión de antijuridicidad”, cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud”<sup>61</sup>

Conocemos que lo antijurídico es contrario a la norma, en consecuencia ocasiona daño social. Se supone que una prueba ilícita inicial que ya ha lesionado derechos fundamentales subsiste a las pruebas derivadas, asumiéndose que existe por tanto conexión de antijuridicidad que impide marcar independencia entre ellas, por tanto el nexo ilícito se mantiene; no obstante de ello, debe quedar justificado legalmente que no se pueden aprovechar por ningún motivo porque se trataría de un árbol envenenado.

---

<sup>61</sup> [www.google.com](http://www.google.com) MIRANDA Estrampes, Raúl. “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”. Revista Catalana de Seguretat Pública”. Pág. 148

Justo Nieves Chero opina: “Debe entenderse que con la teoría de la *conexión de antijuridicidad no basta la existencia de un nexo causal natural* con una prueba directamente obtenida, sino que es preciso, además, *la existencia de un nexo jurídico* entre una y otra. La conexión natural es *un requisito necesario*, pero no *suficiente*, para extender el efecto invalidante de la violación de derechos fundamentales y proceder, en consecuencia, a la exclusión procesal de la prueba refleja. La conexión natural y la jurídica suelen, ciertamente, coincidir, pero esto no siempre sucede. Por ello, considero plantear un «nexo valorativo de imputación» como criterio que basándose en las desarrolladas teorías de la imputación objetiva permitiría superar muchos problemas en la determinación de las prueba reflejas”<sup>62</sup>.

Con sobrada razón el autor expone la necesidad de aplicar una valoración que efectivamente determine si la violación de derechos fundamentales que legalmente está prohibida se ha extendido a las pruebas derivadas, precisamente con el ánimo de comprobar si existe o no eficacia refleja, habida cuenta que cada caso tendrá circunstancias distintas en donde pueda operarse su incorporación.

---

<sup>62</sup>[www.google.com](http://www.google.com) Excepciones para la validez de la prueba ilícita. **NIEVES Chero, Justo Edwar**. “La reconstrucción teleológica del problema del alcance anulatorio de la prueba ilícita. Especial referencia a la “conexión de antijuridicidad” en los efectos reflejos”. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, pág. 10



## **4.2 .MARCO DOCTRINARIO**

### **4.2.1 EXCEPCIONES PARA LA VALIDEZ DE LA PRUEBA ILÍCITA**

#### **4.2.2. DERECHO ANGLOSAJÓN**

La regla de exclusión de la prueba ilícita se origina en la jurisprudencia norteamericana, bajo el surgimiento de la teoría de los frutos del árbol envenenado o eficacia refleja.

El derecho anglosajón, basado en el fundamento de terréense implica que lo que se pruebe principalmente es persuadir a los agentes del estado de evitar vulneración a los derechos fundamentales y de ahí nacen a su vez la excepciones como: buena fe, descubrimiento inevitable, vínculo atenuado, con finalidad disuasoria por parte del estado para evitar atropellos a la norma constitucional y legal y suponer su inadmisibilidad procesal; sin embargo, la propia jurisprudencia concomitante a ello ha aplicado excepciones a esta regla de exclusión, que han servido de plataforma en algunas legislaciones para resolver casos peculiares que evidencian bienes jurídicos en conflicto.

“Estas excepciones han cobrado una relevancia especial en el caso de la doctrina de los frutos del árbol envenenado o de la ineficacia de la prueba derivada de otra ilícita. En España, para examinar si existe o no relación causal entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada, el Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina, la dela conexión de antijuridicidad, a partir de la cual el Tribunal, por influencia de la jurisprudencia norteamericana, ha ido introduciendo excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado y, por

consiguiente, dotando de eficacia jurídica, en determinados casos, a una prueba derivada de otra ilícita. Entre esas excepciones se halla la teoría de la fuente independiente, que en la práctica puede acabar actuando como una verdadera fuente de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión, al ampliarse de forma desmesurada el concepto de “prueba independiente”<sup>63</sup>.

#### **4.2.3. EXCEPCIONES A LA EFICACIA REFLEJA**

La doctrina y su propósito de evitar la impunidad, que en cierta forma se combata la criminalidad en salvaguarda del interés social y el bien común, postula excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita, también conocida “doctrina de los frutos del árbol envenenado”, posibilitando un tratamiento procesal que conlleve a su admisión cuyas circunstancias en cierto modo justificarían su obtención.

Aquí un enfoque conciso de cada una:

#### **4.2.4. LA EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE EN LA ACTUACIÓN POLICIAL**

“Dicha excepción tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano. Así, se aplicó en el caso León vs. US (468 US 897, 1984), en un supuesto en que la policía efectuó un allanamiento (registro domiciliario) basado en un mandamiento judicial que creía válido, pero que

---

<sup>63</sup>[www.google.com](http://www.google.com) DELGADO del Rincón, Luis. Excepciones prueba ilícita. “LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA, EXCEPCIONES Y EFICACIA., Profesor Titular de Derecho Constitucional Universidad de Burgos”, pág. 20

posteriormente un Tribunal superior concluyó que se había violado la IV Enmienda pues había sido emitido sin concurrir causa probable. A pesar de ello, la Corte Suprema permitió la presentación de tales pruebas obtenidas con ocasión del registro por estimar que la policía había actuado de buena fe, en la creencia de que su actuación estaba amparada en un mandamiento judicial legal, por lo que no podía predicarse una finalidad disuasoria de su exclusión. Como se argumentó en dicha sentencia, cuando la policía actúa de buena fe, en la creencia de que su comportamiento se ajusta al ordenamiento jurídico y no viola derecho fundamental alguno, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito. La regla de exclusión carece, en estos casos de eficacia disuasoria”<sup>64</sup>

En el caso expuesto, efectivamente existió la orden de allanamiento al inmueble por parte del juez, por tanto los agentes policiales tomaron procedimiento de ley; no obstante, este mandamiento había sido emitido sin existir causa probable en el presunto ilícito según lo concluido luego por el Tribunal superior; sin embargo, esta prueba fue aceptada en sentencia porque si bien se reconoció la vulneración de un derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio, se aceptó ausencia de mala fe en el desempeño de los gendarmes porque asumieron y en efecto se comprobó procesalmente que su actuación no vulneró tales derechos ni garantías fundamentales consagradas constitucionalmente.

---

<sup>64</sup> [www.google.com](http://www.google.com) **MIRANDA Estrampes, Raúl**. “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”. Revista Catalana de Seguretat Pública”. Pág. 140

Es preciso recordar que, la obtención de pruebas la realiza exclusivamente el Fiscal, quien tiene la facultad de presentar las pruebas de cargo y de descargo en contra del procesado en el juicio oral en donde se debatirá su valoración y admisión; es decir, en el presente caso es el Fiscal quien debe haber sustentado la petición de allanamiento de un inmueble al juez competente por existir mérito para ello, es decir la causa probable de un presunto ilícito que previo a esta solicitud la policía cumplió con labores de inteligencia que conducían a presumir que se trataba de una posible infracción, con lo cual esta diligencia se practicó de conformidad con lo previsto en la normativa procesal penal y a su vez el juez, atento esta petición debidamente fundamentada y como garantista dispuso esta orden de allanamiento al inmueble, caso contrario, al practicarse el mismo sin previa orden judicial si se desvirtuaría la posibilidad de que esta prueba sea considerada válida porque estaríamos frente a un hecho que vulneró los derechos del sospechoso, sobretodo si la actuación policial hubiese tenido pleno conocimiento y a pesar de ello procedió, lo cual no se dio en el presente caso porque se asume que su actuación fue de buena fe.

Consecuentemente, la doctrina presenta esta excepción para la aplicación a la regla de exclusión de prueba ilícita por haber sido considerada excesiva y que bien puede ser tomada en cuenta en casos posteriores de similar naturaleza, siempre que sea comprobado que efectivamente las circunstancias así se presentaron, muy ajenas al actuar de la policía que representen violación a los derechos humanos.

Orlando Alfonso Rodríguez, expone: “No se debe excluir la prueba ilícita obtenida de buena fe por los operadores estatales. Se aborda la temática desde el aspecto subjetivo de los agentes oficiales, que actuando en la convicción de no incurrir en nada irregular, la judicatura le da efectos probatorios. No importan los derechos fundamentales conculcados al ciudadano, sino que se observa si el agente actuó de buena o mala fe. El dolo o culpa con que haya actuado el agente importa en el proceso penal o disciplinario que se le adelante como consecuencia de su actuar irregular, pero es deber del Estado, frente a la vulneración del derechos, su restablecimiento y excluir esa prueba ilícita”<sup>65</sup>

La posición del autor se ajusta concretamente a la buena fe de los miembros policiales al ejercer su función y por tanto no debe excluirse este tipo de prueba, aún se hayan vulnerado derechos fundamentales porque su honesto proceder permite convalidarla; de ocurrir lo contrario, esta prueba será tácitamente excluida porque los miembros policiales al cumplir con su deber deben sujetarse estrictamente a los principios constitucionales del debido proceso que implica respeto a estos derechos y garantías fundamentales y si se violentaron a sabiendas que debían actuar con apego a ellos, a más de excluir a esa prueba ilícitamente obtenida recibirán su sanción administrativa.

La Policía Judicial es el órgano auxiliar de la Fiscalía en la investigación pre-procesal y procesal penal, por tanto su actuación debe cumplirse con apego a la ética y responsabilidad y sin tacha, a objeto de que las investigaciones

---

<sup>65</sup>**RODRÍGUEZ Orlando, Alfonso.** “PRUEBA ILÍCITA PENAL”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pág. 422

lleguen a feliz término, sin atropellos a la dignidad humana que reflejarían desmedro de su labor, perjudicando al bienestar común de la sociedad que busca erradicar la impunidad delictiva en pro de un Estado con garantías ciudadanas, mayor seguridad frente a hechos que afecten bienes jurídicos y que el culpable no quede al margen de una sanción con la presentación de pruebas que vislumbran una deficiente actuación policial, contraria a sus principios profesionales como operadores y auxiliares directos y permanentes al servicio de la justicia penal..

Otros tratadistas también opinan respecto a la “Doctrina de la Buena Fe”:

“...Permite la posibilidad de valorar e el proceso la prueba directamente obtenida con violación de derechos constitucionales, siempre que dicha violación se haya realizado sin intención. Generalmente se aplica en los allanamientos y requisas, ejemplo: cuando la policía escucha supuestos gritos de dolor en el interior de un domicilio, y al ingresar pensando salvar a la persona, encuentra varios sujetos consumiendo drogas con menores de edad”<sup>66</sup>

La buena fe policial significa que la prueba si bien fue obtenida ilícitamente porque vulneró derechos fundamentales, esta violación jamás pudo haber sido ejercida como un acto premeditado, sino más bien sería incuestionable si lo que pretendieron es proteger un bien jurídico y evitar su lesión o la

---

<sup>66</sup>**ORRILLO Carhuajulca, Juana.** “ALGUNOS APUNTES SOBRE PRUEBA ILÍCITA Y SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA ¿Debe conseguirse la verdad a cualquier precio?” <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/2568/1561>.

consumación de un presunto delito; por tanto, lo que trata esta posibilidad es destacar la correcta actuación policial en aras de preservar la paz y seguridad ciudadana.

“Considerada una de las excepciones más relevantes de la regla de exclusión probatoria; esta excepción propone la valoración de prueba directa obtenida con vulneración de derechos fundamentales por considerarse que en su obtención quienes la consiguieron actuaron en la creencia que lo hacían bajo una cobertura de legitimidad y validez, convencidos que procedían correctamente, es decir de buena fe”<sup>67</sup>.

Esta excepción nos reitera que la labor de la policía al momento de actuar frente a la comisión de un presunto ilícito, particularmente con su buena fe, caso contrario se entendería que se trata de una falta administrativa porque no sería lógico sacrificar a la justicia por su negligencia o inoperancia; en este evento no cabría tal excepción porque depende únicamente de su proceder equilibrado y sin tacha para su admisión.

#### **4.2.5. FUENTE INDEPENDIENTE.**

“En realidad no nos encontramos ante una verdadera excepción, sino que su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del alcance de la regla de exclusión. Obviamente si la prueba utilizada no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no se cumple el presupuesto esencial

---

<sup>67</sup>[www.google.com](http://www.google.com). BAYONA Flores, Marita. Excepciones para la validez de la prueba ilícita “¿ES SIEMPRE INVÁLIDA LA PRUEBA ILÍCITA EN UN PROCESO PENAL?”. (Documento basado en la legislación peruana).

determinante del reconocimiento de eficacia refleja. Para poder apreciar dicha excepción será necesario que exista, por tanto, una verdadera desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada”<sup>68</sup>

El juzgador tendrá que observar de acuerdo a su sana crítica si efectivamente se trata de una prueba independiente, que no guarde nexos directos con la prueba ilícita originaria para que sea tomada en cuenta como prueba válida.

“La independencia ya no se predica sólo de los casos en que exista una desconexión causal sino, también, de aquellos supuestos en que aún constatándose una relación causal (causa-efecto) entre ambas pruebas, la prueba lícita derivada puede calificarse de prueba jurídicamente independiente. Recientemente el TC español ha incluido entre los criterios para calificar a una prueba como “jurídicamente independiente” el factor temporal, esto es, el largo período de tiempo transcurrido entre una prueba y otra”<sup>69</sup>

El autor inclusive nos presenta como alternativa de que aún existiendo un nexo causal entre la prueba ilícita inicial con la prueba derivada, ésta podrá valorarse siempre y cuando se haya practicado luego de un cierto tiempo, es decir que con ello la ilicitud inicial puede irse desvirtuando porque no ha producido este nexo directo entre ambas dado que la una no fue practicada acto seguido de la prueba ilícita inicial y, por tanto el juzgador bien podría calificarla de prueba independiente porque se trataría de una ilicitud extinguida -si cabe el término-,

---

<sup>68</sup> [www.google.com](http://www.google.com) MIRANDA Estrampes, Raúl. “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”. Revista Catalana de Seguretat Pública”. Pág. 143

<sup>69</sup> [www.google.com](http://www.google.com) MIRANDA Estrampes, Raúl. “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”. Revista Catalana de Seguretat Pública”. Pág. 144



convertida en prueba independiente; es decir que el tiempo ha diluido la ilicitud de la prueba derivada y consecuentemente se calificaría como aceptada porque está aislada de la ilicitud inicial.

“La esencia de una disposición prohibitiva de un cierto modo de obtener la prueba consiste no sólo en que la prueba conseguida de esta manera no sea utilizada ante el tribunal, sino en que no lo sea de ninguna forma pero no significa que los datos así obtenidos se hagan intocables e inaccesibles, ya que si su conocimiento se ha logrado por una fuente independiente, pueden probarse como cualquier otro, pero el conocimiento adquirido por una mala práctica del Gobierno no puede ser usado de la forma propuesta, ya que, una cosa es decir que la policía no puede aprovecharse de la violación de los derechos de la persona y otra distinta que esa transgresión de sus derechos haga que esa persona no pueda ser condenada cuando su culpabilidad pueda probarse por otras pruebas lícitamente obtenidas.

En efecto, la limitación de la “fuente independiente” (“independent source”) no es sino la formulación negativa de las reglas de exclusión probatoria, ya que si es ilícita toda prueba lícita derivada de alguna ilícita, no lo será cualquier otra que sea independiente de ella”<sup>70</sup>

El autor Poveda Moreno muy acertadamente reflexiona que la justicia no puede ser sacrificada por la inequívoca actuación policial al inobservar el cumplimiento de los derechos y garantías que goza todo ciudadano -que a mi

---

<sup>70</sup> **POVEDA Moreno, Carlos**. Universidad Andina Simón Bolívar. Módulo: “Prueba en materia penal”. 2006, s/n pág.

entender no podría ser calificada de dolosa sino más bien necesaria-, refiriéndose básicamente a una detención arbitraria o ilegal, que luego, en el transcurso del proceso, bien pueden recopilarse y/o practicarse las pruebas conducentes al esclarecimiento del hecho pero de manera lícita, conforme a lo que taxativamente la ley lo ha previsto y finalmente con aquellas establecer no solo la materialidad de la infracción sino también la responsabilidad de este ciudadano frente al hecho atribuido y consecuentemente no tomar la actuación policial de sustento para que el juzgador argumente que las pruebas practicadas posterior a esta detención ilegal no sirven procesalmente, es decir son consideradas ilícitas, por provenir de una ilicitud originaria y por ende se deje sin efecto las pruebas que obren en el proceso y este delito quede en la impunidad absoluta, pese a tratarse de pruebas jurídicamente independientes a esta detención ilegal que pueden servir para emitir una sentencia, considerando que no mantienen un nexo directo con la ilicitud inicial, primeramente por el tiempo transcurrido entre una y las otras pruebas y por otro lado su naturaleza estaría convertida en lícita.

Valioso pensamiento del autor Orlando Alfonso Rodríguez al citar: “Si de una prueba ilícita producida por los organismos investigadores, sobreviene otra de utilidad para el proceso, debe distinguirse entre la fuente de una y la de la otra prueba. Se debe admitir y utilizar la prueba que no está contaminada con la actividad irregular de los organismos oficiales que propiciaron la inicial ilicitud probatoria”<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup>**RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso.** “PRUEBA ILÍCITA PENAL”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pág. 418.

El autor también propone la salvedad a las pruebas independientes, siempre que la contaminación de la prueba ilícita inicial no se haya extendido a ellas y por consiguiente se tratan de pruebas independientes por la ilicitud inicial, a pesar de provenir de ésta y que pueden ser utilizadas por su independencia probatoria.

