



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TEMA:**

**Los principios de valoración y exclusión de la prueba ilícita en El Código Orgánico Integral  
Penal**

**AUTOR:**

**Abg. Mario Alfredo Yumaglla Guagcha**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado académico de:**

**Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**

**TUTOR:**

**Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez. Esp.**

**ECUADOR, MAYO DEL 2022**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Abg. Mario Alfredo Yumaglla Guagcha**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho mención Derecho Procesal**.

**DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

**Dr. Juan Carlos Vivar Alvarez. Esp.**

**REVISOR**

**Dr. Francisco Dávila Álvarez**

**DIRECTOR DE LA MAESTRÍA**

**Dr. Miguel Hernández Terán**

**Guayaquil, a los 30 días del mes de mayo de 2022**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, Abg. **Mario Alfredo Yumaglla Guagcha**

**DECLARO QUE:**

El proyecto de investigación jurídica, “**LOS PRINCIPIOS DE VALORACIÓN Y EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**” previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

**Guayaquil, a los 30 días del mes de mayo de 2022**

**EL AUTOR**

**Abg. Mario Alfredo Yumaglla Guagcha**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, Abg. Mario Alfredo Yumaglla Guagcha**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución el proyecto de investigación jurídica **“LOS PRINCIPIOS DE VALORACIÓN Y EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 30 días del mes de mayo de 2022**

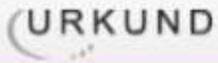
**EL AUTOR:**

**Abg. Mario Alfredo Yumaglla Guagcha**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

INFORME DE URKUND



Documento [Mario Yumaglia CORREGIDO 14-02-2022.docx](#) (D127877474)

Presentado 2022-02-14 14:11 (-05:00)

Presentado por Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com)

Recibido miguel.hernandez.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje RV: ingeniero muy buenos días, envío la corrección hecha para que me pase el urkund nuevamente. [Mostrar el mensaje completo](#)

3% de estas 50 páginas, se componen de texto presente en 13 fuentes.

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo lo dedico a Dios, a mis padres Mariano y Juana, mi esposa Carmen y mis hijas Astrid, Camila y Sisa, quienes han sido mi pilar fundamental en todo este trabajo quienes me han brindado apoyo incondicional y han depositado toda su confianza en mí, motivandome a seguir adelante y ser el profesional en que me he formado.

Mario Alfredo Yumaglla Guagcha

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios por permitir tener la dicha de existir, a mis padres, quienes mi inculcaron a seguir estudiando desde pequeño y ser el profesional que soy, y especialmente a mi esposa quien me ha apoyado y aportado en el estudio y seguir avanzando en este camino largo, arduo, y hermoso, y mis hijas quienes han sido el motor de todo mi existir, y de la misma manera agradezco a aquellas personas quienes formaron parte del presente trabajo y han hecho posible este presente material de estudio.

Mario Alfredo Yumaglla Guagcha

## INDICE

CERTIFICACIÓN .....	II
DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD .....	III
AUTORIZACIÓN.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	VI
DEDICATORIA.....	VI
RESUMEN.....	XIV
ABSTRACT .....	XV
INTRODUCCIÓN .....	2
Preguntas .....	4
Premisa .....	4
Objetivos de la investigación .....	4
Objetivo General .....	4
Objetivos específicos.....	4
CAPÍTULO I.....	6
MARCO TEÓRICO .....	6
Antecedentes .....	6
Definición etimológica.....	6
La prueba y su definición doctrinaria.....	6

La prueba y su validez constitucional .....	7
La prueba y su protección constitucional .....	7
La verdad procesal en materia penal .....	8
La verdad histórica .....	8
Verdad procesal.....	9
Verdad judicial .....	11
La prueba y su legalidad.....	12
Definición de prueba ilícita. ....	13
Concepto de prueba ilegal .....	14
Diferencia entre evento, indicio y prueba .....	15
Conceptualización de Evento .....	15
Conceptualización de Indicio .....	16
Conceptualización de la Prueba .....	16
La prueba, sus fuentes y medios.....	17
Prueba procesal y principales principios .....	19
Prueba procesal y sus reglas.....	20
Clasificación de las pruebas .....	21
Definición y prueba penal .....	23
El derecho procesal penal sus antecedentes históricos.....	24
La prueba y su contenido constitucional .....	25
La prueba su valoración en los sistemas penales .....	28
Importancia de la prueba indiciaria .....	30
Prueba ilícita y prueba ilegal en el proceso penal .....	31

Definición de Prueba penal .....	31
La prueba penal y su objeto.....	32
Tendencias actuales y legislación comparada de la prueba penal.....	33
Pruebas Científicas de ADN .....	33
Información de redes sociales contenidos en la nube .....	35
Análisis del numeral 6 del artículo 454 del código orgánico integral penal .....	36
El juez frente la admisión y exclusión de la prueba.....	39
El sistema acusatorio y la institución de la prueba.....	39
La prueba su práctica y finalidad .....	40
La prueba y su finalidad .....	40
Práctica de la prueba .....	41
La prueba sus principios y su relación con la valoración epistemológica .....	42
Principio de Oportunidad .....	42
Principio de Inmediación .....	43
Principio de Contradicción.....	43
Principio de Libertad Probatoria .....	43
Principio de Pertinencia .....	43
Principio de igualdad de oportunidades para la prueba.....	44
Principio de adquisición de la prueba .....	44
Principio de Oralidad .....	44
La prueba y sus reglas de la valoración.....	44
Presunción de Inocencia.....	44
Veracidad probatoria .....	45

Ponderación valorativa.....	45
La prueba y su análisis en el sistema acusatorio .....	45
Teoría del Fruto del árbol envenenado.....	46
Teoría de la Fuente Independiente .....	48
Teoría del descubrimiento inevitable .....	48
Teoría de la prohibición de valoración.....	49
Supremacía Constitucional.....	50
Presunción de Inocencia.....	51
La carga de la prueba .....	52
El rol de juez ante el principio de exclusión y presunción de inocencia.....	52
Exclusión de la prueba .....	53
Presunción de Inocencia.....	56
La prueba relevante y su exclusión .....	56
Principio de Relevancia.....	57
Regulación jurídica .....	60
CAPITULO II .....	61
Marco Metodológico .....	61
Enfoque Cualitativo.....	61
Alcance.....	61
Exploratorio.....	62
Descriptivo .....	62
Explicativo .....	63

Tipo de Investigación .....	63
Métodos .....	64
Métodos teóricos .....	64
Métodos Empíricos .....	65
CAPITULO III .....	66
Resultados .....	66
Presentación de resultados .....	66
Base de datos .....	66
Verificación de la Hipótesis o premisa del estudio .....	70
CAPITULO IV .....	72
Discusión.....	72
CAPITULO V .....	74
Propuesta .....	74
Criterios para la exclusión de la prueba .....	74
Criterio de preconstitución de la prueba .....	75
Criterio de análisis de la prueba ilegal .....	75
Criterio de análisis de la prueba ilegítima.....	75
Criterio de Valoración de la prueba .....	76
Criterio de la Prueba relevante .....	76
CONCLUSIONES .....	77

RECOMENDACIONES .....78

BIBLIOGRAFÍA.....79

## **RESUMEN**

El tema investigado, tiene un aporte desde lo dogmático a lo práctico encaminado a todos los intervinientes del proceso penal, en su aplicabilidad de los principios de valoración de la prueba y su exclusión, al establecer que no existe en el Código Orgánico Integral Penal, taxativamente cuando el juez debe resolver sobre la exclusión de la prueba ilícita, es por ello, que se inicia el estudio de la generalidad de la concepción de la prueba hasta la fijarse en el ámbito penal disponiendo los criterios para la exclusión de la prueba. Para establecer estos criterios se planteó como objetivo general la valoración epistemológica de la prueba en especial de la exclusión constante en el Art. 454 numeral 6 COIP, definiendo claramente lo que es una prueba ilícita y una ilegal, vinculado a la finalidad de la prueba en la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio. Esta investigación, para su desarrollo se basó en la utilización de métodos de investigación científica, método deductivo analítico, teórico sintético, que permitieron definir cuáles son los principios que debe aplicar el juez y que le permitan analizar qué prueba debe ser excluida para proteger el derecho al debido proceso en su garantía de la defensa, en relación a la prueba obtenida con vulneración a la Carta Magna y la ley, que carece de eficacia probatoria.

**Palabras clave:** Exclusión, Medios de prueba, Prueba Ilegal, Prueba Ilícita.

## **ABSTRACT**

The subject investigated has a contribution from the dogmatic to the practical aimed at all those involved in the criminal process, in its applicability on the evaluation principles from the evidence and its exclusion, by establishing that it does not exist in the Integral Organic Criminal Code, specifically when the judge must establish the exclusion of the illegal evidence, that is why the study of the conception's generality from the evidence begins until it is fixed in the criminal field, whereby, the criteria for the exclusion of the evidence. To establish these criteria, it was proposed as a general objective an epistemological assessment from the evidence, especially the constant exclusion on the article 454 numeral 6 COIP, clearly defining what is an unlawful evidence and an illegal one, linked to the purpose of the evidence on the evaluative and preparatory stage of the trial. This research, for its development, it was based on the usage of scientific research methods, analytical deductive method, synthetic theoretical, which allowed defining which are the principles that the judge must apply and that allow him to analyze which evidence should be excluded to protect the right due process in its defense guarantees in relation to the means of evidence obtained in violation of the Magna Carta and the law, lacks evidential efficacy.

Keywords: Exclusion, Means of evidence, Illegal evidence, Unlawful evidence.

## INTRODUCCIÓN

En el procedimiento penal actualmente integrado en una sola normativa, esto es en el Código Orgánico Integral Penal, la prueba es la parte esencial del proceso, importancia que es común en todas las ramas del Derecho. La prueba constituye entonces la única forma legal mediante la cual comprobamos un hecho o una acción de la cual puede resultar la verdad o falsedad de lo argumentado por las partes procesales en su defensa.

En la actualidad, en materia Penal la prueba la anuncian y la obtienen tanto la víctima, el procesado y el Fiscal. Si bien, éste último como titular del ejercicio de la acción penal en delitos del ejercicio público de la acción, debe recolectar los elementos de convicción bajo el principio de objetividad a fin de llevar al procesado a juicio y que este sea sancionado por sus acciones u omisiones dolosas o culposas, tanto los elementos de convicción como la prueba anunciada en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio no pueden ser ilegales ni ilegítimas.

Ahora bien, desde cualquier perspectiva es necesario analizar la prueba como una figura jurídica que permite demostrar nuestras afirmaciones o negaciones, y que forma parte medular en el procedimiento oral. Para el tratadista Manzini (2010) concibió a la prueba: “como la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según e criterio de la verdad real, acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a una providencia del juez” (p. 30). Las pretensiones litigiosas de las partes en cualquier materia son el punto de partida para encaminar las acciones legales, la etapa probatoria y la forma de alcanzar las pretensiones de las partes.

En este orden de ideas, la prueba fue definida por el maestro Davis Echeandía (1978): “Es considerada cualquier acto o razón que se aporta al proceso con el fin de poder demostrar los hechos que se alegan, y de esta manera lograr que el operador de justicia dicte una sentencia a favor” (p. 22). Es decir que la prueba es la única forma de demostrar la realidad de un hecho, y que esta figura jurídica nace del principio constitucional de contradicción; ya que, la prueba nos permite refutar y demostrar lo contrario.

El Derecho Penal tiene una doble función de protección acorde a la Constitución de la República del Ecuador con su fundamento garantista de derechos, por un lado, protege los bienes

jurídicos de las personas o víctimas, desde el punto de vista de la víctima el Derecho Penal busca la sanción de la infracción y la reparación del daño a la víctima o sus familiares, y desde la otra parte, la persona que cometió una o varias infracciones busca que se siga mantenido su status de inocencia, una pena justa y sobre todo que se garantice por parte del sistema de justicia sus derechos fundamentales como el debido proceso en sus garantías en especial del derecho a la defensa, lo que previene la venganza privada. De esta manera se protege los dos fines del derecho penal, la prevención general y la prevención especial del delito.

Este es el modelo acusatorio instaurado en el Ecuador, está sujeto a los principios de inmediación, contradicción, oralidad, publicidad, etc. Como consecuencia de estos principios, se considera, que los anuncios probatorios observados por el juez sean de alta calidad, que la prueba documental no esté basada en prejuicios, falsedad ni ilegalidad, que los peritajes cumplan estándares de alta calidad, que se excluya la evidencia producida ilícitamente, aquella que sea sobreabundante e impertinente. Esto es precisamente lo que busca evitar la audiencia evaluatoria y preparatoria del juicio, que es la etapa en la que, de conformidad al literal C del numeral 4 del artículo 604 del Código Orgánico Integral Penal (2018), que estableció lo siguiente:

Solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba, que estén encaminadas a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba. La o el juzgador rechazará o aceptará la objeción y en este último caso declarará qué evidencias son ineficaces hasta ese momento procesal; excluirá la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han obtenido o practicado con violación de los requisitos formales, las normas y garantías previstas en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, la Constitución y este Código. (p. 196)

De acuerdo a lo anterior se puede señalar que la parte probatoria es la mas importante dentro del proceso penal, y ella se debe practicar en la audiencia oral de juicio a los fines que las partes puedan contradecir las mismas, oponerse a ellas por ilegales, inconducentes o inidóneas. En consecuencia la prueba dentro del proceso determinara la inocencia o no del procesado, así como también si ha sido obtenida de forma ilegal y es valorada por el operador de justicia puede dar lugar a su nulidad..

## **Preguntas**

Ante la problemática planteada podemos establecer una pregunta central, ¿Las pruebas obtenidas con violación a la Constitución y la ley, vulneran la garantía de la defensa?; de esta interrogante central surgen otras vinculadas como son: ¿Debería existir criterio de valoración de prueba para analizar su exclusión?; ¿La concepción diferenciada de prueba ilícita e ilegal protege el derecho al debido proceso en la garantía de la defensa en el Ecuador?; ¿La aplicación de teorías dogmáticas para excluir los medios de prueba generan impunidad? ¿La presunción de inocencia en su dualidad como derecho y garantía se garantiza con un análisis correcto de exclusión de la prueba?

## **Premisa**

La falta de una taxatividad de cuales pruebas debe ser consideradas como excluidas en la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio, es un nudo problemático para el juzgador que, a falta de criterios técnicos valorativos, no analiza qué prueba puede ser subsanada y no excluida, para que el delito en la etapa de juicio no condene inocentes y no libere culpables. El análisis diferenciado entre prueba ilícita e ilegal, y cómo el juez debe subsumir estos presupuestos ante el derecho al debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica como derechos procesales fundamentales sobre los cuales el juez en su tarea garantista examinará qué prueba carece de eficacia probatoria por vulnerar derechos o contravenir la ley.

## **Objetivos de la investigación**

### **Objetivo General**

Realizar una descripción detallada, así como una valoración epistemológica de los principios a los que se sujeta la prueba en el proceso penal ecuatoriano, según lo determinado en el artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal, con especial énfasis en su numeral sexto, que define el principio de exclusión de la prueba.

### **Objetivos específicos**

1. Proveer un análisis de los principios a los que se sujeta la prueba según el Código Orgánico Integral Penal, desde la perspectiva de los antecedentes históricos del

derecho procesal penal ecuatoriano, así como de las tendencias actuales en la legislación comparada y de su valoración epistemológica siguiendo el pensamiento de las distintas escuelas penales.

2. Desarrollar el concepto de la prueba ilícita y sus diferencias con el concepto de prueba ilegal, y cómo se incorporan estas nociones de manera implícita en el numeral sexto del artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal.
3. Determinar el papel que desempeña el juzgador en la exclusión de la prueba ilícita y consecuencias de su admisión para las partes procesales.
4. Discutir el elemento de convencimiento que constituye la finalidad de la prueba, versus las limitaciones para su práctica y criterios de valoración.

# CAPÍTULO I

## MARCO TEÓRICO

### **Antecedentes**

En este capítulo se enmarcará en las concepciones doctrinarias de la prueba en donde se aprecia su definición, su validez constitucional, su carácter legal y los principios rectores que sustentan su desarrollo procesal.