Fabio Espitia Garzón también argumenta: “De acuerdo con la teoría de la fuente independiente, la prueba derivada es admisible si ella fue obtenida también mediante otro medio legítimo, esto acaece, a manera de ejemplo en un allanamiento ilegal se obtiene información sobre la existencia de unas cuentas corrientes utilizadas para el delito de lavado de activos, pero la misma se pudo recabar a través de la información obtenida por la Unidad de Inteligencia y Análisis financiero”<sup>72</sup>

En este caso prevalece la posibilidad de admisión de la prueba derivada que nació de una prueba ilícita original al practicarse un allanamiento sin orden de autoridad competente, es decir el juez; sin embargo, en esta diligencia se obtuvo un dato relevante del medio utilizado para perpetrar el ilícito y fue obtenido por una vía regular que en este caso es la institución financiera estatal, lo cual la convierte en una prueba lícita independiente, aislada, sin guardar relación con aquella ilicitud.

Resultaría inficioso que por haberse perturbado o vulnerado un derecho fundamental por errores negligentes de los agentes policiales, se invaliden las

---

<sup>72</sup>ESPITIA Garzón, Fabio. “Instituciones de derecho procesal penal. Sistema acusatorio”. Séptima edición actualizada. LEGIS, pág. 446.

pruebas derivadas, que en lo posterior se practicaron lícitamente, con mayor razón si con éstas se puede demostrarla responsabilidad del autor, que no podría quedar inmune a su sanción, ello en salvaguarda del bien jurídico lesionado y también de la sociedad a la que pertenecemos y nos debemos.

“Esta teoría ha sido muy criticada, debido a que la ilicitud adherida a este tipo de pruebas no puede ser desechada tan fácilmente; algunos doctrinarios asientan su tesis sólo en hechos hipotéticos que no necesariamente llegarán a concretarse siempre por diversas circunstancias. Desde este punto de vista, no siempre el descubrimiento de ciertos delitos será inevitable; puede haber una agresión a los derechos fundamentales por el simple hecho de creer en una construcción hipotética, considerando que puede ser real o verdadero algo que tal vez está lejos de serlo”<sup>73</sup>.

Discrepo con la posición del autor; sin duda a equivocarme, esta posibilidad va a ser previamente analizada por el juzgador bajo qué circunstancias se produjo, de ahí que con su libre criterio la acogerá o desechará, pues a lo que nos remitimos es que se trata de una excepción que puede ser albergada positivamente porque está demostrada que así se dio como tal puede ser prueba legitimada por la fundamentación anteriormente expuesta; lógicamente no todos los casos tendrán sus mismos parámetros pero la doctrina la asume por válida en el evento de presentarse concretamente de ese modo.

---

<sup>73</sup> [www.google.com](http://www.google.com). **BAYONA Flores, Marita**. Excepciones para la validez de la prueba ilícita “¿ES SIEMPRE INVÁLIDA LA PRUEBA ILÍCITA EN UN PROCESO PENAL?”. (Documento basado en la legislación peruana)

#### **4.2.6. LA LIMITACIÓN DEL NEXO CAUSAL ATENUADO, TACHA SANEADA A FUENTE QUASI-INDEPENDIENTE.**

Otra de las excepciones propuestas por el derecho anglosajón para validar una prueba ilícita derivada, es el vínculo atenuado entre la prueba ilícita inicial con la prueba derivada obtenida posteriormente; al respecto se analizarán criterios doctrinarios:

“Para la Corte Suprema Federal norteamericana son varios los criterios que permiten determinar la atenuación de la relación causal, entre los que destaca el tiempo transcurrido entre la prueba ilícitamente obtenida y la prueba lícita derivada, la gravedad de la violación originaria y el elemento de voluntariedad que debe predicarse de las confesiones practicadas con todas las garantías.

Como puede observarse, esta excepción no niega la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada, pero el mismo se presenta tan debilitado –atenuado- que autoriza la utilización en el proceso de la prueba derivada”<sup>74</sup>

El mismo autor lo argumenta; bien pueden ser aceptadas las pruebas derivadas por su condición atenuada en virtud del tiempo, analizándose además el grado de violación originaria, inclusive si la persona que fue objeto de vulneración en sus derechos fundamentales, a quien se le atribuye el cometimiento del presunto delito demuestra su predisposición de colaborar con

---

<sup>74</sup> [www.google.com](http://www.google.com) MIRANDA Estrampes, Raúl. “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”. Revista Catalana de Seguretat Pública”. Pág. 146

la justicia al aceptar voluntariamente a través de su versión su participación, lo cual no significa que esté autoincriminándose porque está de por medio su expresa voluntad de hacerlo y bajo las garantías que le asisten legalmente.

Es la oportunidad para que el juzgador valore este efecto atenuado entre ambas pruebas, tanto la ilícita inicial como la derivada, que si bien existe su nexo pero de modo diluido porque la voluntariedad del sospechoso las ha subsanado y pueden servir para motivar su fallo porque gozan de capacidad probatoria.

[...Teoría de la tacha, vicio o irregularidad “saneada” (purged taint). Surge así, desde el principio casi, la doctrina de la “atenuación” como punto intermedio entre el fruto del “árbol envenenado” y la limitación de la “fuente independiente”<sup>75</sup>

El nexo causal atenuado permite el equilibrio entre los frutos del árbol envenenado y la fuente independiente; no está negando la presencia de la prueba ilícita ni de la prueba derivada, sino más bien se encamina a su rescate por medio de la confesión libre y voluntaria del responsable del hecho que subsana la ilicitud inicial y la derivada y las convierte en elementos probatorios válidos para encaminar la prueba.

No puede imponerse tácitamente la exclusión de todo árbol envenenado; a mi parecer siempre existirán frutos rescatables que si no se trataran precisamente

---

<sup>75</sup> **POVEDA Moreno, Carlos.** Universidad Andina Simón Bolívar. Módulo: “Prueba en materia penal”. 2006,s/n pág.

de pruebas jurídicamente independientes, por lo menos serán pruebas cuya ilicitud está disminuida, propiciada por la misma confesión del investigado que bien pueden esclarecer el hecho y sobretodo la verdad, lo que vislumbra la posibilidad de su consideración en el juicio, ello con el propósito de que el Estado cumpla con su acción de tutela.

Orlando Alfonso Rodríguez, examina la teoría: “Esta deposición judicial, en el nivel de confesión, es el producto de un proceso de sugestión inducido propiciado por la ilegal captura. Si no se hubiera capturado ilegalmente no se hubiera propiciado la confesión. La judicatura debe hacer una distinción entre dos circunstancias: la confesión, que es consecuencia directa de la ilegal captura, o un hecho independiente de ella”<sup>76</sup>.

Indudablemente, la confesión del detenido o sospechoso se dio tras su detención ilegal que consecuentemente es una prueba derivada de la ilícita inicial, pero la confesión voluntaria del mismo contribuyó a diluir tal ilicitud y habilitarla para que sirva de sustento a la investigación.

Mantengo mi posición; la atenuación a más de permitir la convalidación de la prueba derivada, en su caso coadyuvaría a abreviar el proceso, muy por el contrario se lo retrasaría al excluir una prueba ilícita para ser practicada nuevamente por vía lícita y, por consiguiente esto impediría celeridad procesal, mientras que admitirla atenuada como la doctrina la denomina, no solo que

---

<sup>76</sup>**RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso.** “PRUEBA ILÍCITA PENAL”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pág. 422

esclarecería la verdad sino de algún modo se resarcirían en menor tiempo el daño sufrido por el ofendido a través de una sentencia justa.

Fabio Espitia Garzón sintetiza: “La doctrina y el vínculo atenuado supone que si la relación entre la conducta ilícita y la prueba derivada es tenue, esta es admisible, como cuando el retenido ilegalmente por causa de investigación por homicidio informa sobre sus copartícipes, a causa de lo cual se hace un allanamiento legítimo a la morada de uno de ellos, encontrándolo en posesión de estupefacientes”<sup>77</sup>

En el citado ejemplo, a más de haber atenuado la ilicitud permitió que se descubra el cometimiento de otro presunto delito a través de un allanamiento legal, entonces, por qué desperdiciar la oportunidad de aceptar la colaboración y predisposición voluntaria del detenido que puede aportar con información precisay aportar con la justicia, elemento contundente para descubrir el por qué del hecho y sus vinculaciones.

“Aunque debe entenderse que por más atenuado que esté el nexo causal, éste siempre subsistirá; este argumento sostendrán algunos doctrinarios que consideran que la lesión del derecho fundamental persistirá y esto no puede tolerarse por quienes decimos vivir en un Estado Constitucional de Derecho, donde prevalece de forma primigenia el respeto a los derechos

---

<sup>77</sup>**ESPITIA Garzón, Fabio.** “Instituciones de derecho procesal penal. Sistema acusatorio”. Séptima edición actualizada. LEGIS, pág. 446.



fundamentales”<sup>78</sup>.

Conocemos que el deber ineludible del Estado es hacer respetar los derechos y garantías constitucionales y procesales en aras de la justicia; sin embargo, tampoco podemos ceñirnos de manera absoluta ante la posibilidad de hacer valer también el derecho de la víctima; se han convergido diversas circunstancias que permiten escoger -si cabe el término- las pruebas cuya ilicitud inicial a pesar de estar concatenada con otras pruebas que de ella han derivado, se ha debilitado esta ilegitimidad por ciertos factores que sin lugar a duda contribuyeron para ello, quizá inconscientemente en muchos casos o en otros con el propósito de salvaguardarlas de algún modo de la anomalía inicial para que puedan ser admitidas y no rechazadas, por tal razón la doctrina aunque cuestionada enuncia como excepción esta posibilidad que a mi juicio debe ser plenamente acogida para contrarrestar la impunidad.

#### **4.2.7. DESCUBRIMIENTO INEVITABLE**

La tercera excepción propuesta por el sistema anglosajón es el descubrimiento que se presentaría inclusive por medios legales pero a futuro.

“Trata de considerar si la prueba encontrada como consecuencia de una ilicitud previa habría sido descubierta “inevitablemente” de cualquier forma, por un método legal.

---

<sup>78</sup>[www.google.com](http://www.google.com). **BAYONA Flores, Marita**. Excepciones para la validez de la prueba ilícita “¿ES SIEMPRE INVÁLIDA LA PRUEBA ILÍCITA EN UN PROCESO PENAL?” Marita Bayona Flores. (Documento basado en la legislación peruana).

El “descubrimiento inevitable” se diferencia pues de la “fuente independiente” en que lo importante a considerar no es si la policía en realidad consiguió la prueba confiando en una fuente no contaminada, sino en si la prueba adquirida de hecho gracias a una violación constitucional, habría sido, de lo contrario, descubierta ineluctablemente de una fuente sin tacha”<sup>79</sup>.

Esta excepción, como su propia denominación lo enuncia, se refiere por un lado a que pese a haber sido descubierto tras una violación de derechos fundamentales, producto de la actuación policial, de todos modos iba a ser descubierto por medios lícitos; es decir lo que se ha simplificado es el tiempo, dado que en cualquier momento iba a ponerse de manifiesto el hecho investigado y con la debida antelación por la policía, bajo parámetros legales, sino que simplemente se concretó coincidentemente, sin siquiera haberlo previsto.

Un ejemplo clarificador nos expone el autor al referirse al caso “Sommer vs. US (2nd Cir. 1943), -en que se detuvo al implicado por un delito de contrabando de alcohol, tras un registro ilegal en el que la mujer de SOMMER indicó que aquel estaba repartiendo el “material” y que volvería pronto, lo que motivó que le esperaran en la calle y le detuvieran a los 20 minutos, cuando regresó, cosa que de todos modos pensaban hacer”<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> **POVEDA Moreno, Carlos**. Universidad Andina Simón Bolívar. Módulo: “Prueba en materia penal”. 2006, s/n pág.

<sup>80</sup> **POVEDA Moreno, Carlos**. Universidad Andina Simón Bolívar. Módulo: “Prueba en materia penal”. 2006, pág. s/n

La policía, tras el cumplimiento de labores de inteligencia preparatorias, conocía de la actividad del ciudadano "SOMER" y por tal circunstancia aprovecharon el momento y realizaron un registro aunque ilegal de su domicilio porque las circunstancias se dieron de esta manera al ser permitido el ingreso voluntario por parte del sospechoso y consideraron que era el momento oportuno para recopilar evidencias sobre este presunto delito.

Esta infracción hubiera sido descubierto por cualquier medio, no precisamente por este registro ilegal, sino también porque este ciudadano pudo haber sido sorprendido en delito flagrante y consecuentemente se iba a proceder a su detención, o en su defecto que este mismo registro realizado por la policía a su domicilio se hubiese practicado al tenor de todas las garantías constitucionales y legales; ejemplo que nos demuestra que su descubrimiento de una u otra forma iba a ponerse de manifiesto, sea de modo ilícito como lo fue con el registro ilegal, sea por medios lícitos es por tanto una fuente sin tacha, que convergiese en elemento probatorio de igual modo que por un medio irregular.

Otro caso muy típico es el allanamiento realizado a un inmueble con observación de todas las garantías, enfocado a un presunto delito de objetos de dudosa procedencia (receptación) y resulta que en esta diligencia también se encuentran evidencias que constituyen otro presunto delito de tenencia de sustancias estupefacientes, esto es, distinto al que se solicitó la orden de ingreso al Juez; estamos frente a un descubrimiento inevitable que deberá igualmente investigarse y no puede quedar al margen de su procedimiento y

que en su mayoría resulta ser conexo para la perpetración de la infracción investigada inicialmente.

“...la limitación del “descubrimiento inevitable” debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de “buena fe”, para evitar que se propicien actuaciones a “acelerar” por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente”<sup>81</sup>

La propia denominación lo afirma “descubrimiento inevitable” porque la comisión de este presunto ilícito que ya lo estaban investigando con antelación los gendarmes, entendiéndose que lo hicieron con sujeción a su buena fe, de todos modos iba a descubrirse en lo posterior por medios legales, lo que se ha conseguido es abreviar el tiempo que para la justicia y el bien común se deriva en provechoso.

No podemos cegarnos ante esta realidad o sino ninguna investigación sería exitosa; bajo ninguna circunstancia se ha atropellado derechos y garantías fundamentales, sino más bien con el propósito de descubrir hechos que han llegado a conocimiento del Fiscal y de modo confidencial y debe esclarecerse pese a que se hayan compenetrado por medio de un “descubrimiento inevitable” que a mi parecer constituye prueba lícita por la salvedad analizada.

El autor Fabio Espitia Garzón argumenta: “La teoría del descubrimiento inevitable hace que la prueba derivada sea admisible si en todo caso se iba a

---

<sup>81</sup> [www.google.com](http://www.google.com) MIRANDA Estrampes, Raúl. “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”. Revista Catalana de Seguretat Pública”. Pág. 145

obtener a través de otro medio lícito como cuando se obtiene información sobre la participación del indiciado mediante interceptación de comunicaciones que excede el término de ley, si en todo caso existe pluralidad de testigos que la demuestra”<sup>82</sup>

El autor coincide en que debe valorarse la prueba derivada bajo la premisa de que hubiera sido obtenida por cualquier medio lícito, que a mi criterio es netamente circunstancial, sin que para ello haya existido la premeditación o la mala fe de la actuación policial, caso contrario se desnaturalizaría esta alternativa de excepción, convirtiéndose en una falta grave por parte de los miembros policiales que incumplieron su deber pero que hasta el momento la doctrina lo ha encaminado basado en una prueba derivada paralela a la buena fe de la actuación policial.

Con sobrado acierto el autor Raúl Cadena Lozano recopila acerca de las excepciones aceptadas por la doctrina y jurisprudencia para aceptar como válidas las pruebas derivadas, con las que sustento mi postura:

“...En efecto, para establecer cuándo opera la regla de exclusión en una prueba derivada o contaminada de una primaria, se debe tener en cuenta las siguientes pautas: *doctrina de la atenuación*, según la cual, si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible; la *doctrina de la fuente independiente*, según la cual, la prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible, si se demuestra que la

---

<sup>82</sup>ESPITIA Garzón, Fabio. “Instituciones de derecho procesal penal. Sistema acusatorio”. Séptima edición actualizada. LEGIS, pág. 446.

prueba derivada fue obtenida por un medio legal independiente concurrente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita; la *doctrina del descubrimiento inevitable*, la que consiste en que una prueba directamente derivada de una prueba primaria ilícita es admisible si el fiscal demuestra de manera convincente que dicho elemento de juicio habría sido de todos modos obtenido por medios lícitos, así la prueba primaria original sí deba ser excluida; y la *doctrina del acto de voluntad libre* opera cuando un medio de convicción es obtenido por la decisión libre de una persona, se rompe el vínculo que podría unir a esa misma prueba derivada de la prueba principal viciada”<sup>83</sup>

El autor además analiza sobre la doctrina del acto de voluntad libre, refiriéndose a la espontánea confesión de la persona sospechosa, al detallar sin presión alguna sobre el hecho, a objeto de que se esclarezca la verdad a pesar de que se encuentre involucrada porque asumiría que va a ser investigada de todos modos y que puede en algún momento se comprobará su responsabilidad penal; tal excepción también simplificaría el tiempo invertido en investigar para encuadrar la verdad con sus responsables en un plazo legal pero sin mayores dilaciones.

#### **4.2.8. TEST DE PONDERACIÓN**

Se había manifestado que para aplicar las excepciones para la validez de una prueba ilícita, su soporte legal se lo endilga a través del test ponderativo de intereses para determinar su mayor o menor importancia; sabemos que todos

---

<sup>83</sup> **CADENA Lozano, Raúl.** “PRINCIPIOS DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL”, Ediciones Nueva Jurídica. Colección Estudio No. 2, pág. 240.

los derechos tienen su jerarquía constitucional y gozan de tutela del Estado; sin embargo no son absolutos, son limitados y en situaciones de conflicto conviene la ponderación observando cuál de ellos se afectaría en menor escala.