### **Definición etimológica**

Para establecer una noción de la génesis de la prueba, es necesario referirnos al nacimiento del vocablo, en este caso de *prueba*; para entender por qué nace esta institución jurídica procesal. A criterio de Vergara (2015) señaló: “Es así, que la palabra prueba se deriva del latín: *probatio, probationis, probus*” (p. 517). El significado etimológico se traduce como bueno, confiable, que se puede confiar. Lo que determina que lo resulta probado es bueno.

### **La prueba y su definición doctrinaria**

La prueba, considerada como el medio para llegar a la verdad de un hecho, en especial en materia procesal, es considerada como el medio por el cual el juez llega a la certeza de la verdad procesal y conforme a esta demostración tenga los elementos necesarios para resolver un caso puesto a su sustanciación.

Para el tratadista Couture (2018), define a la prueba en:

Conjunto de actuaciones realizadas en juicio, con el objeto de demostrar la verdad, o falsedad de las manifestaciones formuladas en él. 4.- Medios de evidencia, tales como documentos, testigos, etc., que crean al juez la convicción necesaria para admitir como ciertas o rechazar como falsas las proposiciones formuladas en el juicio. (p. 609)

En definición del Italiano jurisconsulto Carnelutti (1992), define la prueba como: “el término probar se usa en el lenguaje común como comprobación de la verdad de una proposición” (p. 32).

En palabras del tratadista Guillermo Cabanellas (2012), define a la prueba como: “Esta formada por todas aquellas actuaciones que se realizan dentro del proceso que tienen como fin evidenciar la inocencia o no del acusado” (p. 787).

Las definiciones expuestas, tiene un común denominador que es la comprobación de la verdad, por lo cual, la prueba es un medio procesal por el cual, los hechos que se acusan deben ser demostrados con certeza sin que exista una duda razonable de su existencia.

### **La prueba y su validez constitucional**

La prueba en material procesal (civil, penal, laboral, etc.); debe respetar los lineamientos constitucionales para que le misma no sea ilegítima ni ilícita, tanto en su forma esencial como su forma circunstancial, es decir, que violente derechos constitucionales tanto en su cometido como en la forma de obtener la prueba.

Es por ello necesario establecer la validez constitucional de la prueba, por lo cual, como se manifestó esta no debe vulnerar preceptos constitucionales y en especial respetar los derechos humanos.

### **La prueba y su protección constitucional**

La Constitución de la República del Ecuador del 2008, tiene un gran peso de garantismo sobre los derechos humanos, incorpora derechos reconocidos en Instrumentos Internacionales y reconoce otros como en el caso del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, y su fundamento de ser un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, en donde la supremacía constitucional, por ser un principio universal las leyes no vulneren derechos constitucionales y en caso de hacerlo están debe ser separadas del ordenamiento jurídico. Por lo cual, la institución de la prueba en materia procesal debe guardar un profundo respeto a que esta no sea obtenida ilegalmente ni adolezca de ilicitud por vulnerar derechos constitucionales.

Este fundamento de ilegalidad e ilicitud de la prueba se encuentra protegido por el derecho al debido proceso en la garantía de la defensa procesal que está amparada por el artículo 76 numeral cuarto de la Constitución del Ecuador (2008) que dispone: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria” (p. 34).

Como se determina la Constitución vigente en su normatividad, bajo la concepción del núcleo duro del derecho al debido proceso, bajo su garantismo dispone que las pruebas contrarias a la Carta Magna, y que sufran de ilegalidad y de ilicitud sin que justifique su validez, estas carecen de eficacia probatoria.

Podemos colegir que si la prueba violenta la Constitución esta carece de eficacia probatoria, por mandato Constitucional, es por ello, que bajo la premisa de que toda prueba obtenida; es decir, antes de ser actuada (etapa de juicio), debe ser analizada por el juez en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio y de ser ilegal e ilícita, debe ser excluida, rechazada o inadmitida.

### **La verdad procesal en materia penal**

La doctrina en materia probatoria es muy amplia, pero tienen o comparten un mismo fin, que es encontrar la verdad. Esta verdad, que tiene una base filosófica desde Aristóteles, Hediddegger, Strawson, Engel, Kant, Nietzsche, Popper, Schopenhauer y demás; y que, han establecido varias clases de verdad, como son: verdad histórica, la verdad procesal y la verdad judicial.

### **La verdad histórica**

La verdad histórica conocida como verdad absoluta, que de acuerdo a la doctrina desde sus inicios ha sido una constante discusión por saber que es la verdad por lo cual, existen varias escuelas del conocimiento humano por alcanzar esta verdad, como por citar ejemplos, el realismo, escepticismo, pragmatismo, etc. Pero esta verdad histórica en materia penal, es imposible de demostrar, primero por el tiempo en el cual sucedieron los hechos y en segundo lugar inexistencia de pruebas.

La verdad histórica era propia del sistema inquisitivo, como lo analiza el Ex Magistrado Mario Alberto Martínez Pérez, que indica que “en efecto, a diferencia de la dogmática penal tradicional y que imperaba en el viejo sistema de enjuiciamiento de corte inquisitivo, que

consideraban como finalidad primordial del proceso penal obtener la verdad histórica de los hechos denunciados como delito, ya que otros valores e intereses subyacían subordinados a la pretensión de obtener la verdad absoluta, de naturaleza histórica. Y esta pretensión ha servido para justificar en el sistema penal inquisitivo, la violación de derechos fundamentales sin consideración del poder del Estado” (Perez, 2018).

Para poder entender la acepción difícil de encontrar la verdad histórica y vincularla al proceso penal, el Dr. Felipe Rodriguez (2016), citó un ejemplo:

Hagamos un sencillo ejercicio práctico: imaginémonos que la “víctima” de un delito de lesa humanidad, “cometido” hace varios años, asevera haber sido torturada y agredida sexualmente por integrantes del ejército y la policía de un país, Ésta. Si en Derecho presumimos la buena fe de quien nos lo narra, será una verdad histórica. No pongamos en tela de duda la credibilidad de la víctima y creámosle; ahora bien, esta víctima fue torturada hace treinta años y, tras recientes investigaciones, se ha iniciado el proceso penal. En este caso no existen exámenes médicos legales y el lugar dónde fue “torturada” ya no existe. (p. 115)

En este ejemplo, es claro, que solo existe un testimonio (víctima), y que por si solo no constituye una prueba, en el caso del análisis ni siquiera sería un elemento de convicción, por cuanto, el testimonio se desarrolla en audiencia, tendríamos una simple versión sin el apoyo de otros elementos como el examen médico legalista, el reconocimiento del lugar de los hechos, etc., que permiten al juez que sustancia la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio tener el convencimiento de que los elementos en los que la fiscalía sustenta su acusación no son suficientes para suponer la existencia del delito, en razón de lo cual, debe en este caso pronunciarse por un sobreseimiento, es así, que alcanzar y probar la verdad histórica es imposible.

### **Verdad procesal**

Como se analiza la verdad histórica es imposible de alcanzar, pero debemos propender llegar a una verdad procesal. Es bien conocido que en cualquier proceso es necesario esclarecer la verdad procesal, como por ejemplo en materia civil quien tiene razón en temas de linderos por medio un peritaje, en niñez mediante un examen de ADN, saber si efectivamente es el padre, en un tema

laboral si el empleador realizó un despido intempestivo, en materia penal si existió intimidación para el hecho lesivo de robo.

Para poder resolver estos problemas jurídicos, es necesario apoyarse en las pruebas que son las que indican al juzgador la verdad judicial dentro de un proceso, en donde las pruebas se constituyen en las herramientas para que llegue a una decisión justa, correcta, legítima y proporcional con relación a los hechos subsumidos a la norma.

En un simple análisis, aplicando esta máxima de la verdad procesal, la solución de los problemas jurídicos planteados tendría una solución eficiente, pero que pasa cuando existe déficit de prueba o es un caso complejo, entonces nace un criterio contrario y que se conoce como la verdad procesal. Esta verdad procesal es el camino para que en sentencia un juez resuelva y se alcance la verdad judicial.

La verdad procesal tiene íntima relación con la verdad correspondencia, si bien no es posible alcanzar una verdad absoluta (histórica), esta se funda en los elementos de convicción que son expuestos en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, en donde se identifica los medios de prueba sometidos a la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de la prueba, que en audiencia de juicio se establecer la verdad procesal.

Por lo cual, la verdad procesal en nuestro sistema de justicia es concebido como un principio como lo sostiene el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial (2015) que estableció:

Principio de la verdad procesal.- Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución.

Entonces bajo lo establecido por ser un principio procesal, es necesario entender que al momento de resolver sobre la exclusión de la prueba, el juez que sustancia la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, debe tener un conocimiento prolijo de la verdad correspondencia dejando a un lado los criterios de la verdad coherencia. De este modo, no se podrá excluir prueba necesaria para que en audiencia de juzgamiento se ratifique el estado de inocencia o se ratifique su responsabilidad.

Bajo este criterio el maestro Michele Tarruffo (2012) señaló:

Las cosas son bastante claras cuando la verdad de los hechos en disputa se asume como una meta del proceso judicial y como un rasgo necesario de las decisiones judiciales. En ese caso, estamos justificados en decir que los tribunales deberían establecer la verdad de los hechos en litigio y que la verdad debería ser determinada tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles. (p. 83)

En este orden de ideas, siguiendo con el ejemplo del delito de lesa humanidad, modificando su estructura probatoria, es decir, los elementos de convicción como por citar un ejemplo, que si existe un examen pericial médico, con fecha 2018, en donde sucedieron los hechos, incluso existe reportes de prensa, la comunidad internacional estableció videos de los actos de agresión física, pero este informe no tiene fecha, entonces podríamos establecer sobre un exclusión probatoria o una inadmisibilidad de esta pericia que vaya a operar como prueba en el juicio, por lo tanto, el juez en la audiencia evaluatoria no realiza una valoración de la prueba, sino que solo analiza si esta prueba es conducente en razón de los hechos, es decir, existencia de agresión física y sexual. Por lo tanto, la falta de la fecha, será evaluada en la etapa de juicio.

### **Verdad judicial**

La verdad judicial es la que se alcanza en una sentencia, cuando finaliza la etapa de juicio y que se basa sobre la verdad procesal, por lo cual, genera la certeza más no una verdad absoluta.

En esta secuencia, existen pruebas que se encuentran fuera del contexto judicial propiamente dicho y que por su informalidad y desconocimiento no ha sido incorporada en el proceso, por lo cual, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se puede incorporar prueba no solicitada a tiempo pero que es relevante en el proceso, o a su vez, prueba que no se tenía conocimiento, en un caso, práctico, de un robo con violencia, aparece un video de una cámara de seguridad de un almacén al cual, ninguno de los sujetos procesales tenía conocimiento, pero que se publica por una red social, justo horas antes de la audiencia de juicio, preliminar o preparatoria, en donde resulta relevante por que se puede identificar que el procesado comete el hecho lesivo. Entonces, este video no ha sido periciado, por lo cual, esta prueba ordinaria debe ser analizada en su contexto de legalidad e ilicitud, para determinar su inclusión o exclusión.

Siendo un caso difícil, por la falta de prueba y donde existe una prueba relevante no periciada, el juez o jueces, tienen en una decisión de un caso complejo, por lo cual, al existir normativa clara la solución es fiable pero en sistemas procesales como el nuestro cuyas normas son muy amplias que permiten varias interpretaciones o simplemente no constan es necesario acudir a teorías, reglas, doctrina sobre la admisibilidad de la prueba para alcanzar la verdad procesal y de no ser posible, aplicar directamente la Constitución bajo el imperativo de que toda prueba obtenida o actuada con violación de la Carta Magna o la ley (normativa positiva interna), carece de eficacia probatoria sin tener validez alguna.

En este sentido Beltrán (2005) manifestó lo siguiente:

Un sistema procesal puede o no ser eficiente en la búsqueda de la verdad sobre los hechos litigiosos, pero la existencia de reglas procesales no es -en sí misma- un obstáculo para la búsqueda de la verdad, y tampoco es una buena razón para afirmar que la verdad judicial es un tipo especial o formal de verdad. (p. 47)

Por lo cual, la verdad procesal es el camino para alcanzar la verdad judicial que intenta acercarse a la verdad histórica, pero simplemente se basa en la certeza del aporte probatorio.

### **La prueba y su legalidad**

En un primer sentido se puede afirmar que legalidad y licitud pueden compartir un mismo concepto y perseguir un fin, pero en todo caso, la doctrina y varios tratadistas realizan una distinción acertada entre prueba ilegal e ilícita, siendo la mayormente estudiada la prueba considerada ilegal, porque se basa en varios principios que le otorgan su validez.

En relación a la conceptualización de la prueba y su legalidad existen varias definiciones doctrinarias, que ha generado confusiones e incluso ha generado extensos estudios en relación a la prueba prohibida, prueba ilícita, prueba ilegal, que, en nuestra Carta Magna, dispone que las pruebas obtenidas con violación a la Constitución y a Ley, no tienen validez alguna, es decir, tienen el carácter de nula y carecerán de eficacia probatoria.

Por lo cual, es necesario diferenciar entre prueba ilegal e ilícita, es así, que la prueba obtenida con violación a la Constitución, se entiende con vulneración a los derechos fundamentales es una prueba ilícita, y las pruebas que se obtienen inobservando la ley o la norma, es una prueba ilegal. Esta diferencia es importante, puesto, de que ella se basa en varias teorías como

la “Teoría del fruto del árbol envenenado”; y que afecta a toda la prueba que se desprende de esta violación.

La base de esta diferencia la explica el dogmático Dr. Roberto Vaca (2017) quien manifestó lo siguiente:

En cuanto a la terminología entre prueba ilícita o prueba ilegal, la primera se ha manifestado que corresponde a aquellas pruebas que han sido obtenidas con violación a los derechos fundamentales, mientras que la prueba ilegal es aquella que se ha fraguado irrespetando el procedimiento probatorio, las reglas para adquirirla o simplemente no ha cumplido con las solemnidades previstas en la norma procesal. Empero, de manera general se ha dicho que la prueba ilícita abarcará estos dos conceptos creando incluso varias ramificaciones que determinan el aspecto viciado de la prueba y su producción subrepticamente obtenida. (p. 1)

#### **Definición de prueba ilícita.**

En palabras del profesor Vergara (2015) definió la prueba ilícita como:

Se denomina como “prueba ilícita”, a aquella obtenida y practicada con violación a las garantías fundamentales, al derecho al debido proceso y a los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes o reconocidos en la “ius cogens”, que vulneran el sistema jurídico del Estado por contravenir una prohibición expresa e implícita contenida en las normas señaladas ejecutadas arbitraria y abusivamente por los operadores judiciales. (p. 72)

Para el gran maestro Davis Echandía (2009) la prueba ilícita se consideró como:

Se encuentran de manera expresa prohibidas por la legislación, ya que las mismas por lo general son obtenidas vulnerando derechos de las partes, en consecuencia el legislador como sanción les da un carácter negativo, en consecuencia no pueden entrar al proceso y si entraren las partes se pueden oponer a ellas manifestando su ilegalidad. (p. 74)

Podemos colegir que existen dos reconocidos jurisconsultos con definiciones contrarias al sentido formal de la prueba ilícita, estableciendo dos dogmas claros, que es vulneración de

derechos fundamentales o vulneración de la ley, lo que ha generado que muchos autores establezcan que no solo son palabras sinónimas, sino que ambas tienen el mismo efecto jurídico, sin considerar que su Génesis es diferente, lo que provoca efectos jurídicos y procesales diferentes, como lo analiza el profesor Dr. Vaca, y tomando en consideración sus argumentos, la prueba considerada como ilícita no puede ser protegida ni rectificada por ningún medio de acreditación, por cuanto, tanto en su obtención como en su producción vulneran derechos constitucionales, en razón de lo cual, debe ser excluida y vejada del sistema procesal, en la etapa procesal oportuna en el caso de nuestro sistema penal en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio. Esta exclusión y rechazo está bien fundamentada en la “Doctrina de la supresión o exclusionary rule”; puesto que la misma ataca a derechos fundamentales esenciales como la personalidad, la dignidad humana, el principio de igualdad que menoscaban la presunción de inocencia y fortalece al “ius puniendi”; por ello, es que estas pruebas no pueden ser salvadas y los juzgadores deben resolver sin considerar esta prueba.

### **Concepto de prueba ilegal**

Para establecer un concepto claro sobre la prueba ilegal se debe aclarar que esta vulnera la norma, que irrespeta los preceptos legales y que en cierta medida el juez puede subsanar la prueba en ciertos casos o simplemente declarar que la prueba carece de eficacia probatoria y está también como efecto tiene el rechazo o exclusión de la prueba.

La Sala de Justicia de Colombia (2005), en uno de sus fallos, se refirió a la prueba ilegal, como:

La prueba es ilegal, cuando en la obtención de la misma se incumplen los requerimientos que se encuentran contemplados en la ley. En este tipo de circunstancias le corresponde al operador de justicia verificar cuáles son los requerimientos para permitir la entrada o no de cualquier prueba al proceso, se deben tomar en consideración los requerimientos que establece el legislador y en base a ello poder determinar los elementos esenciales de la prueba. (p. 28)

Bajo el concepto expuesto, la prueba ilegal afecta directamente el debido proceso vinculándose al principio de inocencia, pero explica lo que se manifestó que puede ser subsanable

la prueba ilegal y la Corte Suprema Colombiana determina que se produce solo por omisión insustancial, es decir, que no afecta a solemnidades sustanciales, de ser así analizado, no se podría configurar la institución de la exclusión de la prueba.

### **Diferencia entre evento, indicio y prueba**

En materia procesal en especial con la institución de la prueba es necesario realizar una diferencia sustancial entre lo que es un evento y la prueba, ante todo podemos manifestar que estos dos estadios tienen una vinculación intrínseca que actúan a manera de peldaños de una escalera, el efectivo cumplimiento de la primera, permitirá avanzar a la segunda y culminar en la cumbre que es la prueba, todo esto bajo el derecho al debido proceso y respeto a los derechos humanos, garantías y principios constitucionales como legales.

### **Conceptualización de Evento**

Se determina como el hecho enmarcado a una conducta (acción o omisión), que realiza una persona y que por medio de la utilización de la inducción y deducción lógico formal debe analizar si este evento constituye un hecho que no está permitido por una norma (penal, civil, laboral); y que de este se deriva de la primera forma de análisis argumentativo que es silogismo, en donde la premisa mayor será la norma, la premisa menor el evento y la conclusión la vinculación entre la norma y el evento.

Citando un ejemplo, si la norma determina que una persona que mate a otra, está cometiendo un delito de homicidio, entonces, si observamos el evento que una persona A, mata a otra persona B, la conclusión es que A, adecuó su conducta a la norma penal y que como consecuencia jurídica tiene una pena. En algunos casos se suele establecer que el evento es el hecho fáctico y la norma el derecho esencial, lo que deriva a la conclusión de que una persona ha violentado la norma que influye en la paz social.

El evento para su análisis en este primer estadio solo se necesita de la utilización de la lógica formal, está claro, que quien tiene a su cargo un trabajador y este lo despide sin tener razones suficientes, es decir, realiza un hecho que está normado, pero el empleador realiza este hecho sin razones justificadas por el derecho penal, este evento realizado, está protegido por la Constitución y está normado por las causales de despido en el Código de Trabajo.

Podemos establecer que el evento es un hecho genérico, pero con el procesamiento se convertirá en un hecho que pueda ser demostrable para determinar culpabilidad o ratificar inocencia.

### **Conceptualización de Indicio**

El indicio es la persona (testigo) o objeto (videos), que se vincula generalmente con el evento, es decir, si existe un hecho lesivo, en el cual, una persona mata a otra por medio de un arma blanca, este es un evento, pero si junto a esta persona que cometió el evento se encuentra un cuchillo con sangre de la víctima y huellas dactilares, son indicios que tiene el carácter indicativo de sospecha o presunción que la persona fue quien cometió el hecho lesivo.

Los indicios son los que objetivamente deben ser preservados, para que a posterior con las técnicas de la investigación científica se puedan convertir en pruebas, para lo cual, para su preservación y posterior pericia se debe respetar protocolos (en materia penal cadena de custodia); para evitar su contaminación. El indicio es la parte fundamental del derecho procesal en todas las materias, es un vínculo entre el hecho y la prueba, que ayuda a descubrir la realidad de los hechos y que deben garantizarse el respeto de los derechos fundamentales y de la norma legal, para que los mismos no estén inmersos en causales de prueba ilícita o legal.

El indicio una vez periciado genera la certeza de enlace entre el hecho cometido y la relación directa con la persona, lo cual, se deriva en que se expulsa la presunción. El indicio en materia procesal es importante, sin indicios no se podría analizar lógicamente y formalmente la culpabilidad o la ratificación de inocencia, cuando el indicio se convierta en prueba plena en la etapa de juicio.

### **Conceptualización de la Prueba**

La prueba es el resultado de la aplicación del método científico, basado en su esencia que es la producción de conocimiento aplicado al derecho es la aplicación de técnicas, procesos, observación de personas expertas en su campo que se las conoce como peritos, y que su función es que los eventos bajo su conocimiento se puedan convertir en pruebas o no; es decir, el experto no determina si existe responsabilidad de un hecho ni emite juicios de valor, simplemente su función es ayudar a buscar la verdad de los hechos, y de este manera el juez pueda realizar el

ejercicio de subsumir los hechos realizados a la norma, en este contexto, la prueba es le puente entre el hecho fáctico y el derecho, para establecer si una persona faltó a la norma, como en el caso de un despido intempestivo o en mataría penal que adecua su conducta penalmente relevante a una norma, como en el caso de homicidio.

El evento, con la aplicación de pericias, como contables, observación de los hechos (inspecciones judiciales), pueden variar, como por citar un ejemplo en materia penal que la versión es libre y voluntaria, la misma puede variar con la denuncia o con la entrevista que se mantenga con un agente investigador, por ello, que este evento en materia penal es considerado como indicio, y se convierte en prueba en audiencia de juzgamiento bajo testimonio en juramento.

Con esta connotación, el evento es el camino para buscar la verdad de los hechos, la realidad histórica del hecho, y que ayuda que se convierta en prueba, por lo cual, es necesario que la prueba tenga que ser realizada por personas expertas en la materia y que se realice de manera independiente y con conocimientos idóneos. El evento, orienta en primer orden a un posible delito o falta, es decir, se basa en una presunción. Por otro lado, la prueba conduce al juzgador a tener la certeza de los hechos para que pueda determinar culpabilidad o ratificar inocencia, dejar sin efecto la pretensión en materia civil o laboral, en otras palabras, la prueba se basa en pericias y no en presunciones.

### **La prueba, sus fuentes y medios**

Existe una fuerte discusión en razón de establecer una diferencia entre las fuentes de prueba y los medios de prueba. Al inicio se podría colegir que son conceptos análogos, parecidos o complementarios, pero existe una gran diferencia entre estas dos instituciones de la prueba.

Las fuentes de prueba se considera a los eventos o indicios que generaron un hecho protegido por la normativa legal, como, por ejemplo, el despido de una mujer en estado de gestación, el hecho de una persona de tener a su alcance un arma de fuego, estos hechos, eventos o indicios son considerados como fuentes de prueba, que nacen antes del procesamiento en materia laboral, civil, penal, etc.

Por otro lado, los medios de prueba, son los que se desarrollan en el ámbito procesal en la sustanciación propia del proceso.

Para tener una mejor conceptualización el maestro del derecho procesal civil profesor Meneses (2014) explicó:

A partir de la llamada concepción racionalista o cognoscitivista de la prueba en juicio, se sostiene que tanto fuentes como medios constituyen datos empíricos que sirven de sustento a la actividad probatoria y al resultado de ésta. En este sentido, ambos son elementos (personas y cosas) que suministran información sobre hechos. La diferencia entre uno y otro radica en el escenario donde se sitúan, pues mientras las fuentes de prueba se ubican en un plano previo y ajeno al proceso jurisdiccional, los medios de prueba se instalan en el contexto del juicio. (p. 55)

Podemos establecer que existe un vínculo entre la fuente y medio de prueba, que se suscribe entre cuáles fuentes de prueba al momento de ser analizadas pueden ser periciadas e inmersas en el proceso como medios probatorios que tengan la característica de necesarios, incluyentes, idóneos, admisibles para el juzgamiento.

La fuente de prueba se considera como un estadio que nace de manera extrajudicial, mientras que los medios de pruebas se constituyen en el proceso, es decir, intrajudicial. En el caso de la fuente de la prueba, son los hechos, eventos que se desarrollan en la sociedad sean estos regulados por la norma o no, por citar un ejemplo, el no saludar a otra persona no está sancionado como infracción relevante en que se pueda aplicar el poder punitivo del estado, pero si existe una falta de ética y moral personal que va contra los valores de las de cortesía. Pero si se produce un hecho, de que una persona lleve consigo un arma de fuego es un evento que, por conocimiento general en el Ecuador, está prohibido por la ley.

Los medios de prueba, en cambio su accionar está enfocado a un sector ya definido por la norma, como en el caso del llevar consigo un arma, en este caso, bajo este evento se debe conservar el indicio que es el arma, y con pericias como de balística, se determinara si tiene la calidad de arma de fuego, tanto en sus componentes como para estar apta para hacer disparos, si cumple los requisitos para que sea considerada como un arma, se iniciará un procesamiento judicial, y junto con otros medios de prueba el juzgador valora y determina su culpabilidad o ratifica su

inocencia. Ahora en el hipotético caso, que esa arma es obsoleta y que no tiene sus componentes, que no puede realizar disparos, y que esta persona la compró en una tienda de antigüedades para decorar su casa de campo, esta fuente de prueba primaria no puede considerarse como medio de prueba.

### **Prueba procesal y principales principios**

La Institución de la prueba desde su entendimiento formal, sustancial, lógico y valorativo, esta estrictamente basado en principios que coadyuvan a los operadores de justicia a tener una mejor apreciación de la prueba para evitar ilicitud o ilegalidad y que estas aporten al esclarecimiento de la verdad procesal del hecho que se juzga.

Entre los principios de la prueba en el sistema procesal común para todas las materias que conforman la legislación de la mayoría de los países a criterio de Mittermaier (2000) señaló lo siguiente:

Principio de Originalidad.- De carácter relativo que se sujeta a los límites de los preceptos normativos. Principio de Carácter Social.- La sociedad puede conocer la prueba y llegar a una conclusión lógica vinculada a la conclusión jurídica del juzgador. Principio de Libertad Subjetiva.- Las partes procesales pueden incorporar prueba para que aporte a la subjetividad del hecho normado. Principio de Objetividad.- Las pruebas deben vincularse con el tiempo, espacio, lugar, datos que una el hecho con la transgresión de la norma. Principio de Producción.- Establece los medios constitucionales y legales de la prueba obtenida y su posterior producción o evacuación procesal. Principio de Motivación de la prueba.- El juzgador debe analizar detalladamente la motivación de la prueba en el caso en concreto para determinar su legalidad y constitucionalidad. Principio de Publicidad.- Las pruebas deben ser conocidas por los participantes del proceso para garantizar el derecho al debido proceso en la garantía de la defensa. (p. 45)

De igual forma de Mittermaier (2000) también mencionó los siguientes principios:

Principio de la necesidad.- Las pruebas deben ajustarse a los hechos que se quieren demostrar y que servirán de fundamento para la decisión judicial. Principio de eficacia jurídica. – La prueba debe conducir al juez a la certeza y convencimiento de que los hechos se subsumen a los preceptos de la norma. Principio de Unidad.- Las diferentes pruebas como son testimoniales, documentales, procesales, deben estar vinculadas para que el juez examine todas las pruebas en conjunto. Principio de Adquisición.- También se lo conoce como comunidad de la prueba, la prueba no solo beneficia a quien la incorpora judicialmente a un proceso, sino que debe ser utilizada por todos los sujetos procesales para establecer la verdad de los hechos. de (p. 47)

Estos principios son los esenciales y básicos para el procesamiento en cualquier rama del derecho, como lo define Mittermaier (2000) el fin de la prueba es: “suministrar al juez los medios de fallar conforme a justicia” (p. 70). Por lo cual, deben ser observados y analizados por el juzgador al momento de la evacuación de la prueba, para poder llegar a una motivación real del caso puesto a su consideración.

### **Prueba procesal y sus reglas**

La prueba procesal además de estar regulada por principios, también debe estar supeditada a reglas que deben observarse en su contexto, para que el juzgador tenga elementos de razonamiento jurídico para considerar su inclusión o exclusión del proceso que se sustancia.

Entre varias reglas es necesario analizar las más comunes, eficaces, idóneas y necesarias, entre las cuales tenemos:

**Regla de suficiencia técnica.** – Las pruebas que se admiten, se anuncian y evacuan en la etapa de juicio, deben tener una base legal fundamental y en lo posible defendidas por un perito acreditado y experto en la materia.

**Regla de la Fiabilidad.**- La prueba debe incluir elementos confiables con una gran carga de veracidad de los hechos investigados.

**Regla de legitimidad.-** La prueba obtenida en el proceso no debe haber vulnerado las garantías de la defensa encapsuladas en el derecho al debido proceso.

**Regla de corroboración. -** La prueba debe estar relacionada, vinculada y asociada con los elementos de convicción.

**Regla de Imparcialidad.-** La prueba debe ser imparcial aportando solo a la descubrimiento de la verdad procesal, para lo cual, se debe aportar pruebas de cargo y de descargo.

**Regla de Congruencia.-** La prueba debe guardar conexión con el hecho y la norma procesal, no debe alejarse de sus verbos rectores.

### **Clasificación de las pruebas**

Existen varias acepciones para establecer la clasificación de las pruebas, y es muy amplia su clasificación que atiende incluso al sistema procesal, incluso hay que hacer una diferencia entre las clases de prueba y su valoración, es así, que Echeandía (2017) contempló lo siguiente:

Los autores suelen adoptar diversos criterios para la clasificación de las pruebas judiciales, y a menudo se confunden las pruebas propiamente dichas con los sistemas para valorarlas y aportarlas al proceso o con el procedimiento empleado para tales efectos y con otras actividades relacionadas con ellas. (p. 75)

Bajo esta conceptualización la doctrina determina dos clasificaciones de prueba:

- 1.- Principal
- 2.- Secundaria

#### ***Clasificación Principal***

Esta clasificación también se la conoce como verdadera y se basa en varias consideraciones como por su función, estructura, por su naturaleza, por su valoración, etc. Por lo cual, de una manera analítica consideramos las siguientes:

##### **A .- Por su Origen:**

1. **Anticipatoria.-** Son las que se han conservado posterior al hecho, como libros contables, videos, fotos, documentos históricos, escrituras, facturas.
2. **Descubierta.-** Son aquellas que bajo la investigación se llegan a descubrir, como cercados de terrenos, invasión, huellas dactilares.
3. **Conformada.-** La que se realiza bajo personal especializado para reconstruir un objeto, documento, hecho, que ayuden a determinar el elemento fáctico.

#### **B.- Por su naturaleza:**

1. **Pericial.-** Realizada por peritos calificados, en el caso del Ecuador, por el Consejo de la Judicatura.
2. **Testimonial.-** Por personas que vivieron el hecho, observaron o tienen información, que son sometidas a interrogatorios.
3. **Documental.-** Basados en documentos públicos y privados que han sido periciados e incorporados a un proceso.

#### **C.- Por su Función:**

Se clasifican en:

1. **Históricas.-** Se fundamentan en testimonios de testigos presenciales y referenciales del hecho demandado o denunciado.
2. **Técnicas.-** Se basa en los indicios, huellas, documentos, reconocimiento de lugares, objetos que ayuden a formar un criterio cabal del hecho y sus circunstancias.