Teresa Armenta Deu propone: “..se fijan límites a la indagación y producción de fuentes y medios de prueba en atención a los derechos y libertades públicas. Tales límites conforman la sujeción a una serie de reglas informadas por el principio de proporcionalidad. A tenor de la interpretación del TEDDHH y el TC español, el principio de proporcionalidad se desglosa en las siguientes reglas que deben informar toda limitación de derecho fundamental: 1) previsión legal de la medida; 2) idoneidad de la medida para la consecución de los fines que la justifican; 3) necesidad de la misma en cuanto la evidencia no se pueda obtener por medio de otros medios con menor carga; 4) que entre la lesión del Derecho Fundamental y la finalidad perseguida exista una justificación del sacrificio seria; y finalmente, 5) que la medida ordenada por la autoridad judicial se base en buenas razones justificativas y exteriorizadas que pongan de relieve la concurrencia de los anteriores presupuestos”<sup>84</sup>

#### **4.2.9. DERECHO EUROPEO CONTINENTAL**

A pesar de ser un sistema en el cual para cada caso se aplica la norma previamente estipulada, recoge las excepciones emanadas del derecho anglosajón, cuestionadas o no en cierta forma se han incorporado en los fallos.

---

<sup>84</sup>[www.google.com](http://www.google.com) ARMENTA Deu, Teresa. Excepciones para la validez de la prueba ilícita.. “LA VERDAD EN EL FILO DE LA NAVAJA (NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE PRUEBA ILÍCITA)”, pág. 4

“El Derecho continental europeo o simplemente Derecho continental (en ocasiones denominado Sistema romano francés o Sistema romano germano francés) es el sistema jurídico derivado de aquel aplicado en Europa continental, cuyas raíces se encuentran en el Derecho romano, germano y canónico y en el pensamiento de la ilustración, y que es utilizado en gran parte de los territorios europeos y en aquellos colonizados por éstos a lo largo de su historia. Se suele caracterizar porque su principal fuente es la ley, antes que la jurisprudencia, y porque sus normas están contenidas en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados (códigos).

La jurisprudencia se limita al ámbito de la interpretación de la normativa vigente. Las sentencias sólo obligan a los tribunales inferiores a aplicar la norma según esa interpretación”.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup>[www.google.com](http://www.google.com). DERECHO CONTINENTAL



### 4.3. MARCO JURIDICO.

#### 4.3.1 EXCEPCIONES APLICADAS POR EL DERECHO COMPARADO RESPECTO A LA PRUEBA ILÍCITA Y JURISPRUDENCIA

Trascendentes posturas doctrinarias a nivel internacional fundamentan la aplicación de excepciones para la validez de la prueba ilícita bajo la premisa de salvaguardar el bien común.

“En el derecho comparado existen tres tendencias sobre la naturaleza y trascendencia de la prueba ilícita “La tradición anglosajona donde existe una regla general de exclusión de la prueba ilícita con dos tendencias: La de Estados Unidos donde la regla de exclusión es imperativa y no hay margen de discrecionalidad para el juez; y la de Gran Bretaña, Canadá y Australia, donde el juez cuenta con discrecionalidad para sopesar la prueba y aplicar factores de ponderación. La tradición Romana, ejemplificada con Francia e Italia, donde la legislación procesal establece un rígido sistema de nulidades sustanciales y procedimentales que exigen una debida fundamentación del juez al aplicarlas, y la tradición Germánica donde no existe ni regla general de exclusión ni un sistema de nulidades sino un sistema en el que el juez tiene el poder para determinar en cada caso cuando una prueba obtenida con violación de derechos debe desestimarse, aplicando un método de ponderación de factores múltiples jurídicamente relevantes”<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup>[www.google.com](http://www.google.com) MACÍAS Hernández, Julio Fidel. Derecho Anglosajón y Comparado. Prueba Ilícita. “La Prueba Ilícita en el Sistema Procesal Acusatorio”, pág. 2

El método de la ponderación quizá es el más adecuado como mecanismo de protección de bienes jurídicos en conflicto tutelados por el Estado que merecen un tratamiento ecuánime y precisamente como fundamento de aplicación a las excepciones a aplicarse previo a excluir una prueba ilícita.

Conviene analizar las excepciones que han sido aplicadas vía jurisprudencia en otras legislaciones.

#### **4.3.1.1. ESTADOS UNIDOS**

“Fue en este país donde nació la excepción a la regla de exclusión probatoria que motiva el presente trabajo. Tal excepción se predica, a partir de la sentencia recaída en el caso *Wong Sun vs US* de 1963, en el cual el máximo tribunal estadounidense sostuvo que la confesión voluntaria la independiza jurídicamente de la prueba obtenida con lesión de un derecho fundamental. El caso es el siguiente: la policía de narcóticos registró ilícitamente la lavandería de un Sr. llamado Toy, en cuyo registro Toy indicó que el Sr. Yee estaba vendiendo narcóticos. Los agentes registraron a continuación el domicilio de Yee y encontraron la droga. Yee hizo un trato para denunciar a su proveedor Wong Sun, que resultó ser un importante empresario, al que se le recibió declaración, negando los hechos. Tras abandonar la Comisaría Wong Sun regresó voluntariamente para hacer un trato con la policía, confesando la infracción. En el juicio la declaración de Toy y el descubrimiento de las drogas fueron excluidos como frutos del árbol envenenado, porque el registro fue hecho sin mandamiento judicial. El Abogado de Wong Sun argumentó que su confesión también debería ser excluida por tal razón, pero el Tribunal afirmó que en este caso la regla de exclusión tenía una excepción, porque Wong Sun había regresado

voluntariamente a la Comisaría de Policía para hacer su confesión, un acto que atenuaba o rompía la cadena de evidencia, por lo que tal confesión era admisible como prueba”<sup>87</sup>.

El caso detallado demuestra que la autonomía de la voluntad es el elemento primordial que permitió diluir la ilicitud originaria, minorar la gravedad de la violación inicial; jamás indujeron a Wong Sun a auto incriminarse pese a que su Abogado argumentaba que no era válida; sin embargo fue admitida.

“En el caso US vs León que es el que consagra la excepción de la buena fe, la Corte se pronunció por sostener la validez de una orden de allanamiento, por más que dicha autorización para ingresar a un domicilio no estaba sustentada en causa probable para su emisión, situación que era desconocida por los policías que diligenciaron la orden y obtuvieron prueba para la investigación judicial. En dicho precedente, la mayoría de la Corte sostuvo que admitir prueba en la cual el veneno es tan mínimo no compromete la integridad judicial. En el año 2006 encontramos el fallo “Hudson vs. Michigan”, que implicó una ampliación de la excepción a la regla de exclusión probatoria reseñada. Los agentes de policía obtuvieron una orden de entrada y registro en búsqueda de estupefacientes y armas de fuego en la vivienda del Sr. Hudson. Pese a que los agentes anunciaron su presencia, sólo esperaron de tres a cinco segundos antes de entrar en la vivienda, que no estaba cerrada, de modo que violaron la previsión de know and announce que exige la Cuarta Enmienda. Una vez dentro, encontraron grandes cantidades de estupefacientes y un arma de fuego cargada. El Sr. Hudson adujo que dicha entrada prematura había vulnerado sus derechos constitucionales contenidos en la cuarta enmienda y presentó una solicitud de exclusión de pruebas que se encontraron en el registro. El Juzgado acordó de conformidad con su solicitud, pero la Corte de Apelaciones de Michigan revocó el fallo anterior sosteniendo que incluso cuando se vulnera la regla de know

---

<sup>87</sup> [www.google.com](http://www.google.com) BERNARDINI, Pablo Andrés. “La teoría del nexo de causalidad atenuado o tinte diluido como excepción a la regla de exclusión probatoria”, pág. 3

and announce, no se tienen por qué excluir las pruebas si el registro se ha efectuado de conformidad con una orden de registro válida. El Sr. Hudson fue condenado entonces por la posesión ilegal de estupefacientes y apeló a la Corte Suprema de EEUU, ya que la Corte de Apelaciones de Michigan confirmó su condena e inadmitió la casación estatal. La Corte Suprema de Estados Unidos admitió a trámite el recurso de casación y reafirmando el criterio de la Corte de Apelaciones estimó que las vulneraciones de la regla de know and announce no provocan la aplicación de la regla de exclusión”<sup>88</sup>.

Lo importante en este caso es que existía la orden de allanamiento y los policías lo que hicieron fue ejecutarla; claramente se expone la espera aunque sea muy corta previo al ingreso; sin embargo, el acusado manejaba una teoría contraria para su defensa, aduciendo que atentaron contra su derecho de inviolabilidad a su domicilio que no sucedió y por ello consideraron que era legal, que no se vulneraron sus derechos como tal y fue condenado.

#### **4.3.1.2. ESPAÑA**

“La regla de exclusión probatoria, creada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, fue extendiéndose por el derecho europeo continental. Las excepciones a dicha regla también se han expandido, lo cual ha desatado en diversos países europeos diferentes tipos de críticas. En España existe el art. 11 de la LOPJ, el cual establece “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa e indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Para atenuar los efectos de una prueba ilícita, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español creó la doctrina de la conexión de antijuridicidad, cuya razón

---

<sup>88</sup>[www.google.com](http://www.google.com) BERNARDINI, Pablo Andrés. “La teoría del nexo de causalidad atenuado o tinte diluido como excepción a la regla de exclusión probatoria”, pág. 5

para afirmar la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras, reside en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido mediante la vulneración de ningún derecho fundamental; por lo tanto, no puede entenderse que su incorporación al proceso implique lesión del derecho a un juicio con todas las garantías. Para la jurisprudencia constitucional la falta de conexión de antijurididades especialmente predicable de las declaraciones realizadas por el imputado, con todas las garantías, una vez que ha sido informado de sus derechos, y con asistencia de Letrado. De manera singular puede proclamarse esa desconexión de las manifestaciones efectuadas mucho después de la detención (por ejemplo en la declaración indagatoria), cuando se conocen plenamente todas las actuaciones y se cuenta con una asistencia jurídica sin condicionante alguno que permite una defensa eficaz. Si el imputado renuncia a hacer valer una eventual o hipotética causa de nulidad o, pese a su constancia, desea asumir sus responsabilidades y declarar sobre los hechos, tal material probatorio estará incontaminado y será susceptible de ser plenamente valorado”<sup>89</sup>.

Como se puede apreciar, la legislación española también acoge la excepción del nexo causal atenuado o tinte diluido, dejando entrever que pese a la conexión de la prueba ilícita con sus pruebas derivadas, si aquellas

---

<sup>89</sup>[www.google.com](http://www.google.com) BERNARDINI, Pablo Andrés. “La teoría del nexo de causalidad atenuado o tinte diluido como excepción a la regla de exclusión probatoria”, pág. 6 y 7

demuestran independencia por no vulnerar derechos o se han subsanado deben ser acogidas legalmente.

“...la Sala 2ª del Tribunal Supremo Español en la sentencia de 29 de marzo de 1990 (R.Ar. 2647) resumía, desde una visión crítica, las razones aducidas a favor de la admisibilidad de las pruebas ilícitas, destacando como “tradicionalmente la doctrina venía concediendo relevancia a los resultados de tales pruebas ilegítimamente adquiridas, porque en la ponderación de los intereses en juego se estimaba que tenía que prevalecer aquel de carácter público que derivaba de la necesidad de que en el proceso penal la sentencia definitiva respondiera a la verdad material, por encima de lo que se consideraba como una lesión a un derecho individual”<sup>90</sup>

#### **4.3.1.3. PERÚ**

En esta legislación se aplican excepciones para la validez de la prueba ilícita, sobretudo acogen el descubrimiento inevitable, nexos causales atenuados, porque sostienen la existencia del tinte diluido por afectación de un derecho fundamental y la buena fe, siendo el 11 de diciembre del año 2004 que el Pleno Jurisdiccional Penal de Trujillo acuerda por mayoría admitirla para casos de obtención ilícita de prueba en supuestos de flagrancia.

“La sanción penal sólo se puede imponer si se llega a demostrar, tras la celebración de un juicio público, en el que se practiquen con todas las garantías las pruebas de cargo que desvirtúen la presunción de inocencia. Ningún derecho fundamental es ilimitado. El derecho a la prueba aun cuando se halla constitucionalmente asegurado, por estar inserto en las garantías de la acción y la

---

<sup>90</sup> [www.google.com](http://www.google.com) LA PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA ACUSATORIO, UNA MIRADA A LAS REGULACIONES ESPAÑOLA, ALEMANIA Y AMERICANA EN TORNO A SU PROHIBICIÓN Y EXCEPCIONES.

defensa, así como el contradictorio, no es absoluto, se le conocen límites. Tales límites (referidos al principio de licitud) son conocidos como prohibiciones probatorias, o de utilizar la prueba. Prueba ilícita aquella que es obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable.

Según el Nuevo Código Procesal Penal el límite a la prueba ilícita es ehe ahí l contenido esencial de los Derechos fundamentales.

Para poder determinar el límite de aplicación del contenido esencial de un derecho fundamental se debe utilizar la llamada ponderación de derechos que consiste en sopesar derechos o bienes jurídicos en conflicto con las especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, a fin de determinar cual derecho prevalece en el caso en concreto y cuál debe quedar desplazado.

Los derechos fundamentales no tienen un carácter absoluto pero sí un contenido esencial, esta relativización de los derechos fundamentales deberán ser interpretada siempre desde la óptica de los principios pro – hominen y pro – libertatis de los Derecho humanos”.<sup>91</sup>

Claramente la legislación peruana sostiene que todos los derechos son limitados, de un lado que la prueba ilícita no será válida por violentar derechos fundamentales del acusado y, de otro lado tampoco pueden quedar rezagados los derechos fundamentales de la víctima y por ello aplica la ponderación como solución al conflicto en concreto previo a resolver, inclusive acoge la doctrina basada en algunos aspectos a citar seguidamente:

### **Doctrina de la Ponderación de Intereses**

Sostiene que la aplicación de la prueba prohibida depende de la relación de importancia y gravedad que tenga el acto legal (valoración constitucional) y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (exclusión). Así surgió en Estados Unidos el Balancing Test, que consiste en “hacer valer una prueba

---

<sup>91</sup>[www.google.com](http://www.google.com). PRUEBA ILÍCITA PERÚ. “Límites a la prueba ilícita. Contenido esencial de los derechos fundamentales”

ilícita en base a criterios de proporcionalidad, dados en la relación existente entre la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación. Este principio no hace ilícita la prueba prohibida, sino que, no obstante su ilicitud, se le valora porque otros intereses de jerarquía constitucional más importantes así lo exigen. Roxin al respecto cita el siguiente ejemplo “cuando una persona privada haya registrado en forma secreta en videocasete una conversación con el imputado sobre un incendio planeado, puede ser valorada como medio de prueba.

Esta posibilidad permite pulsar el garantismo procesal vs. impunidad, esto es, relacionar la mayor esfera, de un lado la supuesta violación de una garantía procesal con una prueba que no podía haberse obtenido de otro modo frente al bien jurídico lesionado, pues la doctrina asume este riesgo en pro de la justicia y fundamentalmente de la víctima, a quien constitucionalmente se le atribuye mayor jerarquía entre ambos y en consecuencia existe la posibilidad de que pese a tal ilicitud ese bien jurídico merece ser reparado de alguna manera y que pueden ser aceptada como lícita esa prueba porque se ha valorado sustancialmente a ese bien jurídico por su carácter preponderante frente al bien común.

### **Doctrina sobre la infracción constitucional beneficiosa para tercero.**

Admite que la prueba ilícita directa puede ser utilizada a favor del imputado, porque si *“...bien es razonable absolver a quien tiene la conciencia de*



*ser culpable, cuando esa culpabilidad se acreditó ilegítimamente... repugna condenar a quien se sabe inocente, con aquel mismo argumento".* Por ejemplo el caso de la absolución apoyada en la confesión bajo tormento o narcoanálisis, beneficiosa al encausado, en base al argumento de que "ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador.

### **Doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros**

Admite que las pruebas obtenidas directamente mediante la violación del derecho constitucional, pueden ser declaradas útiles para condenar a los imputados no afectados por la violación del derecho fundamental. El fundamento está, en la no identidad entre el titular del derecho fundamental afectado y el sujeto que se condena (tercero o coimputado), pues ello implica la desconexión entre la violación del derecho fundamental y la condena.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional Español, en su sentencia 238/99 del 20 de diciembre ha sido enfática al sostener que "la prueba ilícitamente obtenida, sirve como prueba directa de cargo".

Si se violentaron derechos fundamentales de un imputado, no tiene por qué extenderse esa misma ilicitud si se tratare de varios imputados, cómplices o encubridores a quienes no les afectó procesalmente pese a tratarse de una sola investigación, un solo juicio penal con condenas distintas según su grado de participación; dicho sea de paso, la investigación será única porque con ella se llega a la verdad del hecho, de ahí que la ilicitud cometida en contra de uno

de los sospechosos o imputados no podría obrar en conjunto ni expandirse para todos los involucrados en el hecho y como lo expresa esta salvedad doctrinaria analizada si fue dirigida solo a uno de ellos, bien puede ser tomada en cuenta como prueba de cargo para terceros, indirectamente afectados.

### **Doctrina de la Destrucción de la mentira del imputado**

Introducida por la jurisprudencia americana, a partir del caso *Walter v. US* (1954) y *Harris*, y consiste en que se puede admitir la utilización de prueba ilícita a fin de atacar la credibilidad de la declaración del imputado en juicio, y así probar que miente. Esta doctrina admite la validez de una prueba ilícita sólo para descalificar la veracidad de la declaración del imputado, pero nunca para acreditar su culpabilidad.

La declaración del sospechoso o imputado no siempre va a ir encaminada a la afirmación o negación del hecho que se le atribuye como presunto delito, inclusive por principio universal y constitucional se prohíbe su autoincriminación, inclusive puede acogerse a su derecho al silencio si lo desea y en el juicio penal su testimonio o declaración si cabe el término tampoco es considerado como prueba que motiva la decisión final sea para su condena o absolución; por consiguiente, prima la imparcialidad porque el Estado a través de la Fiscalía tendrá que demostrar su responsabilidad y por tanto no es prueba fehaciente destruir su posición aun si se le comprobare que está faltando a la verdad; a mi parecer esta posibilidad no incide ni a su favor ni en contra.

**Teoría del riesgo**, es una excepción aplicado a casos como confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabación de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc.

Su justificación reside en el riesgo que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez.

Según esta teoría la validez de una cámara oculta se admite, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Igual trato se le da a las grabaciones de llamadas telefónicas (efectuadas por uno de sus interlocutores).

En los casos *Hoffa v. US* y *Lewis v. US*, la jurisprudencia americana ha introducido esta doctrina del riesgo, estableciendo la distinción "... entre los actos de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza de que éstos no revelarán su delito..."

A mi modo de ver, al hablar de infiltrados, agentes encubiertos, es referirse directa y exclusivamente a los agentes de la Policía Judicial, quienes bajo su

potestad y capacitados para el efecto realizan sus labores de inteligencia previo a solicitar la autorización judicial, sea para proceder a legalizar filmaciones, grabaciones, interceptaciones telefónicas o allanamientos, porque precisamente de allí nace la investigación, caso contrario no tendría objeto alguno aventurarse sin siquiera establecer su punto de partida y consecuentemente en su mayoría no llegarían a feliz término.

Ahora bien, se facilitaría por si sola la investigación por el mero hecho de que son los mismos involucrados o sospechosos que consienten en aquello, sea al confiarles la verdad del hecho y su modo de operara los infiltrados o permitiéndoles obtener información al respecto, pero como lo enuncia la doctrina del riesgo, el mismo sospechoso debería cuidar sus garantías pero considero que es algo quizá inédito porque no siempre van a caer en cuenta de que podrían estar violentándose sus garantías y libertades; sin embargo, la propia doctrina lo asume como válido si se presentaren tales circunstancias y no podrían constituirse en pruebas ilícitas por existir espontaneidad y voluntariedad en su participación.

#### **4.3.1.4. COLOMBIA**

El autor Jairo Parra Quijano analiza sobre la legislación colombiana cuyo Art. 455 del Código de Procedimiento Penal estipula sobre la nulidad derivada de la prueba ilícita, que para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los criterios del vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Para ello explica que el juzgador deberá analizar bajo su sana crítica el nexo de causalidad entre la prueba ilícita y la derivada lícita, así como también aplicar la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto.

**“Respecto a la fuente independiente toma como referencia la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana SU-159/02: “Se excluye una grabación por ser considerada ilícita, pero las personas refiriéndose a los mismos hechos dan declaraciones a los medios de comunicación y hacen comunicados y estos últimos se tienen en cuenta para condenarlos. Aquí hay una fuente independiente, porque por un acto de voluntad libre se hacen las declaraciones a los medios de comunicación, aquí en estricto sentido no hay árbol envenenado y no se justifica excluir la prueba. Los hechos que se investigan, cuando se excluye una prueba que los acredita, no significa que se vuelvan sagrados, intocables o que dejen de ser objeto de prueba, siempre se podrán acreditar por una fuente independiente”<sup>92</sup>**

La voluntad de expresarse no es motivo que reste importancia para validar una prueba como independiente, con mayor razón si el mismo acusado demuestra con ello no sentirse afectado en su debido proceso y por tal motivo ha colaborado espontáneamente con su declaración, al igual que testigos como en el precitada sentencia emitida por la Corte Constitucional colombiana, el hecho de que lo hagan público por los medios de comunicación ya se evidencia una prueba que aporta al hecho en cuestión.

**“CORTE CONSTITUCIONAL (2002). *Sentencia SU- 159 de 2002*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 2002. En esta sentencia se estudia el caso conocido como “MitiMiti”, en el cual la Sala de Decisión Penal de la Corte Suprema de Justicia condenó a pena privativa de la libertad al entonces Ministro de Comunicaciones S.A.G. como responsable del delito de celebración indebida de contratos, con fundamento en prueba derivada de una grabación arbitraria de conversaciones telefónicas sostenidas entre S.A.G. y el entonces Ministro de Minas y Energía R.V.A., la cual fue dada a conocer por una prestigiosa revista nacional. Debe tenerse en cuenta que, por lo menos desde una perspectiva formalista, tanto la Fiscalía como la Corte Suprema de Justicia declararon la nulidad de la grabación dada a conocer por los medios de comunicación pública. Un ejemplo de ello es CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2004). *Op. cit.* CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2004).**

---

<sup>92</sup> **PARRA Quijano, Jairo.** Profesor de la Universidad Externado de Colombia. “MANUAL DE DERCHO PROBATORIO”, Décimaoctava edición, pág. 809.

*Ibídem.* En el apartado 4.2.2 se afirma: “(...) es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal. La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cobija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita.” (Subraya fuera del texto original) Es de anotar que este sistema de excepciones, en principio, es aplicable a las pruebas derivadas de las pruebas directamente obtenidas con violación al debido proceso y a los derechos fundamentales. Sin embargo, se advierte que es posible que el sistema de excepciones a la regla de exclusión probatoria llegue incluso hasta la prueba directamente obtenida con violación del debido proceso y de las garantías fundamentales. De acuerdo con esta doctrina, es admisible la prueba derivada cuando el vínculo entre ésta y la prueba directa es tan tenue que es como si no afectara derecho fundamental alguno. Se admite la prueba derivada cuando ésta ha sido obtenida de una fuente completamente independiente y diferenciada, pero concurrente, de la prueba viciada. La prueba derivada es admisible si el ente acusador logra demostrar que la misma prueba, igualmente, se hubiera obtenido por medios lícitos. De acuerdo con esta doctrina, el vínculo entre prueba directa obtenida con violación del debido proceso y de las garantías fundamentales y la prueba derivada de ésta, se rompe cuando es admitida por la persona contra la cual se pretende hacer valer. CORTE CONSTITUCIONAL (2002). *Op. cit.*”

La prueba derivada si bien está relacionada con la prueba ilícita original debe ser vista primeramente si persiste este vínculo y por otro lado si pese a ello vulnera ese derecho y produce afectación como tal.

#### **4.3.1.5. ALEMANIA**

Desde mediados del siglo pasado se adopta el punto de vista de la ponderación de intereses en juego. No existe regla de exclusión general de la

prueba ilícita. El juez debe realizar un juicio de proporcionalidad al momento de analizar la validez de la prueba.

“Dentro de la regulación de la prueba ilícita, Alemania ofrece el principio de proporcionalidad que consiste en sopesar, en el caso concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente en permitir la producción de pruebas, que en otras circunstancias, serían consideradas ilícitas, por ejemplo, utilizar una grabación, tomada por medio del teléfono, donde consta la propuesta de pagar una suma de dinero por la muerte de una persona, puede ser utilizada para evitar la muerte de esa persona, y ser apreciada dentro de un proceso judicial, aunque hubiere sido tomada sin autorización de las autoridades, pero si por uno de los interlocutores”<sup>93</sup>

El test de ponderación es el que justifica la aplicación de excepciones a la prueba ilícita sin necesidad de que signifique alentar su práctica, sino porque ante todo permite observar cuál de los derechos en conflicto es el que prevalece y debe ser atendido prioritariamente.

#### **4.3.1.6 CASO ECUATORIANO**

Nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano se identifica con el derecho europeo continental: para cada caso aplicación de una norma establecida, es decir toma como base únicamente la ley.

---

<sup>93</sup> [www.google.com](http://www.google.com) LA PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA ACUSATORIO, UNA MIRADA A LAS REGULACIONES ESPAÑOLA, ALEMANIA Y AMERICANA EN TORNO A SU PROHIBICIÓN Y EXCEPCIONES.

Que en el Ecuador se apliquen excepciones previo a excluir una prueba ilícita aún es una posibilidad muy lejana; los juzgadores hasta la fecha no recogen la doctrina y los antecedentes jurisprudenciales aplicados por el derecho comparado, sino a ultranzadesechan en todos los casos una prueba ilícita sin mediar motivo para su convalidación, peor aún aplicar el test de ponderación de bienes jurídicos en conflicto.

El autor ecuatoriano Ricardo Alfredo Guamán Aguirre, en su artículo “La ineficacia probatoria de la prueba ilícita en el procedimiento penal ecuatoriano” propone con acierto la posibilidad de que el Ecuador acoja las excepciones del derecho anglosajón, tomando como referencia las legislaciones comparadas y la gravedad del delito.

Asume que podría aplicarse las excepciones de la fuente independiente y descubrimiento inevitable analizadas anteriormente para obtener fallos justos y equitativos.

“Lo que se busca con este trabajo, fue ampliar el ámbito de criticidad sobre la ineficacia probatoria de la prueba ilícita en el Ecuador; eso, creemos, se ha cumplido.

De ahí que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de nuestro país ir dilucidando el proceder y la interpretación jurisprudencial para la posible aplicación de la regla de exclusiones probatorias y sus excepciones o cualquier otro medio interpretativo de prueba ilícita y sus efectos, tarea que es urgente,



ya que de no hacerlo, no se puede avanzar en la eficiente protección de bienes jurídicos, tarea indispensable de un Estado Social de Derecho”<sup>94</sup>.

Es uno de los pocos autores doctrinarios que deja abierta esta posibilidad para el país; no podemos continuar sumergidos en el mismo contexto de tratamiento a la prueba ilícita, sobretodo si de por medio se presentan casos que amerita no solo considerar las predichas excepciones sino hacerlo bajo la técnica del test de ponderación como sustento y respuesta a estas aplicaciones.

---

<sup>94</sup> **GUAMÁN Aguirre, Ricardo Alfredo.** “La Ineficacia Probatoria de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal Ecuatoriano. Universidad de Machala. Ecuador, pág. 17

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS**

### **5.1 MATERIALES Y MÉTODOS UTILIZADOS EN LA EJECUCIÓN**

En el desarrollo y ejecución de la presente investigación se utilizó el método científico, esto es, deductivo y sus procedimientos: análisis y síntesis.

La inducción se realizó a partir de situaciones individuales observables en casos concretos, para relacionarlos con otros a efecto de llegar a conclusiones generales.

La deducción implicó haber abarcado de lo general a lo particular para concluir en casos concretos.

El análisis y síntesis sirvieron en el proceso de desarrollo de la investigación para el estudio doctrinario y de campo que guardan relación con el objeto de estudio.

Se emplearon los métodos de investigación como las fichas bibliográficas y nemotécnicas.

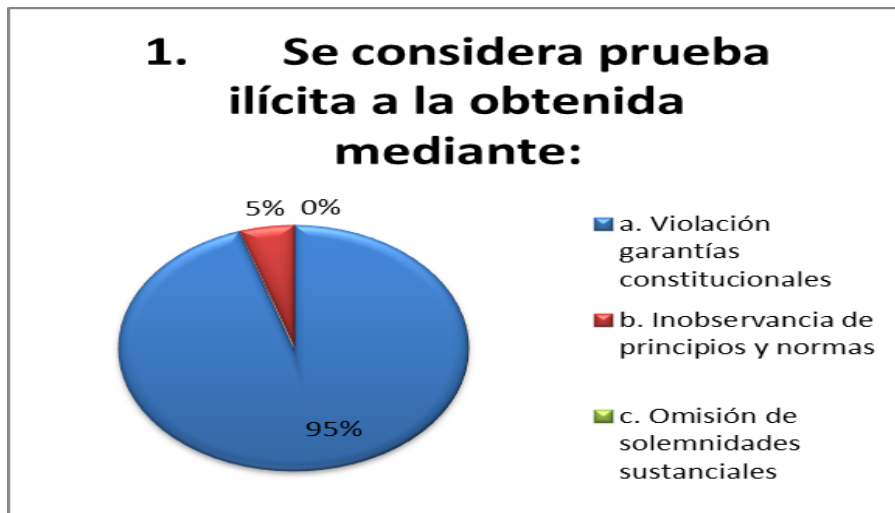
Se aplicaron cinco entrevistas y 20 encuestas a Abogados en libre ejercicio de su profesión, Fiscales, Jueces y Magistrados de la Corte Provincial de Justicia de Loja, a objeto de obtener su criterio que sirvió como valioso aporte a la investigación.

Una vez obtenidos los datos se procedió a su procesamiento, tabulación e interpretación para plasmarlos en el informe final.

## 6. RESULTADOS

### 6.1. PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

#### 1. Se considera prueba ilícita a la obtenida mediante:



V	F	%
a. Violación garantías constitucionales	19	95
b. Inobservancia de principios y normas	1	5
c. Omisión de solemnidades sustanciales	0	0
TOTAL	20	100

Cuadro Nro. 1

Fuente: Investigador

Gráfico Nro. 1

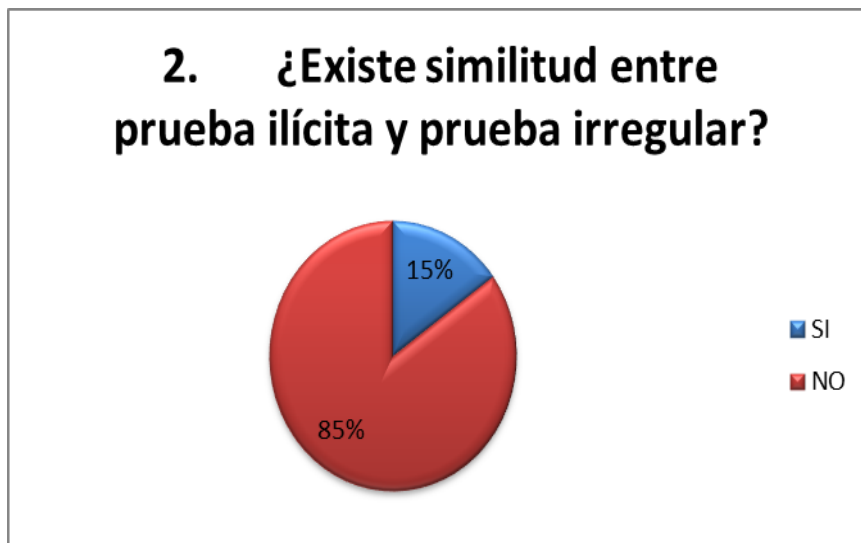
Fuente: Investigador

En la primera pregunta de la encuesta podemos identificar que un total de 19 encuestados que representan el 95% de la muestra, se manifiestan por la opción **a.)**, en la que dice: prueba ilícita es obtenida mediante “violación de garantías constitucionales”; y por la opción **b.)**, que es la inmediata inferior se manifiesta un encuestado. La opción **c.)**, no registra información.

**2. ¿Considera que existe similitud entre una prueba ilícita y una prueba irregular?**

v	f	%
SI	3	15
NO	17	85
TOTAL	20	100

CuadroNro. 2  
Fuente: Investigador



La pregunta segunda referente a similitud entre la prueba ilícita y la prueba irregular demuestra que solo un número de 3 encuestados afirma que SI existe similitud, esto representa el 15% del total de la muestra, mientras que 17 encuestados aseguro que NO existe similitud alguna, esto representa el 85%.

Recopilando las motivaciones de sus respuestas se puede condensar los siguientes:

### Respuestas Negativas (NO):

V	f	%
La prueba ilícita no puede ser valorada por ningún concepto	1	5,9
Lo ilícito carece de poder probatorio	1	5,9
La prueba ilícita es conseguida con una violación de derechos y la irregular infringiendo normas ordinarias (problema de forma)	12	70,6
La prueba ilícita puede ser subsanada	2	11,8
La (prueba) ilícita nunca llegara a ser prueba, la irregular puede llegar a ser prueba	1	5,9
<b>TOTAL</b>	<b>17</b>	<b>100</b>

Cuadro Nro. 3  
Fuente: Investigador

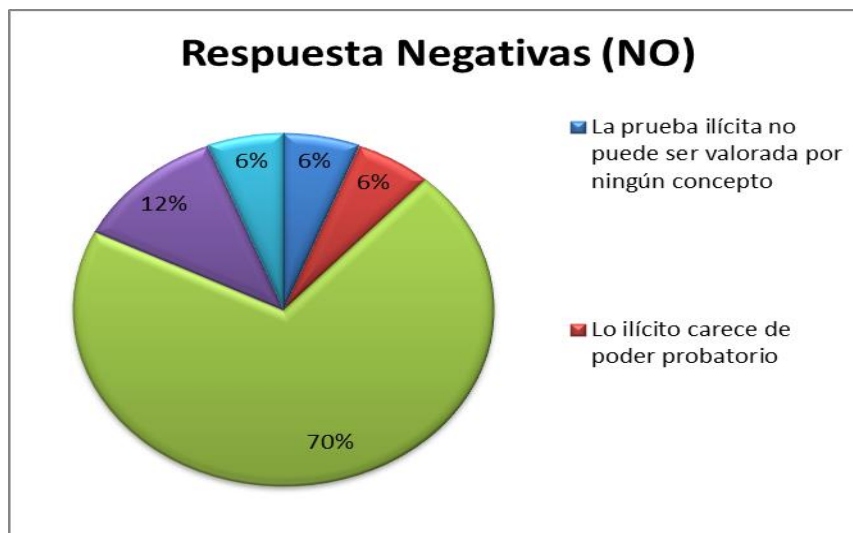


Gráfico Nro. 3  
Fuente: Investigador

### Respuestas Afirmativas (SI):

V	f	%
Ambas giran en torno a su forma de obtención	1	33,3
Carecen de imputabilidad y eficiencia probatoria	1	33,3
Al no poderse subsanar queda en características a la prueba ilícita	1	33,3
<b>TOTAL</b>	<b>3</b>	<b>100</b>

Cuadro Nro. 4  
Fuente: Investigador

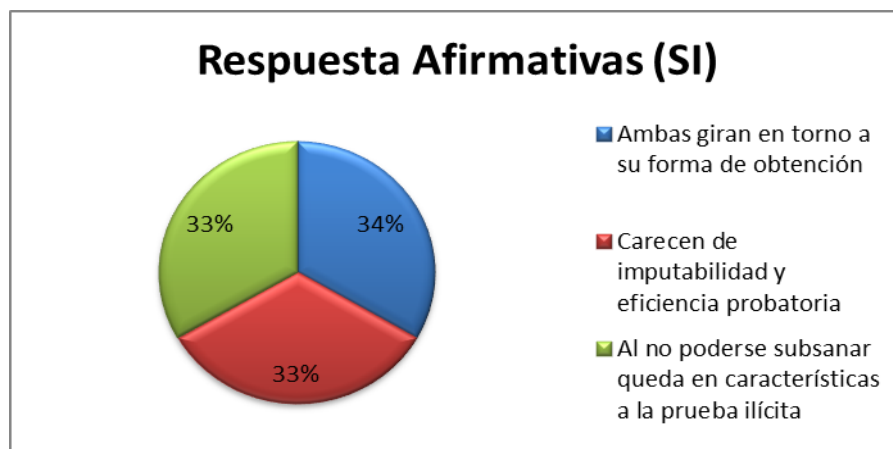


Grafico Nro. 4  
Fuente: Investigador

### 3. ¿Podría convalidarse una prueba ilícita?

v	f	%
SI	4	20
NO	16	80
TOTAL	20	100

Cuadro Nro. 5  
Fuente: Investigador:



Gráfico Nro. 5  
Fuente: Investigador

En la pregunta tercera de la encuestas en cuanto a la convalidación de una prueba ilícita, los encuestados reflejan en un número de 4 que representa el 20% por las opción que SI se puede convalidar, mientras que un numero de 16 encuestados que representan el 80%, aseguran que NO se puede dar esta convalidación.