#### **D. - Por su Estructura:**

Las pruebas por su estructura se clasifican en:

1. **Personales.-** De carácter individual, que trata sobre personas que informan el hecho o son inspeccionadas (preguntadas, investigadas).
2. **Reales.-** Se aplica a los bienes físicos o corporales.
3. **Periciales.-** Reconocimiento, Inspección, Reconstrucción, concurrencia de lugares, documentos e instrumentos

### **E.- Por su Condición:**

Esta clasificación es novísima y se debe a la evolución de la tecnología y son:

**1.- Tradicionales.-** Que son las pruebas que se desarrollan en la legislación cultural de los países que conservan el sistema escrito, oral, o mixto.

**2.- Tecnológicas.-** Las pruebas se basan en herramientas informáticas, contenidos digitales, pericias electrónicas, de sistemas de computación que incluso pueden en realidad virtual establecer como sucedió el hecho, la ubicación de un bien inmueble por google map, etc.; que en cierta manera menorán el margen de error en su veracidad.

### ***Clasificación Secundaria***

Esta clasificación también se la denomina como impropia o accesoria, estas pruebas sirven para distinguir cuáles son formales y cuáles sustanciales, por lo cual, tenemos pruebas solemnes o consensuales.

Existen otras clasificaciones como por ejemplo por su efectividad probatoria, por su valoración, por la necesidad del tiempo, pero se considera que realizar un análisis sobre la clasificación de la prueba, pudiera ser estudio de otro trabajo investigativo.

### **Definición y prueba penal**

Una vez, que se ha realizado un análisis de la prueba de manera general, es decir, en el ámbito procesal para todas las materias del Derecho, es necesario, establecer como la prueba en su formalidad de institución jurídica incide en el Derecho Penal, para lo cual, se considera su historia, definición, principios, clasificación y demás consideraciones del procedimiento penal y la valoración de la prueba.

## **El derecho procesal penal sus antecedentes históricos**

El derecho penal, tiene su nacimiento y fundamentos desde que el monarca o rey tenía el control de los principios sustantivos que proporcionaron las bases para la promulgación de los derechos humanos; es así, que dieron origen a la igualdad en sentido negativo, el derecho a la propiedad privada y el derecho a la libertad estableció un cambio en las atribuciones del rey, puesto que no podía disponer de la vida, de la integridad personal y de la propiedad del pueblo. Pero surgieron problemas relativos a poder controlar el territorio en razón del rey, pues la propiedad de un ciudadano era ocupada por otro (lo que se conoce como usurpación); los límites de un terreno eran irrespetados por otros, es así, que varios procesos ayudaron a la conformación del derecho civil y su aplicación (procesal civil), que tuvo su perfeccionamiento en Roma.

Posterior a regularizar la propiedad, debían establecer leyes de convivencia social por cuanto la población ejercía la justicia por mano propia, aplicaba la ley del talión, Código de Hamurabi, etc. es por eso que nace el derecho penal, para regular las acciones (hoy conductas) de la sociedad y proteger derechos (bienes jurídicos), como la vida, integridad personal, libertad de manera que se crean normas que deben ser respetadas y bajo la inobservancia pues tenía un castigo (sanción), que era la trabajos forzados, privación de libertad y en casos graves la muerte de la persona que no respeto el mandato de la ley.

En relación a la evolución del derecho penal Albán (2015) señaló lo siguiente:

La evolución de la sociedad, la aparición y la consolidación del estado de derecho y la necesidad de regular cuidadosamente el conjunto de sanciones, para limitar la actividad represiva a los casos indispensables y evitar las arbitrariedades del poder, dieron lugar a que este mecanismo de control y represión se regularizara y formara un sistema de normas que conocemos con el nombre de Derecho Penal. (p. 83)

Por otro lado, el derecho procesal penal tiene su génesis en el Derecho Romano, que dieron nacimiento a las mayoría de las instituciones que conforman el derecho procesal penal, es así, que tiene gran influencia del derecho canónico, del derecho francés con sus importantes modificaciones a partir de la revolución francesa de 1789, tanto del derecho civil y penal

napoleónicos, en especial el código penal francés de 1808, que sirvieron y sirven de modelos en especial para el derecho consuetudinario de Iberoamérica.

Se entiende que el derecho procesal penal, se asienta en tres posiciones fundamentales:

1. La Existencia de órganos de la jurisdicción
2. La existencia de un orden jurídico firme.
3. La decisión lógica de la prueba.

Estos elementos son considerados esenciales para el desarrollo del derecho procesal penal, que nació en Roma pero que fusionarón en España con el derecho germano con un tinte religioso y metafísico, siendo dos posiciones doctrinarias diferentes pero que al final se fusionaron para crear un tercera doctrina del procesamiento penal, que facilito el modo de juzgamiento hasta la actualidad, pues, se conserva el poder el *ius puniendi* a cargo de la Fiscalía General del Estado, el derecho a defensa, el aporte de pruebas y la sentencia. Pero también, establece una institución que se ha desarrollado con mayor doctrina y jurisprudencia como es la presunción de inocencia.

El derecho como doctrina y como sistema se desarrolla en Europa en especial el Italia, gracias a las ponencias de Locke, Montesquieu, Voltaire y que estas ideas fueron recogidas para organizar un sistema orgánico de leyes gracias a Cesar de Beccaria, quien es conocido con el padre del derecho procesal penal.

### **La prueba y su contenido constitucional**

La prueba persigue un fin objetivo que es apoyar el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos, por lo cual, como dedujo la prueba tiene un concepto polisémico, y desde el ámbito penal se debe analizar primero su contenido que tiene tres momentos esenciales, como es:

- La admisión
- La actuación, y
- Valoración

En razón, al contenido de la prueba nuestro sistema procesal no tiene una normativa que identifique reglas de admisión, de actuación y de valoración, la doctrina también no ha establecido criterios sobre estos puntos esenciales en el proceso penal.

En este orden de ideas, Perú, con su gran crecimiento dogmático y con resoluciones de sus altas magistraturas han establecido criterios para llenar estos vacíos que los legisladores (en nuestro país), han dejado y que han generado grandes problemáticas jurídicas.

La sala permanente de la Corte Suprema de Casación Penal de Monquegua (2002), dentro de la causa No. 281-2011, estableció lo siguiente:

3.3. El derecho fundamental a la prueba: Este Tribunal Constitucional ha señalado (cf. STCO 10-2002-AI/TC, FJ. 133-135), que el que se tiene a cada prueba tiene un sustento en la Carta Magna, por cuanto es un derecho inherente al debido proceso. En consecuencia se hace necesario que las partes consignen su material probatorio ante el operador de justicia con el fin de lograr el convencimiento del mismo para lograr una decisión favorable. Ahora bien es importante señalar que el derecho a la prueba contiene algunas limitaciones las cuales se encuentran vinculadas con otros derechos -límites extrínsecos-, como aquellos que derivan del propio derecho -límites intrínsecos. (p. 18)

La Corte Suprema de Casación Penal de Monquegua (2002) también señaló:

El derecho a la prueba se encuentra ligado al principio de presunción de inocencia el cual establece que toda persona que acude a un proceso debe ser tratado como inocente mientras no exista en su contra una sentencia definitiva ejecutoriada. Ahora bien ello no implica que el procesado no se va a defender, por tal motivo él tiene el derecho de consignar el material probatorio pertinente a los fines de poder demostrar su inocencia. El derecho a la prueba es esencial al debido proceso en consecuencia, la denegación del mismo o la inclusión de algún material ilegal al proceso traerá como consecuencia la nulidad del mismo. (p. 19)

Esta sentencia del estado peruano, le otorga a la prueba un carácter de derecho fundamental, que es el contenido propio de la prueba, y su fundamento es la Constitución, en nuestro país, si bien es cierto tanto la Corte Nacional de Justicia como la Corte Constitucional, no se han pronunciado específicamente sobre el contenido esencial de la prueba bajo el marco constitucional.

En este orden de ideas, nuestra Constitución bajo el garantismo imperante ha positivado los derechos humanos en dos grandes grupos. Los derechos fundamentales procesales, como es la tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y el debido proceso en las garantías de la defensa. Otro grupo, son los derechos constitucionales, como el derecho a la vida, la integridad física, libertad personal, educación, salud etc.

La prueba bajo su contenido esencial de la norma constitucional, existe la garantía de que si una prueba es obtenida con violación a la ley o directamente de la Constitución, esta prueba no tiene validez y además carecerá de eficacia probatoria. En este sentido, la Carta Magna, solo analiza la prueba ilegal e ilícita, como no determina su contenido ni su fin, como si desarrolla la Constitución del Perú, lo mas importante de la sentencia de Moqueguam son los limites extrínsecos e intrínsecos.

Este análisis es importante porque abre el camino para determinar si la prueba anunciada en la etapa preparatoria y evaluatoria de juicio, debe ser incluida o excluida, pero como esta normado Constitucionalmente, no establece para que fin, la prueba no tiene validez y carece de eficacia probatoria, simplemente garantiza su contenido subjetivo, que si vulnera la ley o la Constitución, pero no determina criterios de valoración es por ello, que el Código Orgánico Integral Penal, tampoco tiene criterios o reglas para admisión o inadmisión de la prueba.

Este vacío, ha generado que la decisión jurisdiccional de los jueces sea objeto de tacha de la opinión pública, además que son criterios o reglas, en esta etapa del proceso penal, se excluya prueba relevante o se permita prueba superflua. Es necesario analizar el contenido constitucional de la prueba, con lo cual, la creación de criterios vía doctrina se asegura un proceso penal que cumpla su objetivo la búsqueda de la verdad.

## **La prueba su valoración en los sistemas penales**

Posterior a la instauración del derecho penal, se ha transformado pasando por varias etapas, fases sociales, políticas, económicas, por lo cual, la doctrina insta que el derecho penal contemporáneo se encuentra en constante crisis por los cambios que afecta a la sociedad, por citar un ejemplo, en la edad media era imposible razonar que la naturaleza sea sujeto de derechos, pues la actual Constitución (Ecuatoriana) determina atribuye a la naturaleza como sujetos de derechos, y la normativa interna debe adecuarse para proteger estos derechos. Otro ejemplo, que resultaría impensable el delito de femicidio, el mismo que por el incremento de violencia contra la mujer ha sido necesario la incorporación de un tipo penal para su protección exclusiva por el hecho de ser mujer y protección de género.

Ante este avance también se crearon sistemas penales, los cuales han evolucionado conforme la sociedad y la incorporación de los derechos humanos, por lo cual, el poder punitivo del estado se ha ido limitando, desde un estado positivista a un naturalista, que se centra en un sistema inquisitivo y acusatorio adversarial, algunos estados incluso han realizado una amalgama creando un sistema mixto procesal penal.

### ***Sistema Inquisitivo***

El sistema Inquisitivo desarrollado en Europa y que fue adoptado por los países occidentales, la característica principal radica en que en este sistema una misma persona que es el juez, tiene la facultad de acusar y de juzgar, el ministerio público (Fiscalía en nuestro país), solo es un órgano auxiliar del juez que le brinda apoyo para la investigación, por lo cual, el juez está enmarcado en sancionar, es así, que no existen principios como el de imparcialidad del juez, pues recordemos que la solo la confesión del procesado podía ser prueba suficiente para su juzgamiento. El sistema es escrito, no existe el derecho al debido proceso, seguridad jurídica, el procesamiento se sustanciaba de manera secreta, es así, que rige el principio de culpabilidad contrario al de inocencia, en donde se presume la culpabilidad del procesado hasta que no se demuestre lo contrario, es así, que muchos inocentes fueron condenados en el mejor de los casos, en otros casos, condenados a la pena de muerte.

Bajo estas condiciones no se podía establecer una valoración de la prueba imparcial, puesto que el principio de objetividad no era base del proceso penal, pues, el juez investiga, instruye, sanciona y el principio que podría advertirse como protector del proceso penal no más del procesado era el principio de legalidad, prohibición de Retroactividad, principio de bien jurídico, principio nullum crimen sine conducta.

### *Sistema Acusatorio*

El sistema acusatorio y para algunos doctrinarios también lo vinculan como adversarial implica todo un cambio radical al sistema clásico inquisitivo; pues, este sistema que en la actualidad es iusnaturalista puro, implica la incorporación de varias instituciones y derechos humanos inmersos en el Derecho Internacional, pero reconocido por las constituciones contemporáneas y modernas, bajo el imperativo del Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social; pero es necesario enfocarnos en la prueba y como está afecta al proceso penal bajo este sistema acusatorio adversarial.

Como manifiesta el profesor Eduardo Jauchen (2017) en su obra, y que manifestó:

En el proceso penal la producción de la prueba es una especie de método de razonamiento que tiene como fin resolver con el mayor grado posible de certeza la tesis acusatoria que lo provoca, para lo cual, es necesario que el tribunal conozca profundamente los hechos y sus circunstancias. Este proceso penal necesariamente trae consigo el contrainterrogatorio como vía principal para materializar el principio de contradicción, dar confiabilidad a la prueba y controlar la veracidad de los testigos y peritos.  
(p. 87)

La doctrina expuesta se vincula con el art. 168 numeral sexto de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que estableció:

La administración de justicia tiene la obligación de aplicar los siguientes principios: 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral,

de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. (p. 62)

Del desarrollo de la norma constitucional, se analiza que el principio de contradicción forma parte del sistema de oralidad que rige al sistema acusatorio, advirtiendo que existen más principios que se vinculan entre sí como el dispositivo, concentración, congruencia, inmediación etc. Por estas razones, es que la valoración de la prueba en este sistema es de carácter objetivo por lo cual, se respeta integralmente la presunción de inocencia en donde el juzgador debe tener le convencimiento de la culpabilidad más allá de toda duda razonable y para ello es el aporte de la prueba y su valoración.

Para entender la valoración de la prueba que es un ejercicio del juez o del tribunal que juzga una conducta penalmente relevante, para tener claro su objetivo el profesor Ferrer (2013) estableció:

La valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación que nunca será igual a la certeza absoluta. Habrá que decidir ahora si la hipótesis puede o no declararse probada con el grado de conformación de que disponga. Esto depende del estándar de la prueba que se utilice. (p. 55)

Inundablemente también, se debe analizar que la prueba no sea ilícita o ilegal que son vicios que afectan a la valoración de la prueba, pues como se estudió su condición limita a la misma y no permite al juzgador examinar el carácter probatorio y llegar al convencimiento de la culpabilidad o ratificar la inocencia.

### **Importancia de la prueba indiciaria**

La prueba indiciaria o también conocida como prueba indirecta, tiene una gran connotación en el ámbito procesal penal, y esta se somete a varias consideraciones como su naturaleza, su estructura y la finalidad probatoria.

La doctrina en observancia a la prueba indirecta ha determinado su función, así, lo establece el maestro García (2010) que explicó:

La prueba por indicios es entendida por lo general, como aquella prueba que se dirige a convencer al órgano judicial de la verdad o certeza de hechos que no constituyen la hipótesis de incriminación, pero que, en atención a leyes científicas, reglas de la lógica, máximas de la experiencia, permiten tenerla razonablemente por cierta. Es tal la conexión lógica que existe entre los hechos probados y el hecho penalmente relevante, que no puede ponerse en duda la certeza de este último con la prueba de los primeros. (p. 55)

Por lo cual, la prueba indiciaria es esencial en el proceso penal que debe remitirse sin duda alguna a un estándar probatorio de una máxima del derecho más allá de toda duda razonable, por lo cual, debe realizarse un mayor rigor probatorio de la prueba indiciaria.

Esta actividad esencial debe producir una suficiencia probatoria hasta convertirse en una prueba relevante para el esclarecimiento del hecho y la búsqueda de la verdad. Para lo cual, la prueba indirecta es de llevar a conclusiones verdaderas por hechos debidamente acreditados.

### **Prueba ilícita y prueba ilegal en el proceso penal**

El derecho penal, como todas las demás ramas del derecho se basa en un código penal y un código de procedimiento penal, lo que en doctrina se conoce como derecho sustantivo y derecho adjetivo. El código de procedimiento penal, contiene la normativa para el juzgamiento de los tipos penales, dispone los principios e instituciones como medias cautelares, reales, de protección, la impugnación y demás propias del sistema acusatorio.

Entre estas instituciones, es de vital importancia la prueba pues es la herramienta, el medio para que el juzgador pueda formarse la realidad del hecho fáctico y su subsunción al tipo penal, para de esta manera establecer la responsabilidad penal o ratificar el estado de inocencia.