Recopilando las motivaciones de sus respuestas se pueden condensar las siguientes:

**Respuestas Negativas (NO):**

V	f	%
No tiene validación legal	2	11,8
Expresamente está prohibido	1	5,9
Por la violación a derechos fundamentales (constitucionales) no cabe la convalidación	1	5,9
No existe medio ni forma para convalidar	1	5,9
Atenta a la seguridad jurídica	1	5,9
Carece de eficiencia probatoria.	4	23,5
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100</b>

Cuadro Nro. 6

Fuente: Investigador

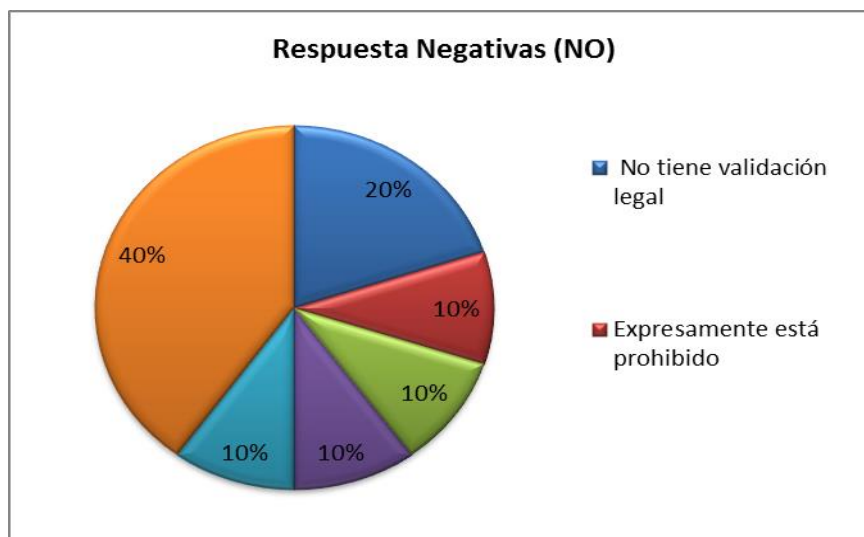


Grafico Nro. 6

Fuente: Investigador

**Respuestas Afirmativas (SI):**

V	f	%
Porque su obtención NO nulita cierto proceso y no haya una grave afectación que influya mayormente en la decisión de la causa	1	33,3
Por cuanto los derechos fundamentales tienen límites de aplicación, pues no es absoluto en su aplicación y de allí nacen sus excepciones	1	33,3
Siempre y cuando sea estrictamente necesario para encontrar la verdad procesal, relevancia trascendental para la parte procesal	1	33,3
<b>TOTAL</b>	<b>3</b>	<b>100</b>

Cuadro Nro. 7

Fuente: Investigador

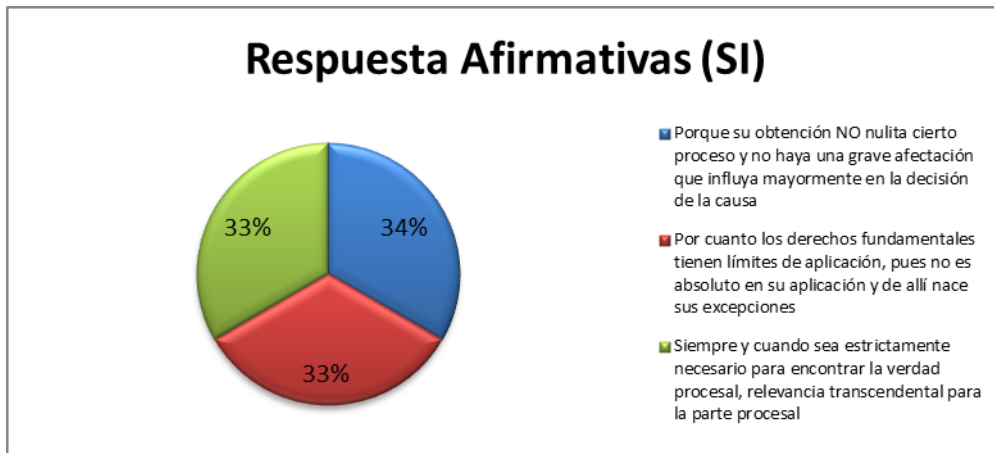


Gráfico Nro. 7  
Fuente: Investigador

#### 4. ¿Conoce de la existencia de excepciones enunciadas por la doctrina para validar una prueba ilícita?

v	F	%
SI	10	50
NO	10	50
TOTAL	20	100

Cuadro Nro. 8  
Fuente: Investigador

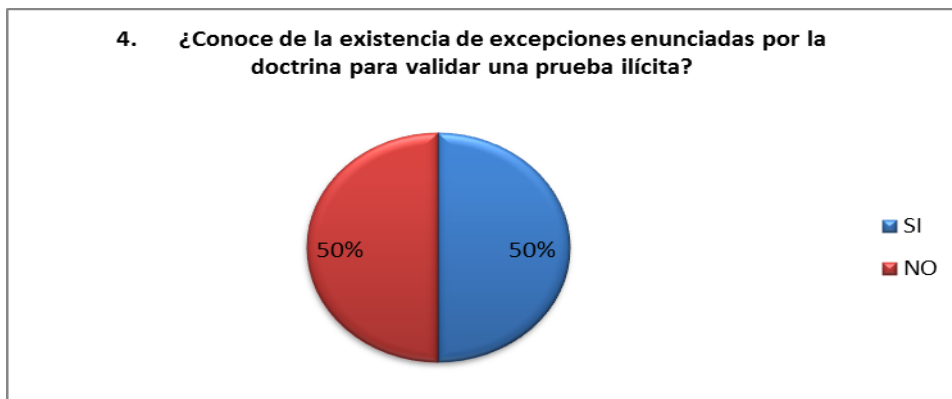


Gráfico Nro. 8  
Fuente: Investigador

La pregunta cuatro, en lo referente al conocimiento de la existencia de excepciones para validar la prueba ilícita, nos refleja un indicador equiparado en ambos caso (SI y NO) en un número de 10 encuestados para cada variable, los mismos q representan el 50%, existiendo una dualidad de criterios.

Recopilando las motivaciones de sus respuestas se puede condensar los siguientes:



**Respuestas Negativas (NO):**

V	f	%
Solo se dan por norma legal	1	10
No hay forma desde el punto de vista de la defensa	1	10
No contestan	8	80
TOTAL	10	100

Cuadro Nro. 9

Fuente: Investigador

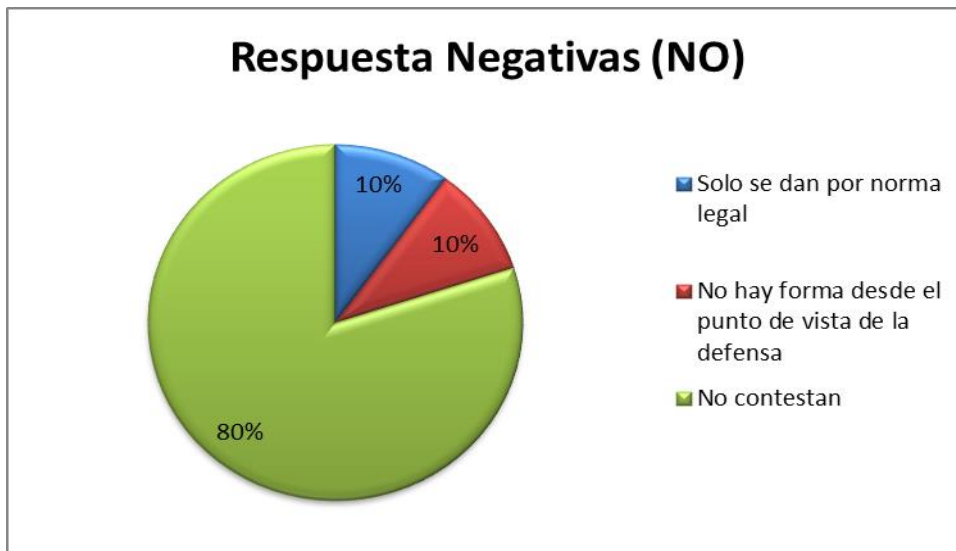


Gráfico Nro. 9

Fuente: Investigador

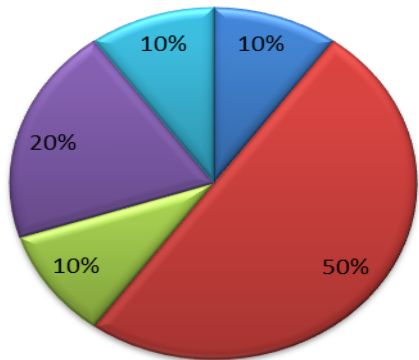
**Respuestas Afirmativas (SI):**

V	f	%
Cuando la prueba dañada tenga como origen de fuente independiente de lo prohibido	1	10
Descubrimiento inevitable, nexo causal diluido/atenuado, buena fe policial, fuente independiente, eficacia reflexiva	5	50
Cuando la prueba favorece al reo	1	10
No contesta	2	20
Menciona nombre de caso particular	1	10
TOTAL	10	100

Cuadro Nro. 10

Fuente: Investigador

### Respuesta Afirmativas (SI)



- Cuando la prueba dañada tenga como origen de fuente independiente de lo prohibido
- Descubrimiento inevitable, nexo causal diluido/atenuado, buena fe policial, fuente independiente, eficacia reflexiva
- Cuando la prueba favorece al reo
- No contesta
- Menciona nombre de caso particular

Gráfico Nro. 10  
Fuente: Investigador

**5. ¿Conoce de la aplicación de precedentes jurisprudenciales y doctrinarios para asumir como válida una prueba ilícita?**

<b>v</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
SI	1	5
NO	19	95
TOTAL	20	100

*Cuadro Nro. 11*  
*Fuente: Investigador*



*Gráfico Nro. 11*  
*Fuente: Investigador*

La pregunta quinta de la encuesta referente al conocimiento de jurisprudencia y doctrina para asumir la validez de la prueba ilícita, se puede recopilar que en su mayoría de los encuestados que son 19 muestras que representan el 95%, afirman NO conocer herramienta jurídica referente al tema, y solo 1 que representa el 5%, afirma SI conocer algún mecanismo.

Por ende solo describiremos la respuesta afirmativa.

**Respuestas Afirmativas (SI):**

V	f	%
Cuando la prueba dañada tenga como origen de fuente independiente de lo prohibido	1	100
TOTAL	1	100

Cuadro Nro. 12

Fuente: Investigador



Gráfico Nro. 12

Fuente: Investigador

## **6.2. ENTREVISTAS**

### **ENTREVISTA Nro. 1 (Pista 23).**

**Dr. José Álvarez Ramírez, Juez de Tribunal Penal de Loja**

#### **1.Cuál es su opinión en lo referente a la denominada prueba ilícita?**

“La prueba ilícita es una institución que ha sido desarrollada principalmente por el derecho anglosajón, aunque también por el europeo, especialmente Alemania con el que principalmente se busca garantizar el respeto de los derechos fundamentales, porque precisamente la prueba ilícita se da cuando hay una violación a un derecho fundamental; no así cuando se trate de una violación de carácter legal, que no se denomina prueba ilícita, sino prueba irregular que es convalidable, en cambio cuando es prueba ilícita la consecuencia es que no se la puede convalidar y básicamente, el fundamento de la regla de exclusión es en el derecho comparado principalmente en el anglosajón es lo que se llama el fundamento de terrence, que significa que con la prueba ilícita lo que se busca es persuadir a los agentes del Estado a que no comenten violaciones contra los particulares, persuadir que si comenten violaciones el Estado no les va a convalidar ese tipo de violaciones”

#### **2. ¿Considera que nuestro régimen constitucional y procesal penal ecuatoriano establece excepciones para la validez de la prueba ilícita?**

“En realidad no hay mayor desarrollo sobre ese tema, pero en cambio vemos que el Código Orgánico de la Función Judicial establece en uno de sus

artículos la obligatoriedad de administrar justicia y dice expresamente que a falta de norma habrá que acudir a los principios, habrá a que acudir a la jurisprudencia y a la doctrina, a mi modo de ver esto abre la posibilidad de que en determinados casos aunque expresamente no haya un desarrollo normativo en relación a las excepciones a la regla de exclusión el juez podría ir desarrollando ese artículo, ahí ampararse en la doctrina comparada para poder ir insertando vía jurisprudencial el tema de las excepciones a la regla de exclusión”

**3. ¿Conoce sobre algún caso ecuatoriano donde se hayan aplicado tales excepciones?**

“No, no conozco, simplemente y recientemente he visto en el ya derogado Código de Procedimiento Penal hubo que una reforma en donde se estableció que las grabaciones podrían ser valoradas previo a una ponderación de los bienes que estaban en conflicto con lo que podríamos decir que se abrió una posibilidad a una excepción de la regla de exclusión, dando la posibilidad de que el juez pondere, porque antes sucedía, por ejemplo en un juicio de violación (de acusación de violación), habían grabaciones en donde la supuesta víctima asomaba delatándose que era falso, pero una aplicación mecanizada de esa regla de exclusión hacía que se excluya. Entiendo lo que se hizo con ese Código de Procedimiento Penal que ahora ya está derogado es establecer la posibilidad de precisamente para esta excepción que ha sido desarrollada por la jurisprudencia comparada y en Latinoamérica tengo entendido que Brasil la tiene desarrollada, que cuando se trata de testimonio de

una prueba ilícita obtenida por el acusado, se la puede convalidar, porque, porque precisamente ponderando los bienes en conflicto usted va a ver q frente al testimonio de una resulta victima que puede resultar ser una mentirosa que está aduciendo a un error a la estado tenemos el derecho del acusado que puede ser un inocente, en esos casos la jurisprudencia comparada, la doctrina comparada, de derecho comparado general crea la posibilidad de que el juez ponderando los bienes en conflicto pueda legitimar o pueda permitir valorar esa prueba que sin esta excepción puede considerarse ilícita”

**4. ¿Considera que los operadores jurídicos están en la facultad de tomar en consideración tales antecedentes o precedentes jurisprudenciales?**

“Yo actualmente estoy convencido que sí, porque si usted revisa el preámbulo del Código Orgánico Integral Penal, entre las motivaciones encontramos que me parece que es la que está señalada con el número cuarto que dice que precisamente que lleva a creación del Código Integral Penal es el hecho de que es necesario cambiar la cultura porque los jueces nos hemos acostumbrado a una cultura demasíadamente legalista y que los avances del derecho penal en otros países son desarrollados vía jurisprudencial aquí no se han desarrollado precisamente por falta de cambio de visión de los jueces, inclusive por un inadecuado trabajo de las universidades, eso está en los considerandos del Código Orgánico Integral Penal; entonces nos encontramos que el nuevo paradigma implica la posibilidad que el juez rara vez de la jurisprudencia vaya desarrollando aquellos criterios doctrinarios que han sido desarrollados, por

ejemplo, como la prueba ilícita que fue desarrollada en E.E.U.U. que la hemos copiado normativamente en cuanto a que consideramos regla de exclusión pero no tenemos regulado por los otros componentes que forman parte del paquete y los otros componentes son las excepciones a esa regla de exclusión, entonces la posibilidad es la doctrina y la jurisprudencia que conforme dije en el Código Orgánico Integral Penal está plenamente establecido de que el juez puede inspirarse en la doctrina para poder administrar justicia”.