### **Definición de Prueba penal**

Para poder establecer un concepto de prueba es necesario colegir que existe varios doctrinarios alemanes, españoles, italianos, colombianos, ecuatorianos, que comparten ciertos elementos definatorios que se encaminan al hecho de probar para comprobar la realidad histórica

del hecho que se adapte al tipo penal, este hecho de demostrar se basa en el ejercicio de las pruebas que han sido obtenidas en el proceso investigativo y de instrucción (procesamiento ecuatoriano), es esa así, que existen varios autores que conceptualizan a la prueba en materia penal bajo la óptica jurídica y destacamos algunos.

Para la doctrina alemana y en conocimiento jurídico del jurisconsulto Adolfo Schönke (1978), conceptualizó a la prueba como: “La actividad de las partes y del juez encaminada a proporcionar al juez la convicción de la verdad o falsedad de un hecho” (p. 29).

Por otro lado, el maestro Prieto-Castro (2005), de la prueba y concepción determinó: “Es la actividad que desarrollan las partes con el Tribunal para aportar a los jueces la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a los efectos del proceso” (p. 38)

Para concluir de manera académica el maestro Devis Echeandía (2017), nos da una noción completa de la prueba y estableció:

Probar es aportar al proceso, por lo medios y procedimientos aceptados de la ley los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre hechos. Prueba judicial (en particular) todas aquellas razones que son aportadas al proceso por las partes que tiene como obtener una decisión favorable a los proponentes. Por otra parte se puede señalar que la prueba es suficiente en el proceso cuando de muestra los hechos alegados, y es obtenida de acuerdo al procedimiento establecido en la ley. (p. 75)

### **La prueba penal y su objeto**

Establecido el concepto de prueba, encierra el objeto de la prueba, es decir, cual es la finalidad de la prueba como institución dentro del proceso penal, para que sirva y su relación con la decisión del juez al momento de resolver.

## **Tendencias actuales y legislación comparada de la prueba penal**

Como todas las instituciones del derecho penal la prueba también ha sufrido constantes cambios, en especial por los sistemas penales como se apareció en líneas anteriores, entre el sistema procesal inquisitivo y el acusatorio, es por ello, que frente a este cambio también surgen teorías de la pena, que se adecuan a los sistemas penales y de las escuelas penales, para que el juzgador, el fiscal, el abogado tengan herramientas que se enmarquen en la constitucionalidad y legalidad.

La tecnología a nivel global ha transformado las relaciones sociales, las comunicaciones e incluso se ha degenerado una nueva rama del derecho penal que es el informático con sus estudios sobre cyber-delitos. Por otro lado, también estas herramientas tecnológicas también han transformado la prueba en el procesamiento penal, por citar un ejemplo; en la actualidad se puede solicitar la interceptación de llamadas, mensajes de texto, de whatsapp y su encriptamiento, que después de periciadas sirven como prueba para el juzgamiento de delitos de asociación ilícita.

### **Pruebas Científicas de ADN**

La prueba científica de ADN, que se basa en el contenido de fluidos como los sanguíneos, nasales, y demás, que portan este conjunto genético y que con ayuda de peritos expertos en materia (genética); ayudan a identificar si estos fluidos corporales pertenecen al procesado, a la víctima o un tercero, por medio de la secuencia de una cadena de los nucleótidos, en donde su efectividad de la pericia es de 99.99%, es decir, es una prueba científica nueva y que su espectro se está ampliando en materia penal, y que es una herramienta de prueba de cargo y de descargo.

Esta ha instituido en una nueva rama de la criminalística y ciencias forenses, basada en la Biológica, ante esta nueva forma pericial, doctrinarios determinan que para la procedencia de esta prueba, es necesario una toma de muestra en especial de los sospechosos o procesados, lo que genera una violación al derecho a la intimidad, por que, cuanto degenera este derecho fundamental. La extracción de muestra de sangre para realizar su análisis de ADN, la resolución de la Comisión Europea de Derechos Humanos No.- 8278-1978, de fecha 13 de diciembre de

1979, establece que la toma de muestra de fluido sanguíneo no vulnera el derecho a la integridad, tampoco se atenta al derecho a la integridad física, no lo considera como un trato degradante o inhumano. Este mismo criterio se aplicable a la toma de muestras de semen, de saliva, de cabello, del bello humano y sobre los demás órganos que pueda contener ADN.

Por otro lado, también es necesario determinar si existe una vulneración al principio de autoincriminación al momento de someterse a la extracción de muestras, pero existe una contradicción al momento de ponderar derechos en especial en casos como violadores en serie, que es necesario realizar esta prueba para resolver su responsabilidad, ante esto, el artículo 8 de la Declaración Internacional sobre datos Genéticos Humanos (2003) estableció lo siguiente:

a) Para recolectar datos genéticos humanos, datos proteínicos humanos o muestras biológicas, sea o no invasivo el procedimiento utilizado, y para su ulterior tratamiento, utilización y conservación, ya sean públicas o privadas las instituciones que se ocupen de ello, debería obtenerse el consentimiento previo, libre, informado y expreso de la persona interesada, sin tratar de influir en su decisión mediante incentivos económicos u otros beneficios personales. Sólo debería imponer límites a este principio del consentimiento por razones poderosas el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos. b) Cuando, de conformidad con el derecho interno, una persona no esté en condiciones de otorgar su consentimiento informado, debería obtenerse autorización de su representante legal, de conformidad con la legislación interna. El representante legal debería tomar en consideración el interés superior de la persona en cuestión. c) El adulto que no esté en condiciones de dar su consentimiento debería participar, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización. La opinión del menor debería ser tomada en cuenta como factor cuyo carácter determinante aumenta en proporción a la edad y al grado de madurez. d) En el terreno del diagnóstico y la asistencia sanitaria, sólo será éticamente aceptable, por regla general, practicar pruebas o crifrados genéticos a los menores de edad o los adultos incapacitados para dar su consentimiento cuando de ahí se sigan consecuencias importantes para la salud de la persona y cuando ello responda a su interés superior. (p. 7)

Como se puede analizar, existe la disposición imperativa que para la extracción de las muestras se utilice un procedimiento no invasivo y además se debe tener el consentimiento previo, es decir anterior a la disposición de la extracción de la muestra, libre que no exista coacción económica ni psicológica, informado sobre el procedimiento y el fin de la muestra, y expreso debe ser autorizado mediante escrito, que conste su consentimiento sobre los hechos, ante lo cual, parecería que existe una limitante al momento de ordenar estas prueba pericial, pero la misma Declaración advierte que se podrá imponer límites al consentimiento, es decir, se puede establecer no una vulneración sino una protección al procesamiento penal por razones poderosas del derecho interno, estas razones poderosas es la legislación penal interna y política criminal de cada estado en relación que el derecho colectivo debe prevalecer sobre el derecho individual, de esta manera, en un procesado que existan graves indicios de responsabilidad sobre delitos de violaciones en serie, esta regla de protección se limita a razones de orden interno.

En el caso del Ecuador, no existe una normativa clara que puede sustentar la extracción de muestras, pero la solución, estaría no en realizar una normativa sino la creación de laboratorios que guarden información genética de los individuos que forme parte del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, es decir, que actúe como un registro de información genética.

### **Información de redes sociales contenidos en la nube**

La tecnología, cada día crea una conexión íntima entre las personas y los dispositivos en especial los teléfonos móviles, computadores portátiles y las redes sociales, es así, que en la actualidad está en desarrollo una nueva rama del derecho que es el derecho informático, que incluye un estudio sobre los cyber delitos, la creación de normativa y en especial el desarrollo de tecnología para combatir la tecnología.

Este avance ha determinado un abanico en relación a estos delitos novísimos como son por medio de programas de lenguaje informático, los llamados hacker que crean programas análogos e ingresan los programas de bancos, gobiernos en donde roban información reservada, datos personales y que posterior son utilizados para cometer otros delitos como extorsión en la mayoría de los casos.

Otro problema actual, es la utilización de redes sociales, como Facebook, Instrgram, whastapp y demás, que utilizan una plataforma del espectro especial, que se denomina como nube, en donde un usuario de cuentas de correo electrónico de google, gmail, Hotmail, cuentas de telefonía como Samsung, iphone, entre otras puedan almacenar esta información en esta plataforma de manera gratuita o pagada, lo que le brinda al usuario la facilidad de guardar toda esta información en la nube. Esta información, no se borra de la nube, puede ser borrada del dispositivo (celular, laptop); es así, que cuando estas redes sociales son utilizadas para cometer delitos, o de manera espontánea se grabó un hecho ilícito, expertos en criminalística con ayuda de programas desarrollados en especial en Israel y que se reserva el nombre por cuestiones de seguridad, tienen la posibilidad de ingresar a la nube, desbloquear y descargar toda la información, lógicamente, que este procedimiento se lo realiza con permiso del dueño del dispositivo y con autorización judicial, respetado derechos constitucionales.

Un problema, que surge es cuando, la información se encuentra en una página web, como sucede en Facebook, en donde se puede determinar el IP, pero para proceder a su información, es necesario solicitarla a los prestadores del servicio, y en este sentido esta información para descryptar los datos no puede ser avalada, pues, nuestro país no está suscrito al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, de Budapest de 23 de noviembre del 2001, lo que genera una gran limitante, para la obtención de pruebas del ciberespacio.

### **Análisis del numeral 6 del artículo 454 del código orgánico integral penal**

El Código Orgánico Integral Penal (2018), en su numeral 6 estableció lo siguiente:

Toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos que se encuentran 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. (p. 148)

Este articulado, explica con taxatividad la prueba y los principios rectores que vigilan el proceso de anuncio y práctica de la prueba, en especial, sobre el principio de exclusión de la prueba, y este principio se efectiviza en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, en donde

se anuncia la prueba que se evacua en la etapa de juicio, cuya finalidad se encuentra dispuesta en el art. 601 de Código Orgánico Integral Penal (2018) que estableció:

Tiene como finalidad conocer y resolver sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento; establecer la validez procesal, valorar y evaluar los elementos de convicción en que se sustenta la acusación fiscal, excluir los elementos de convicción que son ilegales, delimitar los temas por debatirse en el juicio oral, anunciar las pruebas que serán practicadas en la audiencia de juicio y aprobar los acuerdos probatorios a que llegan las partes (p. 195)-

De conformidad al artículo precedente, la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio en donde los sujetos procesales deben anunciar las pruebas que serán evacuadas en el en juicio, y determinar su exclusión, por lo cual, el art. 604, numeral cuarto, literal c. del Código Orgánico Integral Penal (2018) que señaló lo siguiente:

c) Solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba, que estén encaminadas a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba. La o el juzgador rechazará o aceptará la objeción y en este último caso declarará qué evidencias son ineficaces hasta ese momento procesal. (p. 196)

Una vez, que se ha identificado el principio de exclusión vinculada a la institución de la prueba, es necesario determinar que se entiende o como se define excluir desde la óptica de la prueba, de la terminología excluir, se deduce gramaticalmente que quiere decir alejar, apartar, en el contexto de la prueba en materia penal, es dejar sin efecto jurídico constitucional una prueba que dentro del proceso esté viciada de ilegitimidad o ilegalidad, por lo cual, se convierte en un principio que sirve de fundamento a la garantía de la defensa en consecución del derecho al debido proceso. Por lo tanto, el artículo 454 numeral 6; no debe ser considerado como un requisito más de formalidad de la sustanciación de la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, pues, debemos recordar que dar paso a una prueba ilícita o ilegal, tiene como consecuencia próxima (no efectiva), el resultado de culpabilidad del procesado, y que en instancias superiores puede generar nulidad a costas incluso del mismo juez o fiscal que inobservo este principio.

Para un mejor comprensión, nos remitimos a lo manifestado por Quinchuela (2017) señaló:

En conclusión la exclusión de la prueba en materia penal es una garantía procesal que goza de institucionalidad, la cual permite y garantiza a todas las personas que sometidas al examen judicial por intermedio de los administradores de justicia tengan la certeza que no serán juzgados en base a pruebas que no gozan de legalidad y legitimidad, y que los fallos que reciban no serán basados o infundados en pruebas ilícitas que son el hallazgo inevitable o el producto de los frutos del árbol envenenado, mismos que no se constituirán jamás en prueba juicio por su ilicitud por falta de legalidad; ahora bien en cuanto al momento procesal oportuno para alegar la exclusión de la prueba el mismo corresponde ser alegado en la Audiencia de Evaluación y Preparatoria de Juicio, audiencia que tiene por finalidad evaluar la sustanciación de la causa en base a un control de legalidad y la verificación de la existencia de vicios formales, así como también como finalidad de esta audiencia tiene objeto preparar la causa mediante sus anticipos probatorios a fin que la misma continúe con su persecución en la subsiguiente etapa (etapa de juicio) pero la exclusión de prueba no basta solo con la solicitud o la alegación de las partes procesales, no basta con la alegación de la defensa técnica y no basta solo con la imputación objetiva del titular de la acción penal pública”. (p. 1)

Es necesario que los operadores de justicia para atender una exclusión de la prueba deban realizarlo conforme a las alegaciones y argumentos válidos, orientando a la legalidad o ilicitud de la prueba, que sean alegados por los sujetos procesales con el respeto y concepción de garantista de los derechos.

Por otro lado, los defensores públicos o privados, al momento de solicitar la exclusión de la prueba, no solo debe ser solicitada, sino que debe ser debidamente motivada haciendo conocer la ilicitud o ilegalidad en la obtención y que degenera su objetividad a la norma o la vulneración de derechos fundamentales.

### **El juez frente la admisión y exclusión de la prueba**

El nuevo sistema de oralidad garantizado en su art. 168, numeral 6 por la Constitución de la República del Ecuador (2008) dispuso lo siguiente: “6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo” (p. 62).

La norma constitucional por su carácter es dispositiva es así, que conservando este carácter, impone al juez quien es el encargado de administrar justicia, cumplir deberes y ejercer atribuciones que están guiadas por principios en este marco constitucional, determina que la sustanciación de los procesos en todas las materias del derecho incluida la penal, además regulariza etapas lo que subsume a la etapa de evaluatoria y preparatoria de juicio por lo cual, el juez penal debe garantizar el cumplimiento de los siguientes principios como es concentración, contradicción y dispositivo, por lo cual, al momento de excluir o admitir una prueba debe ser analizada debidamente.

El análisis debido impone al juez que su aceptación de excluir la prueba o su negativa debe ser fundamentada, en primer orden si es ilícita establecer las razones de vulneración de derechos constitucionales vinculados al derecho al debido proceso, y por otro lado si es ilegítima su afectación al procesamiento penal por incumplimiento de norma, y debe cumplir con lo que dispone el art, 76, numeral 7, literal l de la Carta Magna. Esta decisión debe ser realizada de manera oral, no solo por cumplir el mandato constitucional sino porque los sujetos procesales deben saber por qué se excluye la prueba o por que la admite, de este manera deben buscar alternativas para suplir la falta de prueba en la etapa de juicio o realizar una estrategia de defensa a la prueba admitida. Además, porque el auto de llamamiento a juicio debe ser motivado de manera oral en la audiencia.

### **El sistema acusatorio y la institución de la prueba**

El Derecho penal actual tiene como objetivo minimizar el poder coercitivo del Estado, con la implementación de mecanismos alternativos a la solución de conflictos en delitos considerados de menor tensión penal y que de manera leve vulneran bienes jurídicos protegidos. Ante los delitos que causan graves lesiones a bienes jurídicos protegidos, es necesario activar el ius puniendi del estado para mantener el orden y paz social, siendo el resultado la restricción de

la libertad, y es por ello que las pruebas deben tener un tratamiento de valoración minucioso en base a principios, doctrinas, jurisprudencia evitando su ilegalidad e ilicitud.

### **La prueba su práctica y finalidad**

En el sistema acusatorio, la prueba debe ser valorada de manera objetiva por el juez unipersonal o colegiado (tribunal); puesto que la presunción de inocencia debe ser desvirtuada por pruebas, deben establecer el conocimiento y certeza del hecho que se subsume a una conducta penalmente relevante. La prueba en el sistema inquisitivo servía para confirmar la culpabilidad en el sistema acusatorio para desvanecer el estado de inocencia, por lo cual, se debe utilizar argumentos lógicos jurídicos, pruebas que enlacen la materialidad del hecho con la responsabilidad penal, que en nuestro sistema penal, se considera como el nexo causal.