**5. ¿Es menester entonces aplicar la ponderación de derechos en conflicto previo a la exclusión de la prueba ilícita?**

“Si porque esa posibilidad ya estaba abierta a partir del Código de Procedimiento Penal, sobretodo en caso de grabaciones y no cabe la duda de que cuando hablamos de ponderación estamos hablando de la posibilidad de aplicar las excepciones, porque las excepciones nacen precisamente de esa ponderación de intereses, sí, porque no puede ser el derecho mecánico y ningún principio es absoluto, junto al principio de presunción de inocencia nos encontramos el principio de derecho a la intimidad (en el caso de una grabación) entonces ninguno de los dos puede ser absoluto, simplemente hay que buscar en caso concreto la respuesta correcta. En caso práctico como lo es la violación falsa no puede ser que el derecho a la intimidad de una mentirosa pueda estar protegido por encima del derecho de presunción de inocencia de quien en realidad pueda ser un inocente”



## **ENTREVISTA Nro. 2 (Pista 24).**

**Dr. Rodrigo Cajas Encalada, Abogado en libre ejercicio Profesional**

### **1. Cuál es su opinión en lo referente a la denominada prueba ilícita?**

“Con respecto a esta pregunta, considero que la institución de la prueba ilícita es una consecuencia de la vigencia de los derechos constitucionales que amparan a todo ciudadano, naturalmente esto se inscribe también en los instrumentos internacionales de derechos humanos y derivado de nuestra constitución y las leyes de menor jerarquía. Consecuentemente es una de las formas en las que se debe analizar las pruebas, valorarlas, con el objeto de cuando se declara la culpabilidad de una persona se tome en cuenta solo aquellas pruebas que han respetado precisamente la normativa jurídica y constitucional y no se ha afectado la dignidad de la persona ni tampoco esos derechos inmanentes con la condición del ser humano”

### **2. ¿Considera que nuestro régimen constitucional y procesal penal ecuatoriano establece excepciones para la validez de la prueba ilícita?**

“Efectivamente, la exclusión de la prueba ilícita no es un asunto, digamos, ilimitado, absoluto, como todos los derechos de las personas o todos los principios que amparan a los ciudadanos, son limitables desde el punto de vista si afectan o no bienes jurídicos de grado o de importancia superior. En este caso nuestra legislación también ha establecido precisamente lo que esta denominado como excepciones, especialmente cuando se trata de situaciones

que están acorde con el desarrollo teórico de la prueba ilícita y sus diferentes incidencias que tiene en el proceso penal”

**3. ¿Conoce sobre algún caso ecuatoriano donde se hayan aplicado tales excepciones?**

“Si hablamos de excepciones a la prueba ilícita, tendríamos que hablar de esa teoría de la atenuación o la doctrina de la atenuación, la de la fuente independiente y la del descubrimiento inevitable, que a su vez tienen o se inscriben, digamos, en las diferentes teorías. La teoría más conocida que dominamos de alguna manera, porque se conoce con bastante frecuencia es la teoría del árbol envenenado, es decir cuando el medio de prueba o la forma de obtención de ese medio de prueba ha tenido ilicitud y naturalmente los demás actos que se derivan de esa prueba obtenida con una acción ilícita también participan de la ilicitud; sin embargo aquí vienen precisamente las excepciones, por ejemplo la doctrina de la atenuación significa no otra cosa que cuando la relación o el vínculo entre el acto ilícito y la prueba obtenida es tenue, no es de gran envergadura, prevalece el criterio de que se tiene que aceptar esa prueba. También por ejemplo el de la fuente independiente, naturalmente implica que cuando se ha obtenido una prueba ilícita, pero como consecuencia de ella por otro medio, por otra forma de obtención, se obtiene una prueba que aunque tenga relación pero sin embargo no hay una incidencia directa de la ilicitud, ese también es otro caso de excepción que así se ha visto que se ha producido en nuestra práctica procesal ecuatoriana y el descubrimiento inevitable, pienso que es el caso muy ejemplificativo de que por ejemplo se ordena el

allanamiento de un domicilio por parte del juez para poder obtener una evidencia de un robo y de pronto se encuentra droga, consecuentemente esa droga o esa evidencia obtenida en ese allanamiento que a lo mejor fue ilegal en su principio, sin embargo el hallazgo secundario de la droga tiene licitud y por eso algunas legislaciones lo resuelven mediante la disposición judicial de que se elaboren dos actas, la una con el allanamiento de la evidencia que se iba a buscar en cuyo caso si esta no fue autorizada por el juez seria ilícita y el segundo hallazgo de la sustancia estupefaciente tendría validez, porque no habría una conexión ni un vínculo directo entre la ilicitud de la primera con la segunda. He visto casos en que si se ha aplicado esto y entiendo que justamente al aplicación de esas excepciones es de alguna manera saludable porque ponderando la obligación que tiene el Estado de investigar los delitos y de perseguirlos, naturalmente que tiene que respetar el debido proceso y las garantías de la persona investigada y procesada, pero sin embargo también en este caso tiene que haber un equilibrio, una proporción para que las decisiones que toman los jueces en cuanto a exclusión , no vulneren este derecho de los ciudadanos de estar protegidos a través del Estado y su mecanismo de justicia penal”

**4. ¿Considera que los operadores jurídicos están en la facultad de tomar en consideración tales antecedentes o precedentes jurisprudenciales?**

“Bueno, de lo que conocemos en materia penal, no existe el precedente jurisprudencial obligatorio, sin embargo cuando se trata de decisiones que provienen ya de los más altos tribunales de justicia, esos son en definitiva

líneas de interpretación de la ley que viene a constituir ciertos precedentes de interpretación , que para unificar los criterios debería ser atendidos por los juzgadores, porque inobservarlos o no aplicarlos sería bastante dañino, si se quiere decir así, para la administración de justicia porque no habría una unificación de criterios en la aplicación de la ley en determinados casos”.

**5. ¿Es menester entonces aplicar la ponderación de derechos en conflicto previo a la exclusión de la prueba ilícita?**

“Me parece que es fundamental precisamente la ponderación, porque esta ponderación precisamente, tiene que ver con la teoría de la proporcionalidad en la exclusión o no de la prueba ilícita, y obviamente cuando hablamos de intereses en conflicto estamos hablando de un lado el derecho que tienen los ciudadanos de que se respeten sus derechos fundamentales, cada uno de los cuales está contemplado en la constitución pero también por otro lado se encuentra ese principio de la necesidad de la prueba. La prueba es necesaria desde el punto de vista que sirve precisamente para esclarecer los hechos y las circunstancias que se producen en un caso de conflicto penal, consecuentemente es necesario que el juez pondere, que el juez establezca una línea de proporcionalidad para no ir a los extremos, de lo contrario tendríamos una aplicación a ultranza, extremista de las normas de exclusión de la prueba ilícita y naturalmente eso también perjudicaría gravemente a los intereses de la justicia en atención al derecho que tiene el Estado, precisamente de ejercer la justicia penal actualmente respetando los derechos de los justiciables”.

### **ENTREVISTA Nro. 3 (Pista 27).**

**Dr. Leonardo Bravo González, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Loja**

#### **1.Cuál es su opinión en lo referente a la denominada prueba ilícita?**

“Yo, en mi función de Juez vengo haciendo una distinción en lo que es la prueba ilícita y la prueba ilegal, he dicho varias veces que la prueba ilegal es aquella que se origina en el desconocimiento de un determinado procedimiento para la evacuación de una prueba y cuando se trata de pruebas ilegales es susceptible hacer el análisis bajo el tes de lo que se llama convalidación, trascendencia, inculpabilidad, bueno y algunos otros parámetros que existen para determinar la prueba ilegal, pero la prueba ilícita es en cambio aquella que es obtenida con violación directa de un derecho fundamental y la consecuencia no es la nulidad relativa, sino la nulidad absoluta, eso significa que la prueba ilícita no da paso a la convalidación es nula por disposición de la constitución y la ley; y repito, es la que se deriva de violación directa de la constitución, no de la inobservancia de un determinado procedimiento para la obtención; porque hay confusión en cuanto a la prueba ilícita y la prueba ilegal y a la prueba ilegal se la está tomando como prueba ilícita y viceversa”

**¿Considera que nuestro régimen constitucional y procesal penal ecuatoriano establece excepciones para la validez de la prueba ilícita?**

“Que yo sepa, no tenemos en la constitución ni en la ley ningún tipo de excepciones para lo que es la prueba ilícita, es decir para aquella que se

obtiene con violación de la constitución que si existe en otros países, pero en nuestro país no encuentro, ni en la constitución ni en la ley, ni a través del aporte jurisprudencial con fallos obligatorios”

**2. ¿Conoce sobre algún caso ecuatoriano donde se hayan aplicado tales excepciones?**

“No, por el contrario conozco de algunos casos en donde se analiza mucho los temas de la prueba ilícita, es decir en nuestro país no hay un buen desarrollo doctrinarios pero jurisprudencial sobre la materia concretamente de prueba ilícita”

**3. ¿Considera que los operadores jurídicos están en la facultad de tomar en consideración tales antecedentes o precedentes jurisprudenciales?**

“Hay precedentes jurisprudenciales sobre las excepciones que podrían darse a la exclusión de pruebas ilícitas, hay pocos fallos para la exclusión de las pruebas ilícitas pero en esos no se hace ningún análisis de las excepciones que podrían darse siguiendo la doctrina y más concretamente el derecho comparado”

**4. ¿Es menester entonces aplicar la ponderación de derechos en conflicto previo a la exclusión de la prueba ilícita?**

“Si es que en algún momento determinado se acepta por vía legal o por vía jurisprudencial obligatorio, sería procedente como unas de las excepciones

para valorar la prueba ilícita, así ocurre en el vecino país de Perú, allí se acepta como excepciones la ponderación de derechos, es decir los derechos del procesado o acusado y los derechos de la víctima. En Perú por ejemplo se acepta la ponderación de estos derechos cuando se trata de tutelar el derecho de la víctima frente a la delincuencia organizada, es decir los derechos del acusado se pasan a segundo plano cuando se trata de proteger a la víctima o la colectividad fundamentalmente, contar el crimen o delincuencia organizada”.

## **ENTREVISTA Nro. 4 (Pista 28).**

**Dra. Mónica Fierro Montalvo, Defensora Pública Provincial de Loja**

### **1.Cuál es su opinión en lo referente a la denominada prueba ilícita?**

“En realidad para mí, por la experiencia adquirida en la defensa pública y que a diario litigamos en los diferentes casos asignados a nuestra institución, en realidad la prueba ilícita es una evidente violación directa a derechos de rango constitucional. Este tipo de prueba sin lugar a duda, el efecto de la misma es la exclusión, pues no permite que esta sea convalidada una prueba realmente de fondo que si afecta la validez procesal”

### **2. ¿Considera que nuestro régimen constitucional y procesal penal ecuatoriano establece excepciones para la validez de la prueba ilícita?**

“Respecto a esta pregunta, considero que el régimen constitucional ecuatoriano es un régimen absolutamente garantista y al igual la nueva legislación penal nos referimos al COIP, no establece excepciones para la validez de la prueba ilícita por la naturaleza de la misma”

### **3. ¿Conoce sobre algún caso ecuatoriano donde se hayan aplicado tales excepciones?**

“No, la verdad por la experiencia nuestra, al menos aquí en la defensoría pública y de lo que nosotros también tenemos que leer para poder de alguna manera incrementar nuestros conocimientos y ponerlos al servicio de la



defensa técnica de nuestros usuarios, no”

**4. ¿Considera que los operadores jurídicos están en la facultad de tomar en consideración tales antecedentes o precedentes jurisprudenciales?**

“Soy muy respetuosa, de la facultad discrecional de los operadores de justicia pues la investidura de ellos les permite direccionar sus resoluciones y sus sentencias sobre la base primero de la prueba actuada y segundo respecto a los precedentes jurisprudenciales pues usted conoce que no son vinculantes al menos que sean precedentes constitucionales de la corte constitucional”

**5. ¿Es menester entonces aplicar la ponderación de derechos en conflicto previo a la exclusión de la prueba ilícita?**

“A mi criterio, en efecto cuando existe una colisión entre derechos que se encuentran en conflicto, el juez tiene esa potestad de efectuar un ejercicio verdadero y eficaz de ponderación constitucional, sin embargo yo considero que por más que el administrador de justicia pueda hacer un efectivo ejercicio de ponderación constitucional al existir colisión de derechos, no se puede permitir que ingrese a juicio prueba ilícita, esta consideración la tomo por cuanto me baso en el principio seguridad jurídica contante en el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador pues la misma que se fundamentó en el respeto a la Constitución, de ella el debido proceso y la existencia de normas jurídicas previas claras públicas y aplicadas por las autoridades competentes, por ende considero que si es ilícita debe ser realmente excluida”

## **ENTREVISTA Nro. 5 (Pista 29).**

**Dr. Rodrigo Montero Correa, Fiscal de Loja**

**1.Cuál es su opinión en lo referente a la denominada prueba ilícita?**

“La prueba ilícita por su naturaleza violenta principios y normas constitucionales por tanto su efecto tendría que estar sometida a las consecuentes nulidades”

**2. ¿Considera que nuestro régimen constitucional y procesal penal ecuatoriano establece excepciones para la validez de la prueba ilícita?**

“No existe ninguna excepción en particular”

**3. ¿Conoce sobre algún caso ecuatoriano donde se hayan aplicado tales excepciones?**

“Dentro del país no, pero en otras legislaciones comparadas como Colombia, argentina, si existen esas posibilidades”

**4. ¿Considera que los operadores jurídicos están en la facultad de tomar en consideración tales antecedentes o precedentes jurisprudenciales?**

“Tomando en consideración la Constitución de la República del Ecuador indica que se debe tomar en cuenta instrumentos internacionales en derechos humanos, jurisprudencia internacional, doctrinas, podrían ser aplicable esas experiencias de otros países en nuestro mundo del conflicto penal”.

**5. ¿Es menester entonces aplicar la ponderación de derechos en conflicto previo a la exclusión de la prueba ilícita?**

“Sería procedente puesto que la ponderación está permitida por el ordenamiento penal ecuatoriano, la jurisprudencia, doctrina de nuestro país y ese caso si es procedente esa aplicabilidad”.

**5.3. RESULTADO DE ENTREVISTAS**

ANÁLISIS DE LA PREGUNTA NRO. 1: Qué opinión le merece la denominada prueba ilícita?

Los entrevistados coinciden en manifestar que la prueba ilícita es aquella que vulnera principios, normas y derechos fundamentales y por tanto no puede ser admitida ni convalidada, sino por el contrario excluida.

ANÁLISIS DE LA PREGUNTA NRO. 2: Considera que nuestro régimen constitucional y procesal penal ecuatoriano establece excepciones para la validez de la prueba ilícita?

Los entrevistados también coinciden en referir que hasta la fecha en el Ecuador no se ha establecido excepción alguna; uno de ellos sostiene que a falta de norma debe aplicarse la doctrina y jurisprudencia.

ANÁLISIS DE LA PREGUNTA NRO. 3: Conoce sobre algún caso ecuatoriano donde se hayan aplicado tales excepciones?

Los entrevistados tácitamente manifiestan no conocer ninguno hasta la fecha.

ANÁLISIS DE LA PREGUNTA NRO. 4: Considera que los operadores jurídicos están en la facultad de tomar en consideración tales antecedentes o precedentes jurisprudenciales?

Los cuatro entrevistados están muy de acuerdo en que debe aplicarse antecedentes o precedentes jurisprudenciales del derecho comparado a falta de norma legal previo a la exclusión de una prueba ilícita, a excepción de una entrevistada que considera que serían vinculantes siempre y cuando provengan de la Corte Cosntitucional.

ANÁLISIS DE LA PREGUNTA NRO. 5: Es menester entonces aplicar la ponderación de derechos en conflicto previo a la exclusión de la prueba ilícita?

Los cuatro encuestados sostienen que la ponderación si sería viable previo a excluir una prueba de carácter ilícito como medio útil para sopesar los intereses en conflicto; y, tan solo una encuestada considera que de acuerdo a lo estipulado en el Art. 82 de la Constitución Política del Ecuador no debe aplicarse y debe excluirse la prueba ilícita.

## **7. DISCUSIÓN**

### **7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS**

Los objetivos propuestos en la presente investigación a ser verificados son los siguientes:

#### **7.1.1. OBJETIVO GENERAL:**

- Realizar un estudio y análisis doctrinario, constitucional y legal de la prueba ilícita en el proceso penal ecuatoriano.

#### **Verificación**

El objetivo en referencia se verifica en forma total y satisfactoria con el sustento teórico, jurídico y analítico que se lo ha determinado en el contenido de la investigación, estableciéndolo en base al estudio del Código Orgánico Integral Penal, con la respuesta positiva de la pregunta Nro. 1 de la encuesta y entrevista.

#### **7.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Identificar las excepciones para la validez de la prueba ilícita en el proceso penal ecuatoriano.
- Investigar el tratamiento de los operadores jurídicos frente a la prueba ilícita.
- Diferenciar la prueba ilícita de la prueba irregular y sus efectos.

### **Verificación del objetivo Nro. 1**

A pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano no constan estipuladas las excepciones para la validez de una prueba ilícita, el presente objetivo ha sido verificado con el estudio doctrinario y jurisprudencial en el derecho comparado y con las respuestas de los encuestados respecto de las preguntas Nros. 2 y 3.

### **Verificación del objetivo Nro. 2**

Se la obtiene con la respuesta otorgada por los señores entrevistados respecto de las preguntas Nros. 4 y 5, al referir que los operadores jurídicos deben aplicar la doctrina y antecedentes jurisprudenciales a falta de norma previo a la exclusión de la prueba ilícita.

### **Verificación del objetivo Nro. 3**

Se la obtiene con las respuestas de los entrevistados y encuestados respecto de la pregunta Nro. 1, respectivamente, quienes en su mayoría con acierto exponen sobre las diferencias existente entre la prueba ilícita de la prueba irregular.