Nexo causal, que es la vinculación entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad, si bien estos para muchos doctrinarios se analiza en la etapa de juicio, no es menos cierto que nuestro sistema penal (COIP); como ya se manifestó en líneas up supra existe la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio, amén de lo cual, el juez debe analizar las pruebas anunciadas y determinar su exclusión, por lo tanto, hace un análisis de la prueba en relación a su legalidad o ilicitud.

### **La prueba y su finalidad**

Con el propósito de establecer un criterio doctrinario sobre la finalidad de la prueba, una parte de la doctrina la confunde con el objeto de la prueba (tema probandi); otro sector lo analiza como la función de la prueba, es decir, analizan a esta institución desde varios puntos de vista y no existe un criterio unánime que satisfaga cual es en si la finalidad de la prueba.

Ante esto, se debe analizar criterios de expertos que defienden la postura tradicional y la postura moderna de esta institución. La posición tradicional, se fundamenta en que en relación a los argumentos introducidos por los sujetos procesales vinculados a la prueba se establece un vínculo entre los hechos facticos con la conducta del procesado, es decir, establecen una aproximación a la realidad del hecho con el derecho, en donde el juzgador puede subsumir si las pruebas aportadas se ajustan a los hechos facticos establecidos por la fiscalía o por la defensa, y realizar un ejercicio de silogismo jurídico para establecer una conclusión. Algunos consideran

que la prueba son instrumentos, mecanismos, herramientas que se utilizan para este objetivo de juzgar.

Es así, que el tratadista Framarino (1964) dispuso lo siguiente:

La prueba es, pues, por este aspecto el medio objetivo a través del cual la verdadera logara penetrar en el espíritu; y como este puede llegar en relación con el objetivo y por intermedio de las pruebas, o sea es la simple credibilidad, sea a la probabilidad, o a la certeza. (p. 77)

Por otro lado, la postura moderna de la finalidad de la prueba, descarta que el juez tenga una aproximación de realidad procesal, es decir, de los hechos facticos subsumidos a las normas legales penales. En este caso, la prueba debe encaminar al juez para que llegue a la conclusión de llegar a la culpabilidad más allá de toda duda razonable, por lo tanto, el trabajo para llegar a una decisión judicial como es la sentencia de carácter condenatoria o ratificatoria de inocencia, en donde el juzgador debe acoplar los hechos facticos a las pruebas para fundamentar su decisión.

### **Práctica de la prueba**

La sustanciación de la prueba se la realiza en la etapa de juicio, bajo las normas penales específicas como lo dispone el art. 615, 616 y 617 del COIP, que es lo procesalmente establecido, pero la prueba no solo debe alojarse en su parte procesal, debe estar inmersa bajo los principios que permiten una adecuada evacuación, entre los principales derivados del sistema de oralidad como son concentración, contradicción y dispositivo, dispuestos en el art. 168 numeral sexto de la CRE; además de que se incorporan mas principios para la evacuación de la prueba, que para que surta efectos deben haber superado la exclusión probatoria.

Principalmente, se debe considerar que prevalece sobre la exclusión de la prueba esta no esta sujeta de ilicitud ni de ilegalidad, y que una vez evacuada el juzgador debe valorar la prueba en su conjunto para resolver el problema jurídico o proceso penal.

## **La prueba sus principios y su relación con la valoración epistemológica**

La valoración de la prueba se fundamenta bajo el principio de legalidad, en materia penal y bajo el sistema acusatorio se debe determinar si la prueba que se pretende evacuar y valorar no vulnera derechos constitucionales para su obtención, caso contrario estaríamos frente a una exclusión de la prueba y adicionalmente cumplir con los principios de inmediación y contradicción. Estos problemas han sido discutidos dentro de la dogmática penal procesal, siendo la institución de la prueba la que se ha sometido a varios análisis y estudios que no recaigan en la falta de eficacia probatoria.

Como lo explica el maestro Parra Quijano (2008), quien manifestó: “Efectivamente los hechos pueden ser afirmados o negados, pero de todas maneras lo que se prueba son los hechos y no las afirmaciones, ya que estas son simplemente manifestaciones” (p. 33)

La valoración de la prueba tiene su génesis en sus principios, en sus fundamentos, en su dogmática y en teorías que han evolucionado y contradecido para llegar a la verdad de los hechos y su base probatoria para que el juez analice con certeza la culpabilidad o por el contrario ratifique el estado de inocencia.

La doctrina procesal penal ha establecido varios principios para una adecuada valoración de la prueba y el COIP en su art. 454, los principios propios para el procesamiento penal ecuatoriano.

### **Principio de Oportunidad**

Este principio versa sobre el momento idóneo para que los sujetos procesales puedan anunciar la prueba, que será evacuada en la audiencia de juicio, en el Ecuador, este principio de oportunidad se cumple en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. Excepcionalmente en audiencia de procedimiento expedito, la prueba se anuncia en la fase de prueba, en donde se anuncia y evacua la prueba por parte de los sujetos procesales.

### **Principio de Inmediación**

Es un principio esencial en un procesamiento penal, en especial en la etapa de juzgamiento en donde los sujetos procesales deben estar presentes durante todo el proceso de evacuación de la prueba, para garantizar otros principios como el de contradicción.

### **Principio de Contradicción**

Para la Dogmática este es un principio fundamental que se vincula directamente con el principio de oportunidad pertinencia e igualdad probatoria. Con la observancia de este principio los sujetos procesales pueden contradecir la prueba, admitirla, preguntar y repreguntar, con el fin de aseverar los hechos, fundamentar sus alegatos y consolidar su defensa para que el juez valore la prueba y pueda formar el criterio de la veracidad probatoria y la realidad histórica de los hechos.

### **Principio de Libertad Probatoria**

Es un principio considerado como valedero de legalidad en tanto y cuanto los sujetos procesales pueden acudir a todos los tipos de prueba para probar sus argumentos, hechos facticos y jurídicos, pero los mismos no pueden caer en el ámbito de ilegalidad o ilicitud de la prueba. En este orden de ideas, debe respetar la Carta Magna, los Tratados Internacionales, sentencias de la CIDH, sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, jurisprudencia de la Corte Nacional y la doctrina.

### **Principio de Pertinencia**

Es considerado como un principio fundamental en el cual, el cual se vincula con el principio de libertad probatoria, en el sentido de que los sujetos procesales deben anunciar y evacuar pruebas que se refieran exclusivamente a los hechos y que la misma pueda probar la materialidad y responsabilidad de la persona sometida a juicio; este principio fortalece a la argumentación de la teoría del caso, alegato inicial y genera la certeza al juzgador de la culpabilidad o ratificatoria de inocencia fuera de toda duda razonable.

### **Principio de igualdad de oportunidades para la prueba**

Este un principio debe guardar relación entre la igualdad material y formal de los sujetos procesales para que todos los intervinientes en el procesamiento penal, tengan acceso a justicia, se respete las garantías del debido proceso, y la observancia de no vulneración de derechos constitucionales.

### **Principio de adquisición de la prueba**

También se la denomina como comunidad de la prueba, este principio considerado como auxiliar en la valoración de la prueba se funda en el hecho de que si una prueba que ha sido debidamente anunciada la misma puede beneficiar a los sujetos procesales, así la prueba no haya sido aportada por quien la dedica asumir para su defensa o acusación.

### **Principio de Oralidad**

Este principio de oralidad determina que toda la evacuación e incluso la motivación de prueba debe ser hablada, que los sujetos procesales puedan escuchar para que se efectivice los demás principios que permita una adecuada valoración de la prueba. En el sistema procesal ecuatoriano el principio de oralidad funciona como un sistema que lo contempla el art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador.

### **La prueba y sus reglas de la valoración**

El sistema penal ecuatoriano por ser reglado, contiene en una norma orgánica penal, varias reglas que deben ser observadas por los operadores de justicia, para alcanzar un razonamiento lógico, jurídico y deductivo de la prueba y de esta manera el juez pueda declarar una responsabilidad o ratificar la inocencia, para esto también debe estrictamente analizar las reglas de valoración de la prueba.

### **Presunción de Inocencia**

La presunción de inocencia en especial por la garantismo constitucional de nuestra Carta Magna, establece que se debe ser observado como una regla de valoración de la prueba, por lo cual, la prueba por parte de la fiscalía debe destruir esta garantía constitucional y en contrario

sensu la defensa debe fortalecer la presunción de inocencia; en donde el juez, debe aplicar siempre el sentido a favorable o de duda al procesado.

### **Veracidad probatoria**

Está encaminada a buscar la verdad, esta regla es fundamental al momento de realizar una valoración el juez, y existe niveles de verdad como lo expone el maestro Davis Echeandía (ECHENADÍA, 1961) que establece que existe tres niveles y que son:

- a). Prueba de la verdad
- b). Certeza; y,
- c). Fijación de los hechos.

La veracidad probatoria, permite al juez construir un esquema de paso a paso sobre los hechos fácticos, como sucedió el hecho punible y si la conducta se adecua a un tipo penal que sea relevante para el derecho, es decir, realizar el ejercicio de subsunción de al tipo penal por la violación de la norma o del bien jurídico protegido.

### **Ponderación valorativa**

Esta regla si bien se desarrolla en el contexto constitucional, en el plano penal tiene un interés especial al momento de valorar la prueba en ponderar si cumple con los principios de valoración de la prueba para determinar si ha sido aplicada de manera correcta y adecuada. Tomando en consideración el criterio de la CIDH, sobre el test de proporcionalidad, para la ponderación valorativa, se debe establecer la valoración que sea idónea la prueba para demostrar los hechos, que sea necesaria para justificar los alegatos y que sea en sentido estricto valorativa por el juzgador.

### **La prueba y su análisis en el sistema acusatorio**

El sistema acusatorio, en el derecho penal moderno ha transformado las actuaciones de los sujetos (antes partes) procesales, como en el caso de la fiscalía en donde era un auxiliar de

juez para la investigación, su decisión en relación a la investigación no tenía mérito de consideración. El principio de culpabilidad era fundamental en el sistema inquisitivo a diferencia del sistema acusatorio que se respeta el principio de presunción de inocencia con lo cual, se limita el ius puniendi del Estado, y se empiezan a efectivizar las garantías procesales constitucionales y penales. Se resuelve observando la jurisprudencia, la sentencias de la Corte Constitucional y la doctrina.

La doctrina es una herramienta innovadora en el derecho penal que coadyuva a la modernización del derecho penal, la aplicación de escuelas, teorías, que son un eje de ejecución del proceso penal. En el caso de valoración de la prueba, la doctrina ha marcado un interesante andamiaje entre la valoración de la prueba y el sistema acusatorio moderno. Para establecer una adecuada valoración de la prueba, en especial desarrolladas en el sistema inquisitivo, se determinarán las mayormente sean sido utilizadas:

### **Teoría del Fruto del árbol envenenado**

Se basa estrictamente a las pruebas obtenidas de manera ilícita, y que en la etapa de juzgamiento, están impedidas de ser utilizadas dentro de la misma investigación o en otros procesos investigativos. Esta doctrina afecta a todas las pruebas que se deriven de la primera obtenida ilícitamente de manera directa o indirecta, que en el fondo son pruebas viciadas, por lo tanto, deben ser declaradas nulas.

En este contexto, bajo el principio de contradicción propio del sistema acusatorio, se puede refutar tanto, la prueba ilícita como la prueba ilegal; es decir, como se analizó up supra, la prueba obtenida bajo vulneración de derechos constitucionales y la prueba que violenta el principio de legalidad.

El antecedente dogmático de esta teoría, tiene su base en el sistema de justicia de Estados Unidos que trata sobre el caso Silverthorne Lumber Company en contra del Gobierno de EEUU; este caso se versa sobre la decisión de la Corte Suprema de 1920. El caso se inicia por una investigación en contra del señor Silverthorne Lumber y su hijo por un delito de evasión tributaria. El señor Silverthorne Lumber y su hijo, fueron detenidos temporalmente para investigaciones, durante este lapso de tiempo, es decir, mientras estaban detenidos en las oficinas

de la policía, los agentes (policiales), sin tener una orden judicial ingresaron a las oficinas de la compañía en donde confiscaron varios documentos entre ellos libros de contabilidad, de cuales obtuvieron fotografías y copias. Producto, de este allanamiento no autorizado judicialmente, al señor Silverthorne y a su hijo, se inició dos investigaciones, la primera por un crimen menor (delito menor); y la segunda por un delito mayor de evasión de tributos.

Bajo estas circunstancias, la defensa en su argumento se centró en la obtención de la prueba sin haber sido dispuesta por un juez, para lo cual, se fundamentaron en la cuarta enmienda, que es entendida como el derecho de todo ciudadano a su integridad, de sus hogares, documentos, ante registros que no estén obtenidos bajo la razonabilidad, ni tampoco cuenten con una orden de allanamiento y registro. Es así, que el tribunal de primer nivel, aceptó parcialmente la petición en que sean devueltos los documentos originales, mas no las copias que los agentes policiales habían realizado de esos documentos. Esta decisión fue apelada ante la Corte Suprema, quien razona que el fundamento de la cuarta enmienda no solo hace una prohibición de obtención de evidencia, sino que esta se afecta a todas las demás pruebas que se derivan y se obtienen de esta prueba y que no puede ser utilizada en absoluto en este caso ni en ningún otro caso. Con lo cual, se configura esta teoría del “frutos del árbol envenenado”.

Esta teoría tiene sus excepciones, que se han establecido un análisis de casos posteriores como *Week* y *USA*; también basada en la violación de la cuarta enmienda, y las excepciones se expresan en:

- a) El descubrimiento de información que en un inicio fue obtenida de manera ilegal, se puede descubrir esa información por una fuente diferente; como por ejemplo copias de los libros de contabilidad de una agencia bancaria; esta fuente debe ser separada del proceso y de debe también ser independiente.
- b) Cuando la investigación procesal descubra la información, evidencia, indicios, y demás de manera inevitable, a pesar de que un inicio esta evidencia es de una fuente contaminada en *prima face*.
- c) La relación de la conducta de quien realiza un acto ilícito lo vincule directamente con la relación causal del hecho y que la información considerada contaminada no sea suficiente para descartar una responsabilidad.

- d) Cuando se analiza la buena fe con que se actuó al momento de obtener la información, en especial, cuando se protege que esta evidencia pueda ser movilizada, oculta o pueda desaparecer.

### **Teoría de la Fuente Independiente**

Aunque, se deriva de una excepción de la teoría del furto el árbol envenenado, en la actualidad se estudian como teorías propias para validar actuaciones investigativas en especial en captación de evidencias que han sido catalogadas como “fuentes contaminadas”; y que por la naturaleza propia de la investigación de forma independiente y separada se obtiene estas evidencias, por citar un ejemplo; cuando se realiza una denuncia de un video de pornografía infantil, que circula de manera restringida y un ciudadano denuncia en la fiscalía que conoce el origen del video, es decir, a quien lo produce, por que es su vecino y entrega eso videos, ante lo cual, la policía sin mediar orden de allanamiento ingresa al domicilio del denunciado y encuentran, cámaras, juguetes sexuales, niños, adultos, al propio denunciado y los videos. Estos videos que son la prueba madre o principal, ya no pueden ser alegado como una fuente contaminada, puesto, que su obtención fue también por una fuente independiente.

Esta teoría en nuestro país, esta teoría, no puede ser aplicada, en razón, que para el otorgamiento de una orden de allanamiento, debe existir una investigación previa, sobre la cual, la fiscalía investiga, y, en el transcurso de la investigación se obtiene información sobre pruebas, como lo dispone el art. 480 numeral 5, del Código Orgánico (2018) Integral Penal que estableció: “cuando se trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan elementos probatorios o estén vinculados al hecho que se investiga. En estos casos se procederá a la aprehensión de los bienes ” (p. 110). Por lo tanto, lo que se necesita es la autorización judicial para obtener pruebas sobre el hecho lesivo investigado.

### **Teoría del descubrimiento inevitable**

Esta teoría, tiene su fundamento, en relación a las circunstancias del descubrimiento, es decir, si se obtuvo una evidencia de fuente contaminada, y producto de las investigaciones se llega al resultado primero, entonces, este descubrimiento es inevitable es un actuar de

condiciones causales que no se vinculan entre si, como ejemplo siguiendo el anterior, que los videos hayan sido descubiertos también en la oficina del denunciado de donde distribuía los mismos, inevitablemente llegaban a su condición de autor del hecho lesivo.

En el caso del procesamiento penal ecuatoriano, el descubrimiento de esta evidencia, por si solo, puede generar un delito flagrante, pero si se encuentra aperturada una investigación previa, esta evidencia debe adjuntarse a las demás, bajo el cumplimiento de la cadena de custodia y demás protocolos, cuidando siempre el debido proceso.

### **Teoría de la prohibición de valoración**

Esta teoría ha sido desarrollada de sobre manera por el Tribunal Constitucional Español y que también se la conoce como “conexión de antijuricidad”, establece la limitación de utilizar una prueba de fuente contaminada y que este establecida como ilegal e inconstitucional, además establecen que las pruebas que se han obtenido de manera directa derivadas de la fuente contaminada y las indirectas no tienen valor jurídico probatorio, así están, hayan sido obtenidas de buena fe. El Tribunal Constitucional Español (1999) estableció lo siguiente:

Las pruebas que de hecho están indisolublemente unidas con la prueba primariamente viciada y, aquellas pruebas en que esa indisoluble conexión fáctica no se da. En las primeras, dicha conexión es indudable desde una perspectiva meramente interna y no pueden ser valoradas en ningún caso sin infringir el artículo 24.2 de la Constitución, ya que lo que accede al juicio a través de estas pruebas es pura y simplemente el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita. Respecto de las segundas, es preciso realizar un juicio para valorar si, también desde una perspectiva externa, se han de tener en cuenta las necesidades de tutela del derecho fundamental, que cabe inferir de la índole del derecho vulnerado, de la entidad de vulneración y de la existencia o inexistencia de dolo o culpa grave (p. 33).

Esta sentencia ha sido un referente jurisprudencial que no vincula a la imparcialidad del juez, y que es compatible con las decisiones de la Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Continuando con el ejemplo, si de los videos que fueron obtenidos de fuente contaminada, sin haber tenido otros medios de obtención, de este se desprende que dentro de estos videos uno de los protagonistas es un empresario, y por ello deciden establecer su participación, esta accionar de la fiscalía sería inconstitucional en razón de que es una prueba directa derivada de la declarada inconstitucional. Por otro lado, si producto de estos videos, para mejorar la calidad del mismo, se han utilizado una licencia de un producto informático, y también la fiscalía decide vincular la participación de la empresa proveedora, esta prueba indirecta también no debe ser valorada por su obtención ilegal. En todo caso, existe una conexión antijuricidad en la obtención de las pruebas.

En este caso, declarada la ilegalidad o ilicitud de la prueba en el caso ecuatoriano, existe tres posibilidades. La primera la declaratoria de nulidad, un sobrecimiento o en la etapa de juicio por el carácter valorativo de la prueba ratificar inocencia. Generalmente, no deberían admitirse estos medios probatorios o elementos de convicción en la audiencia evaluatoria o preparatoria de juicio. Entonces, la viable, es de declaratoria de nulidad para que la fiscalía obtenga las pruebas sin vicios de legalidad o ilicitud.

### **Supremacía Constitucional**

La prueba en el sistema acusatorio actual, aunque para algunos doctrinarios establecen que nuestro sistema es mixto (penal y acusatorio); debe ser analizada bajo la óptica tratada en líneas anteriores, es decir, si no es ilegal o ilícita, es por ello, que la normativa establece que la prueba obtenida con violación a los derechos humanos, contemplados en la Constitución, en los Tratados Internacionales y en la propia ley, carecen de eficacia probatoria, en este caso, se vincula a lo que dispone el art. 76 numeral cuarto de la Carta Manga, que en sustancialmente las pruebas obtenidas o actuadas violando la misma o la ley, como primer efecto no tiene validez ni tampoco eficacia probatoria.

La vinculación a la ley, en cuanto a la prueba en la Constitución del Ecuador, protege el derecho al debido proceso de los sujetos procesales por su carácter garantista, se efectiviza con la supremacía constitucional, que es una regla sobre la cual, los sujetos procesales y en especial los jueces advertir para su valoración.

La supremacía constitucional, es una garantía universal de los estados constitucionales de derechos y justicia social, otorgándole el soberano un súper poder a la Constitución, por ser los

derechos de clausula abierta, el principio de convencionalidad y bloque de constitucionalidad, es así, que el art. 424 de la Constitución de la República de Ecuador . (2008) dispuso lo siguiente: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica” (p. 126).

La supremacía constitucional es considerada una garantía universal que regula al sistema penal ecuatoriano y lo limita; para la fiscalía, como titular del ejercicio público de la acción; está condicionada a no obtener pruebas que vulneren derechos constitucionales, justamente por esta máxima constitucional.

### **Presunción de Inocencia**

La presunción de Inocencia, tiene una dualidad constitucional, actúa como derecho y como garantía. Es una máxima del derecho procesal en todas las materias, pues tiene una regulación basada en los Tratados Internacionales, es así, que el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (1969), en su art.8, numeral segundo, dispuso: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (p. 6).

La presunción de inocencia debe ser garantizada, observada y aplicada en la valoración de la prueba, en relación que esta garantía también está protegida por nuestra Carta Magna, por lo tanto, en el procesamiento penal le cobija al procesado su calidad de inocente y es por ello que la prueba en contra debe destruir esta garantía que en todo caso con el sistema acusatorio es impensable que el procesado deba probar su inocencia o que ha contribuido a su culpabilidad. Para Climent Durán (2005) la presunción de inocencia la considero como: “Es un derecho fundamental en virtud del cual incumbe a quien acuse aportar las pruebas destructoras de aquella presunción iuris tantum” (p. 57).

En efecto todos los sujetos procesales deben guardar armonía al momento de valorar la prueba enfocados en la destrucción de inocencia en especial en el Ecuador, por su estatus garantista, para este efecto se debe vincular la presunción de inocencia con la carga de la prueba.

## **La carga de la prueba**

Para muchos doctrinarios la carga de la prueba es considerada como un principio, pero dentro del sistema acusatorio, debe actuar y concebirse como una regla, si bien, a los sujetos procesales les corresponde probar sus argumentos, alegaciones, teorías del caso, el papel de juez, es importante al momento de valor la prueba y establecer si existe una carga de la prueba que conlleve a un análisis condenatorio o ratificatorio de inocencia, para tener una comprensión esta confrontación jurídica de la carga de la prueba, al respecto Taruffo (2009) estableció:

Si se compararán las cargas y los deberes, lo más deseable -aunque inalcanzable- sería que preponderarán las cargas sobre los deberes, porque, así se lograría que el motor impulsor de las conductas humanas fuese el propio interés personal y no el temor o la amenaza de la sanción imposible como consecuencia del incumplimiento de una determinada obligación. (p. 125)

Es necesario para establecer una adecuada valoración de la prueba, establecer la regulación de la carga de la prueba, en este sentido si analizamos la carga de la prueba desde el orden jurídico o procesal, es así, que Piva, (2020) quien indicó: “La carga se denomina carga jurídica cuando está regulada legalmente, y carga procesal cuando la normativa reguladora es de carácter procesal”(p. 67). Bajo estos criterios acertados en el sistema acusatorio la carga de la prueba debe ser dinámica de tal suerte, que su evacuación permita adaptarse al principio de contradicción, y garantizar la igualdad de condiciones.

## **El rol de juez ante el principio de exclusión y presunción de inocencia**

El Ecuador, desde el año 2008, aprobó bajo referéndum una nueva Constitución, abandonando el carácter político y pasando de un Estado de Derecho a un Estado de Derechos y Justicia social, que no es solo un juego sintaxis o de un error ortográfico que se dispuso un plural al estado de Derecho y paso hacer Estado de Derechos. La real diferencia es un cambio dogmático, de paradigma y de garantismo constitucional. Ante esto para una explicación sobre ese cambio de una constitución, la constitución política de 1998, el derecho (ley) limitaba a los derechos humanos, pero con la constitución del 2008, los derechos humanos limitan al derecho

(ley); por lo cual, la constitución del 2008, protege los derechos humanos y los mismos deben ser aplicados de manera inmediata y afecta este sentido normativo a todas las materias del derecho incluida la materia penal.

Con este preámbulo el rol del juez debe estar enfocado a la exclusión de la prueba y la presunción de inocencia, vinculadas, coherentes, concordantes para que la exclusión no afecte a la presunción de inocencia, por lo tanto, debe hacer un análisis prolijo sobre estas instituciones.

Como primer paso, el juez debe analizar la legalidad de la prueba y la ilicitud de la prueba, es decir, que no hayan vulnerado normas ni que hayan violentado derechos constitucionales por cuanto la Constitución del Ecuador le impone al juez, no aceptar este tipo de pruebas y para efectivizar esta garantía que esta inmersa en el derecho al debido proceso, la norma penal (COIP); regula mediante la exclusión de la prueba en pro de no afectar mas garantías en especial la presunción de inocencia.

Si bien la institución de la exclusión no se valora la prueba, solo se conoce el anuncio probatorio, pero es un tamiz que realiza el juez para garantizar que el Tribunal que sustanciara la etapa de juicio, se base en pruebas que no vulneren derechos constitucionales ni violenten normas legales, que las pruebas no recaigan en ilegalidad y que se respete el derecho al debido proceso en la garantía de la defensa.

De esta manera la exclusión de la prueba se vincula con la presunción de inocencia, la orientación del Juez, debe siempre limitarse a la presunción de inocencia, puesto que la fiscalía es quien ejerce el ius puniendi por mandato Constitucional y bajo este mismo mandato el juez es garantista de derecho, con lo cual, existe este equilibrio que se encuentra fundamentado en la presunción de inocencia.

### **Exclusión de la prueba**

La norma interna penal, en nuestro caso el Código Orgánico Integral Penal, determina la manera de actuación y los fines que se alcanza con la exclusión de la prueba. De esta manera para establecer la exclusión de una prueba, tanto por su legalidad o ilicitud, se debe analizar:

- a) Cadena de custodia

- b) Criterios de Valoración
- c) Preservación de la escena del hecho o indicios

Si bien, estos son elementos necesarios al momento de valorar la prueba, no es menos cierto, que se deben ser analizados por el juez, como parte del saneamiento procesal en un procesamiento penal.

### ***Cadena de custodia***

La cadena de custodia, se encuentra dispuesta en el artículo 456 del Código Orgánico Integral Penal (2018) que estableció:

Cadena de custodia.- Se aplicará cadena de custodia a los elementos físicos o contenido digital materia de prueba, para garantizar su autenticidad, acreditando su identidad y estado original; las condiciones, las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos y se incluirán los cambios hechos en ellos por cada custodio. (p. 149)

Si en el proceso se determina que existe violación a la cadena de custodia y bajo esta se han obtenido elementos de convicción que serán pruebas en la etapa de juicio, y que al momento de sustanciar la exclusión de la prueba, la misma puede derivar en ilegal e ilícita, entonces estaríamos dentro de la teoría del fruto del árbol envenenado y la exclusión de la prueba tendría que aplicarse respetando los derechos constitucionales.

### ***Criterios de Valoración***

En este sentido en el artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal (2018) estableció:

Criterios de valoración. - La valoración de la prueba se hará tomando en consideración elementos como la legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales. Le corresponde al proponente

la demostración de la autenticidad de los elementos probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia. (p. 149)

Como se aprecia en la norma y su disposición esta acción de valoración de prueba es privativa de un Tribunal o de un juez de primer nivel penal, en donde deben analizar la legalidad, autenticidad, el grado de aceptación, que son parámetros que si bien al momento de juzgar se debe apreciar en la prueba, pero para llegar a esta instancia de juzgamiento, el juez que realiza la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, debe analizar estos factores que posiblemente en al etapa de juicio serán desvalorados y que crean una falsa percepción por parte de los sujetos procesales que fundamenta su defensa o acusación sobre estas pruebas.

Es necesario que sin hacer un análisis valorativo, es decir de fondo de la prueba, el juez debe establecer si este elemento de convicción que será prueba en juicio merece ser excluido o no, puesto que debe precautelar el debido proceso y demás derechos y garantías constitucionales.

#### ***Preservación de la escena del hecho o indicios***

En este particular el artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal (2018) dispuso lo siguiente:

Preservación de la escena del hecho o indicios.- La o el servidor público que intervenga o tome contacto con la escena del hecho e indicios será la responsable de su preservación, hasta contar con la presencia del personal especializado. Igual obligación tienen los particulares que por razón de su trabajo o función entren en contacto con indicios relacionados con un hecho presuntamente delictivo. (p. 149)

Al establecer la norma que el servidor público que interviene o tome contacto con la escena del hecho e indicios, tiene la obligación de preservar los mismos, lo que da inicio a la cadena de custodia y que es un acto importante para posterior realizar las pericias necesarias para llegar a establecer pruebas de cargo y de descargo. Si se vulnera este precepto normativo el juez que conoce la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, tiene la obligación de excluir la prueba.

## **Presunción de Inocencia**

La presunción de inocencia está ligada en todo momento procesal, pues esta garantía está presente hasta cuando exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, este no es solo un precepto, sino que el juez debe entender que debe analizar que no se vulnera la presunción de inocencia y este se vincula no solo con la valoración de la prueba sino en su saneamiento al momento de analizar la exclusión de la prueba que la misma debe ser analizada sin que perjudique a la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia también se vincula jurídicamente con el principio del indubio pro reo, que sirve para que el juez se forme una duda racional y efectiva de la presunta responsabilidad de los hechos fácticos que se logra con los elementos de convicción generados por la fiscalía, en donde existan elementos de cargo y de descargo, en caso de que genere una duda esta por regla general siempre debe ser a favor del reo, por lo cual, se debe realizar un análisis de cada caso y si una prueba anunciada violenta el indubio pro reo, se debe ser excluida.

En relación al indubio pro reo, el maestro Bacigalupo (1998), manifestó:

El principio indubio pro reo o si se quiere la presunción de inocencia como regla de juicio constituyente la contrapartida de la valoración de la prueba en conciencia: no se puede condenar en conciencia si existe una situación de duda respecto de la culpabilidad del acusado. (p. 77)

## **La prueba relevante y su exclusión**

En la teoría de la prueba basada en este nuevo sistema acusatorio penal y vinculado al garantismo de nuestra Constitución actual, es necesario que el juez a fin de cumplir su rol garantista como determina la Constitución, no se exceda con a aplicación de esta garantía y no excluya prueba que es relevante para el proceso penal para buscar la realidad de los hechos para alcanzar la verdad procesal y que su resultado es la verdad judicial dispuesta en una sentencia.

Por lo tanto, es necesario analizar que la prueba relevante debe ser sumamente analizada por el juez, pues, de estas pruebas se desencadena varias consecuencias jurídicas como por

ejemplificar la condena de un inocente, la inocencia de un culpable, la impunidad, la falta de reparación integral a la víctima, y lo más valioso la falta de justicia.

En materia de la prueba relevante Taruffo (2012) señaló lo siguiente:

En un procedimiento epistémico ideal, el principio de relevancia sería con toda probabilidad suficiente para determinar qué informaciones deberían ser excluidas y cuáles deberían ser adquiridas con el fin de maximizar la eficacia de ese procedimiento para alcanzar conclusiones verdaderas. (p. 43)

Como establece el maestro Taruffo, la prueba relevante tiene su base en el principio de relevancia, por lo cual, tiene un fundamento teórico práctico, por lo cual, en aplicación de este principio el juez tendría la información suficiente y necesaria para determinar qué prueba debe excluirse y cual no. Lo que garantiza la eficacia del procedimiento penal.