## **7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

### **7.2.1. HIPÓTESIS**

La prueba ilícita en materia procesal penal admite excepciones para su validez en un estado constitucional de derechos y justicia.

El Ecuador, inmerso en el sistema europeo continental no aplica las excepciones previas a la exclusión de una prueba ilícita; sin embargo, a través del presente estudio se ha evidenciado que la legislación internacional, acogiendo al derecho anglosajón por el contrario si las aplica utilizando el test de la ponderación para resolver equitativamente sobre asuntos en los cuales se evidencia intereses en conflicto en aras de determinar cuál prevalece por el bien común.

## 8. CONCLUSIONES

- La prueba ilícita en primer término, es aquella obtenida vulnerando derechos y garantías fundamentales y no puede convalidarse, en tanto que la prueba irregular se refiere a la omisión de solemnidades en el procedimiento pero no vulnera derechos fundamentales y por el contrario puede ser convalidada.
- Partiendo de que la aplicación de la tutela de los derechos fundamentales no tiene carácter absoluto es posible las limitaciones en el caso concreto a la validez de la prueba ilícita.
- Se han establecido excepciones para validar una prueba ilícita que nacen del derecho anglosajón y han cobrado mayor importancia por su aplicación como son: descubrimiento inevitable, fuente independiente, buena fe policial.
- Las legislaciones internacionales, inclusive Europa continental ha acogido vía jurisprudencia la aplicación de tales excepciones.
- El ordenamiento jurídico ecuatoriano no establece normativa para aplicar excepciones previo a la exclusión de la prueba ilícita como tampoco acoge la doctrina y antecedentes jurisprudenciales.



## 9. RECOMENDACIONES

- Que los operadores de justicia, a falta de normatividad secundaria apliquen los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios del derecho comparado, previo a la exclusión de una prueba ilícita.
- En virtud de que la aplicación y la tutela de los derechos fundamentales son limitados, debe realizarse una interpretación de la constitución con la técnica del test de la ponderación como vía de solución a los intereses en conflicto para determinar el que debe prevalecer de acuerdo al caso en concreto.
- Debe fortalecerse en la academia el estudio de la interpretación constitucional que dista mucho de la interpretación tradicional, enfocando sus esfuerzos en las nuevas técnicas de interpretación como es la ponderación que es de uso corriente para la resolución de casos complejos como son las excepciones para la validez de la prueba ilícita.

## 9.1 PROPUESTA JURÌDICA

En un estado constitucional de derechos y justicia social como lo define la Constitución de la República del Ecuador, supone que los métodos de interpretación de la misma y de las normas infra constitucionales, es decir leyes, ya no se pueden interpretar bajo las normas del sistema tradicional, como son, la interpretación gramatical, histórica, temporal, etc.

Actualmente, el sistema constitucional propuesto establece que los jueces desempeñan un rol muy importante en la interpretación de las normas, situación que fue monopolizada por el legislador en un estado de leyes en donde el juez era boca de la ley, es por ello que los jueces al tener un rol de interpretación en función de los principios constitucionales su campo de acción supone la aplicación de otros métodos de interpretación.

Aquellos métodos de interpretación que exige el constitucionalismo contemporáneo son la ponderación de derechos fundamentales en conflicto desarrollada por Rober Alexi, cuya aplicación no puede ser ajena en el ámbito penal.

Bajo esas explicaciones iniciales y en función de la teoría de los derechos fundamentales que establece que ningún derecho fundamental es absoluto, esto es, siempre todo derecho tendrá sus límites y esos límites deben ser reconocidos por los juzgadores frente a la norma legal que aplican y a los casos concretos de estudio.

Es por ello que si bien la norma legal contenida en el numeral 6 del Art. 454 del Código Orgánico Integral Penal que estipula: "...6. Exclusión.- Toda prueba o elementos de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal" , que es a favor del reo, esa norma no se la puede interpretar en forma absoluta y en desmedro de otros principios constitucionales como la tutela judicial efectiva, derecho de la víctima, siempre y cuando esas excepciones que han sido materia de estudio de la presente investigación tengan el fundamento doctrinario, jurisprudencial, esta última a través del bloque de constitucionalidad y las cláusulas abiertas de los derechos humanos, que también nuestra Constitución lo recoge.

En síntesis sugiero se incorpore dentro de las Prácticas dispuestas por el Consejo Consultivo de la Función Judicial que los jueces, con fundamento en los valores y principios constitucionales, los métodos de interpretación contemporáneos, no apliquen irrestrictamente la norma precitada del COIP, por el contrario, que su pronunciamiento se subsuma en las excepciones doctrinarias y jurisprudenciales de legislaciones internacionales, las cual han sido objeto de la presente investigación: fuente independiente, nexos causal atenuado, descubrimiento inevitable, buena fe policial, acorde a cada caso y sus circunstancias.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

### TEXTOS

- ARMENTA Deu Teresa. “LA VERDAD EN EL FILO DE LA NAVAJA (NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE PRUEBA ILÍCITA)”
- BUCHELI Mera Rodrigo. Derecho Procesal Penal en el Sistema Acusatorio. Justicia Crítica. Oralidad-Controvertibilidad-Limitación del poder punitivo del Estado. Primer Premio Universidad Central del Ecuador 2008-2009
- CABANELLAS de Torres Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Nueva Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L., pág. 327
- CADENA Lozano Raúl. Principios de la Prueba en materia penal. Ediciones Nueva Jurídica. Colección Estudio Nro. 2
- ECHANDÍA Devis Hernando, **Compendio de la prueba...**ob. cit, t. I, p. 49. (Cita tomada de la tesis presentada por la postulante Susana Nágera Navarrete. La prueba en materia penal. Programa de maestría en Derecho procesal. Universidad Andina Simón Bolívar).
- ESPITIA Garzón Fabio. “Instituciones de derecho procesal penal. Sistema acusatorio”. Séptima edición actualizada. LEGIS
- GUAMÁN Aguirre Ricardo Alfredo. “La Ineficacia Probatoria de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal Ecuatoriano. Universidad de Machala. Ecuador
- GUERRERO Vivanco Walter. Derecho Procesal Penal. La Prueba Penal. Tomo III. Pudeleco Editores. Legislación Codificada. Corporación de Estudios y Publicaciones. Código Orgánico Integral Penal. Versión profesional. Actualizada a agosto de 2014
- PARRA Quijano Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Décima Octava Edición. Ampliada y Actualizada. Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- PIEDRABUENA Richard Guillermo. Fiscal Nacional del Ministerio Público. (“Oficio Nro. 167. MAT. Orienta a los fiscales en el tema de la exclusión de la prueba ilícita. Santiago, abril 16 de 2002”)

- POVEDA Moreno Carlos. Universidad Andina Simón Bolívar. Módulo: “Prueba en materia penal”. 2006,s/n pág.
- RODRÍGUEZ Orlando Alfonso. “PRUEBA ILÍCITA PENAL”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- TAVOLARI Oliveros Raúl. “INSTITUCIONES DEL NUEVO PROCESO PENAL. CUESTIONES Y CASOS”. Editorial Jurídica de Chile
- ZAMBRANO Pasquel Alfonso. “LA PRUEBA ILÍCITA”. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2009
- ZAVALA Baquerizo Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Ediciones Edino

## **DOCUMENTOS**

- CASTILLO Vera Francisco Victorino. Documento “PRUEBA ILÍCITA POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN CUANTO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO”
- DIARIO LA HORA. Revista Judicial. C1. Lunes 14 de octubre de 2013. La Hora LOJA

## **INTERNET**

- [www.google.com](http://www.google.com). Excepciones para la validez de la prueba ilícita. BAYONA Flores Maryta “¿ES SIEMPRE INVÁLIDA LA PRUEBA ILÍCITA EN UN PROCESO PENAL?”
- [www.google.com](http://www.google.com) BERNARDINI Pablo Andrés. “La teoría del nexo de causalidad atenuado o tinte diluido como excepción a la regla de exclusión probatoria
- [www.google.com](http://www.google.com) Excepciones prueba ilícita. DELGADO del Rincón Luis E. “La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia. Profesor Titular de Derecho Constitucional Universidad de Burgos”
- [www.google.com](http://www.google.com). Derecho continental
- [www.google.com](http://www.google.com). Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición.

- [www.google.com](http://www.google.com) LA PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA ACUSATORIO, UNA MIRADA A LAS REGULACIONES ESPAÑOLA, ALEMANIA Y AMERICANA EN TORNO A SU PROHIBICIÓN Y EXCEPCIONES.
- [www.google.com](http://www.google.com) Excepciones para la validez de la prueba ilícita. LORENZÓN Brondino César. “La prueba ilícita y su efecto en el razonamiento del juzgador”. IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. AZUL (BUENOS AIRES). Año 2007.
- [www.google.com](http://www.google.com) Excepciones para la validez de la prueba ilícita. GINER Alegría César Augusto. PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA ILÍCITA.
- [www.google.com](http://www.google.com) Principios fundamentales de la prueba en materia penal. “Los principios de la prueba en el proceso penal español. JAÉN Vallejo Manuel, Profesor Titular de Derecho Penal” Universidad de las Palmas de Gran Canaria (ESPAÑA)
- [www.google.com](http://www.google.com) Derecho Anglosajón y Comparado. Prueba Ilícita. MACÍAS Hernández Julio Fidel “La Prueba Ilícita en el Sistema Procesal Acusatorio”, pág. 2
- [www.google.com](http://www.google.com) Excepciones para la validez de la prueba ilícita. MIRANDA Estrampes Raúl. “LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES”. Revista Catalana de Seguretat Pública”.
- [www.google.com](http://www.google.com) Excepciones para la validez de la prueba ilícita. NIEVES Chero Justo Edwar. “La reconstrucción teleológica del problema del alcance anulatorio de la prueba ilícita. Especial referencia a la “conexión de antijuridicidad” en los efectos reflejos”. Universidad Nacional Mayor de San Marcos
- [www.goolge.com](http://www.goolge.com) Excepciones para la validez de la prueba ilícita <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/2568/1561>. ORRILLOCAR Huajulca Juana. “ALGUNOS APUNTES SOBRE PRUEBA ILÍCITA Y SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA ¿Debe conseguirse la verdad a cualquier precio?”.
- [www.google.com](http://www.google.com). DIREFENCIAS – EFECTOS ENTRE PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA IRREGULAR. POLANIA Arturo. Bogotá. Año 2010.
- [www.google.com](http://www.google.com). Prueba ilícita Perú. “Límites a la prueba ilícita. Contenido esencial de los derechos fundamentales

## **11. ANEXOS**

### **Anexo Nro. 1**

# **PROYECTO DE TESIS**

## **1. TEMA:**

“La prueba ilícita en el procedimiento penal ecuatoriano. Excepciones para su validez”.

## **2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

El sistema procesal penal es sin duda el momento en que la búsqueda de la verdad real se maximiza, es decir, los operadores jurídicos tratan de encontrar una realidad material y otorgar una tutela judicial efectiva.

La prueba en el proceso penal se la incorpora a través de procedimientos que respetan el principio de legalidad, es decir, ceñirse a lo que la norma constitucional<sup>95</sup> y legal<sup>96</sup> procesal establece, pues, de no suceder aquello, la prueba practicada en un proceso penal puede considerarse ilícita o irregular, con los efectos jurídicos que cada una de éstas representa.

Existe una tendencia marcada en la práctica judicial ecuatoriana que concluye, que la prueba ilícita y sus reglas, no admiten excepciones y, por tanto es absoluta e inflexible, afectando con ello un sinnúmero de derechos exigibles y

---

<sup>95</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Art.24, numeral 14

<sup>96</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO. Art. 80

situaciones jurídicas que lesionan el valor constitucional de la Justicia y la búsqueda de la verdad material.

La prueba ilícita y el efecto en su exclusión podrían tener excepciones para su perfecta validez en un proceso penal; determinar, ¿cuáles son esas excepciones?, y consecuentemente conocer la aplicación de los operadores de justicia enfoca un tema que sin duda provocaría controversia académica y procesal.

### **3. JUSTIFICACIÓN**

La importancia de la presente investigación es incorporar al debate académico local las excepciones para la validez de una prueba que ha sido obtenida en forma ilícita y que subyacen de las últimas tendencias doctrinarias y normativas en materia procesal penal, que a su vez, contribuirá a que tanto operadores jurídicos como las partes procesales analicen la flexibilidad de la norma constitucional y legal de nuestro procedimiento penal frente a la prueba ilícita.

En el campo procesal penal tanto las partes procesales como operadores jurídicos podrán contar con información primaria y secundaria que nos otorguen parámetros de análisis y valoración de la prueba ilícita y su aceptación vía excepción.

Asimismo, la presente investigación contribuye a la construcción de un estado constitucional de derechos y justicia, al perseguir un fin constitucional, que es la



tutela judicial efectiva y entender que nuestra norma constitucional es una norma de contrapesos con derechos limitados enfrentados en casos concretos.

#### **4. OBJETIVOS:**

##### **4.1. GENERAL:**

Realizar un estudio y análisis doctrinario, constitucional y legal de la prueba ilícita en el proceso penal ecuatoriano.

##### **4.2. ESPECÍFICOS:**

- Identificar las excepciones para la validez de la prueba ilícita en el proceso penal ecuatoriano.
- Investigar el tratamiento de los operadores jurídicos frente a la prueba ilícita.
- Diferenciar la prueba ilícita de la prueba irregular y sus efectos.

#### **5. HIPÓTESIS**

La prueba ilícita en materia procesal penal admite excepciones para su validez en un estado constitucional de derechos y justicia.

#### **6. ENFOQUE Y MARCO CONCEPTUAL**

La prueba ilícita surge de la violación a las garantías constitucionales y legales, conllevando su exclusión del proceso penal, acorde al momento procesal en que surgió; sin embargo, podrían o no existir excepciones que éstas

representan y que permitan su validez, objeto de estudio de la presente investigación.

Una de las herramientas básicas para desarrollar el trabajo propuesto son los valores y principios constitucionales que regula la prueba, así como las normas procesales penales contenidas en la ley procesal penal ecuatoriana.

La Constitución de la República del Ecuador reconoce que “las pruebas obtenidas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna”<sup>97</sup>, principio constitucional que guía todas las reglas y actuaciones sean administrativas o judiciales.

Toda acción pre procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías<sup>98</sup>. Como vemos la misma norma constitucional es desarrollada en la norma procesal penal ecuatoriana.

Autores nacionales como extranjeros han desarrollado importantes estudios respecto de la prueba ilícita y sus excepciones para su validez, inclusive las mismas corporaciones de justicia continental europea como los precedentes jurisprudenciales estadounidenses, o a nivel internacional, caso de la Corte

---

<sup>97</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 24, numeral 14

<sup>98</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO, Art. 80

Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional Español, Corte Constitucional Colombiana han analizado con profundidad el tema propuesto de investigación, resoluciones que sin duda serán de apreciable consideración para nuestro estudio.

Vemos que uno de nuestros juristas nacionales más calificados como el Dr. Jorge Zabala Baquerizo realiza importantes aportes referente a la prueba ilícita definiéndola: “La prueba ilícita o ilegítima resulta cuando su incorporación al proceso ha tenido como origen violaciones a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República y, cuando se han violentado las formas procesales en el momento de incorporar el medio de prueba al proceso”<sup>99</sup> El autor citado mantiene una posición inflexible respecto de la prueba ilícita y su validez en juicio.

El referido tratadista Zabala Baquerizo, se refiere además a la prueba ilícita en dos acepciones: cuando se trata de una violación de derechos fundamentales, y al violentarse las formas procesales previstas en el procedimiento penal ecuatoriano; sus efectos y las últimas tendencias doctrinarias planteadas respecto de sus reglas de exclusión y/o excepción probatoria, entre éstas, excluir totalmente la prueba ilícita, aceptar la prueba ilícita con ciertas limitaciones o en su defecto proponer una ponderación, es decir, aceptar que la prueba ilícita resulta provechosa a la sociedad, a pesar del perjuicio que se

---

<sup>99</sup> **JORGE ZABALA BAQUERIZO**. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Pág. 84.

ocasionaría al individuo la violación de ciertas garantías constitucionales; cuestiones muy controvertidas que coadyuvarán a la presente investigación.

Alfonso Zambrano Pasquel, autor nacional también ha realizado un importante estudio sobre la prueba ilícita, obra con el mismo nombre que profundiza el debate académico en nuestro país y sin duda coadyuvará a contrastar ideas.

No dejaremos de recurrir a importantes autores nacionales como Walter Guerrero Vivanco, Ricardo Vaca Andrade quienes analizan el derecho procesal penal ecuatoriano, básico para entender el problema planteado.

Entraremos a estudiar las posiciones doctrinarias que se desarrollan tanto en el derecho continental europeo como en el derecho estadounidense. En el primero, uno de los más significativos exponentes como Claus Roxin, en su obra Derecho Procesal Penal. Gossel, Walter, entre otros, y en el derecho estadounidense analizaremos los precedentes jurisprudenciales: caso *Boys vs. U.S.*, *Weeks vs. U.S.* que dieron paso a enmiendas constitucionales en el país anglosajón.

Manuel Miranda Estrampes realiza un importante estudio sobre la prueba ilícita y sus excepciones para su validez en sus obras: “El Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”; “Las prueba ilícitas, fundamento y alcance de la regla de exclusión” estudios que sin duda enriquecerán el análisis del tema propuesto.

Se enfocarán asimismo concepciones que algunos autores europeos como Gimeno Sendra, Picó Junio, Montón Redondo, Devis Echandía, han vertido en torno a la prueba prohibida y la prueba ilícita, cuyos pensamientos ha sido citados por el autor español César Augusto Giner Alegría, mismo que en su ensayo hace referencia a un estudio sobre la prueba ilícita, acorde a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, así como de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a un proceso justo, sus elementos, clases, requisitos, criterios y consecuencias que se derivan de ésta, su principio de exclusión probatoria y de manera general sostiene que “la prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental, existiendo violación de derechos fundamentales”<sup>100</sup>,

La Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile, preocupados por la dispersión de actos e interpretaciones que se sucedían, desarrolla la exclusión de la prueba lícita y plantea inicialmente la interrogante ¿si la naturaleza de la prueba declarada nula es irreconciliable con la de la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales?.

La orientación del Ministerio Público Chileno realiza importantes aportes a la prueba ilícita, obtenida infringiendo las garantías constitucionales y a la prueba

---

<sup>100</sup> **CÉSAR AUGUSTO GINER ALEGRÍA**, Prueba Prohibida y Prueba Ilícita en ANALES DE DERECHO, Universidad de Murcia, Número 26- 2008, Pág. 579- 590

irregular o ilegal, obtenida con infracción de normas sustantivas de rango constitucional y legal y respecto del fundamento de la exclusión de la prueba ilícita, cuyos lineamientos contribuirán a la presente investigación, dado que además contiene el importante aporte del Profesor Gossel, mismo que refiere que la utilización de pruebas no está prohibida de manera abstracta, sino sólo cuando acarrea una desventaja para algún interviniente en el proceso, normalmente el imputado”<sup>101</sup>.

Fabio Espitia Garzón, en su obra “Instituciones del derecho procesal penal” desarrolla un enfoque respecto de la ineficacia de los actos procesales, citando a la prueba ilícita y los casos que conllevan al juzgador a su exclusión, cuestiones que aportará a nuestro objeto de estudio, así como a importantes sentencias constitucionales emitidas por la Corte Constitucional de Colombia, una de ellas la sentencia C – 591/2005.

Una obra colombiana reciente que trata el tema de la exclusión de la prueba ilícita así como sus excepciones corresponde al autor Orlando Alfonso Rodríguez quien hace in extenso estudio de la prueba ilícita adentrándose a los criterios de excepción en la prueba ilícita.

Teresa Armenta Deu<sup>102</sup>, analiza y desarrolla lo concerniente a las nuevas tendencias en Europa y América en materia de prueba ilícita, causas y clases

---

<sup>101</sup> FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE.  
[www.ministeriopublico.cl/.../Prueba%20ilicita/167%202002.doc](http://www.ministeriopublico.cl/.../Prueba%20ilicita/167%202002.doc)

<sup>102</sup> TERESA ARMENTA DEU, Estudios sobre el Proceso Penal, pág. 263.

de ilicitud, su concepto y su configuración y principalmente respecto de la eficacia de la prueba ilícita, desarrollando un valioso estudio y aporte de la doctrina y jurisprudencia internacional y las tendencias actuales en el tratamiento de la eficacia de la prueba ilícita, parte medular de la presente investigación.

Valioso aporte nos brindará el módulo “Prueba en materia penal”, desarrollado por el Dr. Carlos Poveda Moreno, Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, mismo que realiza un estudio importante sobre la flexibilidad de la prueba obtenida ilícitamente, acorde a algunas doctrinas que a su vez nacen de algunos precedentes jurisprudenciales estadounidenses.

El tema expuesto en nuestra investigación no puede dejar de lado el estudio del derecho constitucional, pues sobre éste finalmente descansa una sentencia motivada es decir, al tratar de excepciones a la prueba ilícita sin duda se discute derechos fundamentales que para entender sus concepciones y discusiones acudiremos a los mejores exponentes como Luigi Ferrajoli en sus obras: Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Derechos y Garantías. La ley del más débil, Fundamentos de los Derechos Fundamentales.

Desde el punto constitucional también son importantes los aportes de Zagrebelsky, Derecho Dúctil, obra que nos entrega definiciones precisas sobre

los derechos fundamentales y las limitaciones a los que se enfrentan, pues el tema planteado parte de una discusión constitucional.

Respecto de conceptos nucleares estrechamente relacionados con la presente investigación, a continuación detallo:

- Prueba.- Es la demostración legal de un hecho determinado. El objeto de prueba debe estar relacionado con el objeto del proceso. Es obvio que se necesita la demostración legal de más de un acto o de un hecho para conseguir la certeza del juez.<sup>103</sup>
- Prueba ilícita.- Es aquella que vulnera el derecho fundamental o libertad constitucionalizada. Genera nulidad absoluta porque contamina a pruebas derivadas y no pueden convalidarse<sup>104</sup>.
- Prueba irregular.- Sin vulneración a derecho fundamental. Transgrede norma infra - constitucional, Genera nulidad relativa o anulabilidad. Ineficaz la prueba, pero su efecto no se irradia. Se convalida con diligencias posteriores<sup>105</sup>.
- Excepción.- La exclusión de la generalidad o lo absoluto.
- Violación a garantías fundamentales.- Constituyen irregularidades sustanciales que motivan la nulidad las que afecten el debido proceso y el derecho a la defensa<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> **WALTER GUERRERO VIVANCO**, Derecho Procesal Penal. La Prueba Penal, Tomo III, pág. 13.

<sup>104</sup> **UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**, Módulo: "Prueba en material penal". Docente: Dr. Carlos Poveda Moreno-2006.

<sup>105</sup> **UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**, Módulo: "Prueba en material penal". Docente: Dr. Carlos Poveda Moreno-2006.

<sup>106</sup> **FABIO ESPITIA GARZÓN**. "Instituciones de derecho procesal penal. Sistema acusatorio", pág. 450.



- Procedimiento Penal Ecuatoriano.- Normas procesales constitucionales y legales que establecen límites y reglas para la actividad judicial.
- Doctrina “fruto del árbol envenenado”.- También llamada en usuales expresiones, de la “prueba refleja” o “derivada” de otra ilícitamente obtenida, es una proyección efecto de las consecuencias jurídicas que anudar a la de las prohibiciones probatorias, cuando se han vulnerado garantías constitucionales<sup>107</sup>

## **7. ACOPIO Y PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.**

Como fuente de información para el desarrollo de la presente tesis acudiremos a información secundaria contenida en los textos constitucionales, legales, doctrina y jurisprudencia, detallada anteriormente, referente al estudio de la prueba ilícita, con el fin de determinar las excepciones para su validez.

Esta información secundaria será contrastada con la información primaria obtenida de nuestros operadores jurídicos en la justicia local de la Provincia de Loja contrastada con fallos a nivel nacional y, corresponde a las encuestas, entrevistas a fiscales, jueces, magistrados y abogados en libre ejercicio profesional y al estudio de sentencias emitidas por los Tribunales de Garantías Penales y la Sala de Garantías Penales, cuya tabulación y procesamiento de la información obtenida nos conducirá a emitir las conclusiones referentes a la hipótesis planteada en la presente investigación.

La metodología a utilizar para el desarrollo de la presente investigación inicialmente es descriptiva en cuanto a los contenidos del derecho positivo constitucional, legal así

---

<sup>107</sup> UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, Módulo: “Prueba en material penal”. Docente: Dr. Carlos Poveda Moreno-2006.

como doctrinario, y luego si nos adentraremos al campo constitucional – penal en el procedimiento de los operadores jurídicos cuya acción será el resultado de una investigación de campo como quedó expresado.

#### 8. CRONOGRAMA:

ACTIVIDADES							
	Jun.	Jul.	Ago.	Sep.	Oct.	Nov.	Dic.
Elaboración del Proyecto	X						
Acopio de la Información	X	X					
Elaboración del marco teórico			X				
Investigación de campo				X			
Análisis de los resultados					X		
Verificación de Objetivos					X		
Contrastación de Hipótesis						X	X
Conclusiones, recomendaciones							X
Propuesta							X
Elaboración del Informe Final							X

## 9. PRESUPUESTO:

### 9.1. RECURSOS HUMANOS:

**Maestrante:** Dra. Vanessa Elizabeth Ramírez Núñez

### 9.2. RECURSOS MATERIALES:

Adquisición de bibliografía	USD	2000.00
Materiales de escritorio	USD	200.00
Publicación de materiales	USD	500.00
Encuadernación	USD	200.00
Imprevistos	USD	100.00
<b>TOTAL GASTOS DE LA TESIS</b>	<b>USD</b>	<b>3000.00</b>

### 9.3. FINANCIAMIENTO:

El financiamiento de la tesis se efectuará con recursos propios.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- Armenta Deu Teresa. “Estudios sobre el proceso penal”. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Bucheli Mera, Rodrigo. “Derecho Procesal Penal en el sistema acusatorio. Justicia crítica”. Editorial Universitaria. Quito-Ecuador. Año 2009.
- Constitución Política de la República del Ecuador
- Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, Editorial Jurídica del Ecuador.
- Espitia Garzón, Fabio. “Instituciones de derecho procesal penal. Sistema acusatorio”. LEGIS.
- Giner Alegría César Augusto. “Prueba Prohibida y Prueba ilícita”. Anales de Derecho, Universidad de Murcia.
- Guerrero Vivanco Walter. Derecho Procesal Penal. La Prueba Penal, Tomo III. Pudeleco Editores S.A.
- Jakobs Gunter. Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1997.
- Miranda Estrampes Manuel. Las Pruebas ilícitas: fundamento y alcance de la regla de exclusión. II Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, 2005. Huanuco, Universidad Nacional Hermilio Valdizán.
- Miranda Estrampes Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. José María Bosch Editor, Barcelona. 1999.

- Miranda Estrampes Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. J. M. Bosh, Barcelona, 1997.
- Roxín Claus. Derecho Procesal Penal. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- Universidad Andina Simón Bolívar. “Módulo: Prueba en materia Penal”. Docente: Dr. Carlos Poveda Moreno. 2006.
- Zabala Baquerizo, Jorge. “Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo III, Editorial Edino.
- Zambrano Pasquel Alfonso. La Prueba ilícita en el proceso penal. Corporación de Estudios y Publicaciones.

## PÁGINAS DE INTERNET

- [www.ministeriopublico.cl.../Prueba%20ilicita/167%202002.doc](http://www.ministeriopublico.cl.../Prueba%20ilicita/167%202002.doc)
- [http://www.ederecho.org.ar/congresoprocesal/CESAR\\_LORENZON\\_BRON\\_DINO.pdf](http://www.ederecho.org.ar/congresoprocesal/CESAR_LORENZON_BRON_DINO.pdf)
- <http://www.bcbabogados.cl/images/pruebailicita.pdf> - Francisco Castillo.
- <http://noticias.juridicas.com/articulos/65Derecho%20Procesal%20Penal/200204-2655924310231131.html>. José Manuel Alcaide González, último acceso 2011/05/ 22
- [www.alfonsozambrano.com/memorias/estudiantes/.../Ponencia9.doc-JUSTO NIEVES CHERO](http://www.alfonsozambrano.com/memorias/estudiantes/.../Ponencia9.doc-JUSTO NIEVES CHERO)
- [www.bibliojuridica.org/libros/5/2486/11.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2486/11.pdf)- Carlos Nataren
- [http://enj.org/portal/biblioteca/penal/la\\_prueba\\_proceso\\_penal/27.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/penal/la_prueba_proceso_penal/27.pdf) - MARCO TERÁN LUQUE
- [http://www.miquelcarbonell.com/escritos\\_divulgacion/No\\_admitamos\\_las\\_pruebas\\_il\\_citas.shtml](http://www.miquelcarbonell.com/escritos_divulgacion/No_admitamos_las_pruebas_il_citas.shtml) - MIGUEL CARBONELL
- [http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/reglas\\_exclusion.pdf](http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/reglas_exclusion.pdf) - Fernando Ugaz Zegarra
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/ci/ci15.htm> - Franciso Ibarra Palafox
- [http://www.iidpc.org/revistas/12/pdf/267\\_276.pdf](http://www.iidpc.org/revistas/12/pdf/267_276.pdf) Franciso Ibarra Palafox, el caso de la señora Lidya Cacho y la prueba ilícita.

- ALCAIDE GONZÁLEZ, José [2002]. *Algunas reflexiones sobre la regresión y la incertidumbre de la doctrina de la prueba ilícita*, en <http://noticias.juridicas.com>

## **CAPÍTULO I**

### **NOCIONES GENERALES**

#### **1.1. LA PRUEBA**

- 1.1.2. Prueba.- Naturaleza jurídica
- 1.1.3. Objeto de la prueba
- 1.1.4. Necesidad de la prueba
- 1.1.5. Parámetros de la Prueba
- 1.2. Principios fundamentales de la prueba en materia penal
  - 1.2.1. Principio de la veracidad
  - 1.2.2. Principio de la libre apreciación
  - 1.2.3. Principio de la unidad de la prueba
  - 1.2.4. Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba
  - 1.2.5. Principio de la necesidad de la prueba
  - 1.2.6. Principio de la comunidad de prueba o adquisición procesal
  - 1.2.7. Principio de la contradicción de la prueba
  - 1.2.8. Principio del derecho a la prueba
  - 1.2.9. Principio de oralidad e intermediación
  - 1.2.10. La prueba en materia penal
  - 1.2.11. Prueba y procedimiento penal en el Ecuador

## **CAPÍTULO II**

### **NOCIONES GENERALES**

#### **2. PRUEBA IRREGULAR Y PRUEBA ILÍCITA**

- 2.1. Prueba irregular
- 2.2. Prueba ilícita
  - 2.2.3. Clases de ilicitud
  - 2.2.4. Causales de ilicitud
  - 2.2.5. Diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular
  - 2.2.6. Efecto de la prueba ilícita en el proceso
  - 2.2.7. Efecto de la prueba ilícita en el razonamiento del juzgador
  - 2.2.8. De la prueba ilícita a la prueba inconstitucional

- 2.2.9. Consecuencias que se derivan de una prueba ilícita
- 2.2.10. Fundamento de la exclusión de la prueba ilícita
- 2.2.11. La denominada doctrina de la conexión de antijuridicidad

### **CAPÍTULO III**

#### **NOCIONES GENERALES**

#### **3.1. EXCEPCIONES PARA LA VALIDEZ DE LA PRUEBA ILÍCITA**

- 3.1.1. Derecho anglosajón
- 3.1.2. Excepciones a la eficacia refleja
- 3.1.3. Excepción de la buena fe en la actuación policial
- 3.1.4. Excepción de la fuente independiente.
- 3.1.5. Limitación del nexo causal atenuado, tacha saneada a fuente quasi-independiente.
- 3.1.6. Descubrimiento inevitable
- 3.1.7. Test de ponderación
- 3.2.1. Derecho europeo continental
- 3.3.1. Excepciones aplicadas por el derecho comparado respecto a la prueba ilícita y Jurisprudencia
  - 3.3.1.1. Estados unidos
  - 3.3.1.2. España
  - 3.3.1.3. Perú
  - 3.3.1.4. Colombia
  - 3.3.1.5. Alemania
  - 3.3.1.6. Caso ecuatoriano

### **CAPÍTULO IV**

#### **INVESTIGACIÓN DE CAMPO**

- 4.1. Materiales y métodos
  - 4.1.1. Materiales y métodos utilizados en la ejecución
  - 4.1.2. Análisis e interpretación de resultados
    - 4.1.2.1. Análisis gráfico de encuestas



- 4.1.2.2. Entrevistas
- 4.1.2.3. Resultado de entrevistas
- 4.1.2.4. Verificación de objetivos
- 4.1.2.5. Contrastación de hipótesis

## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA**

- 5.1. Conclusiones
- 5.2. Recomendaciones
- 5.3. Propuesta Jurídica

**Anexo Nro. 2**

**ENCUESTA:**

1. Se considera prueba ilícita a la obtenida mediante:

- a) Violación de garantías constitucionales ( )
- b) Inobservancia de principios y normas ( )
- c) Omisión de solemnidades sustanciales ( )

2. Considera que existe similitud entre una prueba ilícita y una prueba irregular?

SI ( ) NO ( )

Por qué?

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

3. Podría convalidarse una prueba ilícita?

SI ( ) NO ( )

Por qué?

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

4. Conoce de la existencia de excepciones enunciadas por la doctrina para validar una prueba ilícita?

SI ( ) NO ( )

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

5. Conoce de la aplicación de precedentes jurisprudenciales y doctrinarios para asumir como válida una prueba ilícita?

SI ( )                      NO ( )

Sírvase precisar.....  
.....  
.....  
.....

Gracias por su colaboración

### **Anexo Nro. 3**

#### **ENTREVISTA:**

1. Cuál es su opinión en lo referente a la denominada prueba ilícita?
2. Considera que nuestro régimen constitucional y procesal penal ecuatoriano establece excepciones para la validez de la prueba ilícita?
3. Conoce sobre algún caso ecuatoriano en el que se hayan aplicado tales excepciones?
4. Considera que los operadores jurídicos están en la facultad de tomar en consideración tales antecedentes o precedentes jurisprudenciales?
5. Es menester aplicar la ponderación de derechos en conflicto, previo a la exclusión de la prueba ilícita?

## INDICE

PORTADA	I
CERTIFICACION	II
AUTORIA	III
CARTA DE AUTORIZACION	IV
AGRADECIMIENTO	V
DEDICATORIA	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TITULO	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT	3
3. INTRODUCCION	4
4. REVISION DE LITERATURA	6
4.1 MARCO CONCEPTUAL	6
4.2 MARCO DOCTRINARIO	68
4.3 MARCO JURIDICO	92
5. MATERIALES Y METODOS	109
6. RESULTADOS	110
7. DISCUSION	136
7.1 VERIFICACION DE OBJETIVOS	136
7.2 CONTRASTACION DE HIPOTESIS	137
8. CONCLUSIONES	139
9. RECOMENDACIONES	140

9.1 PROPUESTA DE REFORMA	141
10. BIBLIOGRAFIA	143
11. ANEXOS	145
INDICE	168