Es necesario considerar que este principio de relevancia es de carácter epistémico que es aplicable a la justificación fundada que no solo incluye la racionalidad sino que tiene un fundamento teórico como es la ilegalidad y la ilicitud, para excluir la prueba, es decir, no se basa en el criterio formado por el juez bajo su conocimiento, sino que debe aplicar principios, teorías y apoyarse en doctrina para fundamentar su decisión, coligiendo que la misma afecta al proceso en toda su estructura.

### **Principio de Relevancia**

Como se analiza la exclusión de la prueba relevante, para su justificar su decisión se basa en el principio de relevancia. Este principio como se lo determinó es de carácter epistémico y que se fundamenta en que la prueba es necesaria para alcanzar la verdad (de lo anunciado) del hecho investigado es necesario la utilización de la información útil para alcanzar la verdad histórica del hecho y que se vincula a los elementos de convicción que en audiencia de juicio son las pruebas para demostrar la teoría del caso de la parte que acusa y de la que defiende.

Por lo cual, para alcanzar la verdad procesal, es necesario fundarse en pruebas disponibles y estas pruebas muchas veces son de relevancia para el proceso penal. Por lo cual, es necesario también atender la vinculación del principio de relevancia con los comportamientos culturales, reglas de comportamiento social y cosmovisión de las étnicas plurinacionales y multiétnicas.

Esta vinculación, es necesaria razonarla, pues los comportamientos sociales que para la doctrina son las costumbres, en la cultura Cayapa, que están asentados en la provincia de Esmeraldas, ellos siembran y cultivan las hojas de coca (*Erythroxylum coca*), siendo su fin, utilizarlos con fines medicinales en especial como analgésicos.

Las cayapas, realizan una especie de emplasto que lo colocan en la zona afectada como puede ser en el pecho o espalda. Bajo esta cosmovisión cultural propia de esta etnia, si un grupo armado militar Ecuatoriano, ingresa al territorio Cayapa, y encuentran a sus comuneros, realizando la actividad de secado de las hojas de coca y posterior combinación con otras plantas medicinales, probablemente por la falta de conocimiento jurídico de los militares, ellos, podría a su razón, aprehender a los comuneros por adecuar su conducta penalmente relevante al tipo penal de siembra y cultivo, tipificado y sancionado en el artículo art. 222 del Código Orgánico Integral Penal (2018) que dispuso:

La persona que siembre, cultive o coseche plantas para extraer sustancias que por sí mismas o por cuyos principios activos van a ser utilizadas en la producción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, con fines de comercialización, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. (p. 85)

Por lo cual, los militares, ante su realidad estaría ante su delito flagrante, pero ante la realidad cultural de la cosmovisión propia de la comunidad Cayapa, no están realizando ningún tipo de delito, sino que es parte de su cultura la siembra, cosecha, y utilización con fines medicinales.

Bajo estas consideraciones, las pruebas obtenidas, como las semillas de coca, las fotografías que realizaron, el centro de acopio de las hojas, las herramientas empíricas para cortar y tamizar las hojas, pero consideramos para el ejemplo, que han sido procesados y ha llegado a la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, el juez bajo el análisis de la cosmovisión de estos

pueblos ancestrales, tendrá que analizar si vincula la prueba la tipo penal y no la excluye o por el contrario la excluye por ser una regla cultural.

Las reglas del comportamiento social, es un tema muy discutido hasta donde las reglas morales pueden convivir o limitarse con reglas de comportamiento social, y que en muchos casos han establecido como un foco de origen de delitos, es así, que en lugares de cierta población como las favelas de Brasil, el expendio de sustancias sujetas a fiscalización, tráfico de armas y el sicariato se han convertido en una regla de comportamiento social, los niños, adolescentes y hasta mayores de edad miran a estas actividades como la única opción de crecimiento económico, sin importar si tienen o no acceso a la educación para poder formar parte de trabajos y profesiones legales.

Ante este acontecimiento, de esta regla de comportamiento social las actividades descritas para estas personas que se desarrollan en esta ciudad es muy normal, las consideran “lícitas”; debido a la gran población que realiza estas actividades el control policial es nulo, las leyes son irrespetadas, entonces es un problema complejo a resolver, que es analizar si una persona que es procesada bajo las circunstancias advertidas tiene el conocimiento de la antijuricidad de su conducta, incluso de autoincriminación, y en donde las obtención de pruebas por el difícil acceso pueden ser obtenidas de manera espontánea sin requerir orden judicial. Ante esto, el principio de relevancia, determinara que estas pruebas son relevantes por lo tanto, no pueden ser excluidas o al contrario deben ser excluidas por su ilegalidad e ilicitud.

En relación a culturas étnicas plurinacionales y multiétnicas; en el caso ecuatoriano existe la justicia indígena que tiene rango constitucional con un desarrollo jurisprudencial de gran nivel académico incluso con un caso muy complejo denominado “La Cocha”; en donde se analiza si debe existir límites a la justicia indígena o la justicia ordinaria en caso de delitos de asesinato debe ser quien juzgue. Por otro lado, los castigos de la justicia indígena vulneran derechos humanos o la justicia ordinaria no complace en su totalidad la reparación integral. Y lo más importante qué pruebas son relevantes para la justicia indígena y cuáles para la justicia ordinaria, en donde el principio de relevancia aplicado tanto en la justicia ordinaria como en la indígena debe ser utilizada con mucha prudencia para saber que pruebas deben excluirse y cuáles no.

Pero resolver los problemas detallados, bajo el principio de relevancia, todas las pruebas que permitan llegar a la verdad procesal y que esta ayude a concluir una verdad judicial con una

sentencia justa; deben ser incluidas y por el contrario bajo la vinculación del principio de economía procesal excluir las pruebas que no son útiles para la comprobación de los hechos.

### **Regulación jurídica**

La regulación jurídica guarda conexión directa con el principio de relevancia, siendo los dos de carácter epistémicos, a criterio de Bentham (2013) señaló: "... la regulación jurídica de las pruebas podría reducirse ventajosamente al principio según el cual cualquier prueba relevante debe por lo mismo considerarse admisible" (p. 89).

En razón de lo manifestado por Bentham, la regulación jurídica toda prueba relevante debe admitirse, pero en nuestros sistemas actuales, estos principios no son aplicados para establecer una adecuada inclusión o exclusión de la prueba, es este sentido Gascon (2010) estableció: "... ni se han aplicado de forma rigurosa, y han adoptado en cambio regulaciones jurídicas de las pruebas que con frecuencia son complicadas y se articulan en numerosas disposiciones normativas" (Gascon, 2010).

La falta de conocimiento y aplicación de estos principios que deben ser desarrollados no solo en la doctrina sino en las normas para que tengan esta vinculación directa, es la que permite no solo analizar la inclusión de la prueba relevante sino la exclusión de prueba relevante que al no aportar a la investigación algo ya descubierto por otras pruebas se consideran superfluas.

Es importante hacer conocer que para la aplicación de estos principios se debe analizar el sistema procesal propio de cada país, en un sistema inquisitivo o mixto, es casi imposible aplicar estos principios, pues, la carga de la prueba la tenía el juez (que a su vez controlaba la actuación del fiscal y policía); sin tomar en consideración los elementos de convicción o pruebas de descargo, en otras palabras, un ciudadano procesado por ese sistema su único camino era el cumplimiento de la pena.

Por otro lado, en el sistema acusatorio, se establece la separación total de la fiscalía con su autonomía y es el titular de la acción penal pública, por lo cual, existe una limitación en relación a la investigación, obtención de los elementos de convicción y la prueba. Esto permite que la defensa de los procesados pueda solicitar la inclusión de pruebas o exclusión de pruebas relevantes y este mismo derecho para la fiscalía como para los demás sujetos procesales.

## **CAPITULO II**

### **Marco Metodológico**

En un proceso investigativo para ejecutar sus objetivos y dar respuesta a la pregunta de investigación es necesario tener una metodología que se vincula directamente al método científico; a partir de este definir el tipo de investigación, método, enfoque y herramientas que fortalecen la investigación y permiten alcanzar resultados.

#### **Enfoque Cualitativo**

El enfoque de esta investigación es cualitativo, al analizar la información de jurisprudencia, doctrina, textos legales que se vinculan con jurisprudencias, profesores y expertos en el área de investigación procesal penal con énfasis en la prueba que generan información idónea en especial sobre la exclusión de la prueba ilegal e ilícita dentro de un proceso penal.

Para tener un concepto preciso del enfoque cualitativo, el maestro español Munarriz (2015) señaló: “La investigación cualitativa utiliza métodos y técnicas diversas como gama de estrategias que ayudarán a reunir los datos que van a emplearse para la inferencia y la interpretación, para la explicación y la predicción” (p. 104).

Por lo tanto, este enfoque permite hacer un análisis deductivo desde la generalidad de la prueba en su sentido procedimental en especial el civil general, hasta llegar a la materia penal con sus dos sistemas inquisitivo y acusatorio, como se desarrolla la prueba en estos dos sistemas, apoyado en teorías penales, doctrina y el respeto de los derechos humanos, su relación con la presunción de inocencia, que es una garantía y principio que por su dualidad permite que el derecho al debido proceso establece límites a pruebas mal actuadas y en especial crear criterios valorativos para que el juez, pueda analizar si una prueba debe ser excluida o no dentro de un procesamiento penal.

#### **Alcance**

El propósito de una investigación culmina con el resultado para lo cual, es necesario establecer el alcance de la investigación y que en la metodología de la investigación existe cuatro tipos de alcances que de conformidad a la investigación son el exploratorio, descriptivo,

correlacional y explicativo, por lo cual, realizando el respectivo análisis situacional de la investigación los tipos de alcances que son el exploratorio, descriptivo y explicativo.

### **Exploratorio**

La investigación tiene un alcance exploratorio por cuanto el tema es poco estudiado lo que genera un problema investigativo al momento de tener criterios válidos para la exclusión de la prueba, al existir sus antecedentes históricos, doctrina, jurisprudencia no existen criterios para que el sistema de justicia en general tenga un solo criterio al momento de excluir una prueba.

El alcance exploratorio fue definido por APA (2020) de la siguiente manera:

El alcance exploratorio es la clasificación que se otorga a las investigaciones que se orientan a conocer problemas de investigación desconocidos o poco estudiados. En el campo del conocimiento científico siempre hay un estado primario de incertidumbre con respecto a un tema. El estudio exploratorio sirve para conocer más la naturaleza de un fenómeno en un contexto determinado. Antes de comenzar una tesis, se debe realizar una revisión de las fuentes de información disponible sobre el objeto del análisis que se espera realizar, esta acción revela el estatus de tema y lo que se sabe o se ha dicho sobre él. (p. 3)

### **Descriptivo**

La investigación tiene un fundamento descriptivo, pormenorizadamente se detalló y describió las características de la Génesis de los principios y teorías de la prueba que se deben ser consideradas para establecer criterios valorativos aplicables por los jueces de manera motivada, lógica y coherente al momento de excluir una prueba. Para lo cual, se utilizó la técnica de la encuesta a reconocidos juristas conocedores del tema coadyuven con sus conocimientos y con la investigación histórica de la prueba, a la consecución del resultado de la investigación.

En relación al alcance descriptivo el investigador Colombiano Cauas (2020), señaló:

Este tipo de estudios buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que se sometido a análisis. En un estudio descriptivo se selecciona una serie de cuestiones y se mide cada una de ellas independientemente, de forma tal de describir los que se investiga. Este tipo de estudio puede ofrecer la posibilidad de llevar a cabo algún nivel de predicción (aunque sea elemental. (p. 1)

### **Explicativo**

La investigación tiene un alcance explicativo al encontrar varias teorías sobre la valoración de la prueba y principios que son contradictorios o en otros casos se complementan para lo cual, se analiza cuáles son los que ayudan a formar un criterio objetivo para que el juez pueda excluir una prueba por su tratamiento ilegal o ilícito, granizando derechos fundamentales procesales en especial la presunción de inocencia en su doble dimensión.

Para el investigador Hernández (2014), al determinar una definición del alcance explicativo, lo definió como:

Los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; es decir, están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta o por qué se relacionan dos o más variables. (p. 95)

### **Tipo de Investigación**

El tipo de investigación de acuerdo al análisis de aplicación del método científico y el problema investigativo es el no experimental con un enfoque transeccional, y es definido por Salas (2020) se define como:

En algunas ocasiones la investigación se centra en analizar cuál es el nivel o estado de una o diversas variables en un momento dado, o bien en cuál es la relación entre un conjunto de variables en un punto en el tiempo. En estos casos el diseño apropiado (bajo un enfoque no experimental) es el transversal o transeccional. (p. 2)

## Métodos

La investigación científica al ser una metodología científica, esta tiene técnicas propias que se adaptan la investigación de las diferentes áreas de la ciencia, como es el caso que nos ocupa, estos métodos son los teóricos y empíricos, que con su aplicación ayudan al desarrollo de la ciencia, a cumplir los objetivos, y obtener el resultado final de la investigación

### Métodos teóricos

Métodos	Alcances	Sistema Normativo	Modelo histórico
Histórico Conceptual	Antecedentes Históricos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Código Romano</li> <li>- Código Frances</li> <li>- Código Alemán</li> </ul>	Europa Iberoamérica Ecuador
Sistematización jurídico doctrinal	Presunción de Inocencia como garantía del derecho al debido proceso. Estado Constitucional de derechos y justicia social	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Legislación penal</li> <li>- Falta de descripción normativa</li> <li>- Acceso a justicia</li> <li>- Seguridad Jurídica</li> <li>- Doctrina</li> <li>- Jurisprudencia</li> <li>- Tutela Judicial Efectiva</li> </ul>	
	Sistema Procesal Penal	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Parte Adjetiva</li> <li>- Parte Subjetiva</li> <li>- Principios y Garantías</li> </ul>	

		<ul style="list-style-type: none"> <li>- Unificación de criterios de valoración</li> <li>- Jurisprudencia vinculante</li> </ul>	
	Exclusión de la Prueba	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Criterio Unificado Jurisdiccional</li> <li>- Principios</li> <li>- Teorías</li> <li>- Motivación</li> </ul>	
Análisis Comparativo			

### Métodos Empíricos

Dimensión	Alcance	Técnicas	Conclusión
Derecho Procesal Penal	Exclusión de la prueba en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio	Análisis documental	Análisis de la Constitución
			Análisis de la norma penal vigente
		Entrevista a expertos	Docentes en Derecho Constitucional
			Expertos en derecho procesal penal

## CAPITULO III

### Resultados

#### Presentación de resultados

La investigación se basó en la aplicación de herramientas, técnicas y método de investigación científica, en donde se analizó la institución de la prueba como institución jurídica procesal, y posterior con el estudio y análisis se enfoca en la prueba penal y en sus etapas de evaluación para determinar la diferencia entre prueba ilícita y prueba ilegal, su fundamento Constitucional, doctrinario, análisis de jurisprudencia nacional y comparada.

La investigación subsanó la falta de normatividad taxativa de la ley penal adjetiva, al establecer qué prueba debe ser analizada y ser excluida, con lo cual, se creó criterios valorativos para que el juez tenga la certeza cuando una prueba cumple con todos los preceptos constitucionales y legales para que sea admitida a juicio o a su vez debe ser excluida.

Para establecer la propuesta, se aplicó la técnica de la encuesta a varios profesionales del Derecho, con lo cuales, se identificó los nudos problemáticos de la exclusión de la prueba y se estableció los principios y teorías para un correcto análisis de la exclusión de la prueba.

#### Base de datos

<b>NORMATIVA JURIDICA</b>	<b>ARTICULADO</b>
Constitución de la República	Artículos 1, 11, 75, 76, 82, 167, 168, 169, 424 y 425
Código Orgánico de la Función Judicial	Artículos 19, 26, 27, 267, 129
Código Orgánico Integral Penal	Artículos 5, 453, 454, 459, 463, 502, 601, 604
Código Orgánico General de Procesos	Artículo 6, 76

Para el análisis del cumplimiento de la investigación y de la propuesta, se aplicó la técnica de la encuesta a varios profesionales reconocidos del Derecho, como es el AB. Juan Carlos Aguiar Ch., egresado de la materia en Derecho Constitucional y candidato a PHD, por la Universidad Católica Andrés Bello, entre sus funciones como Defenso Público, Director

Provincial del Consejo de la Judicatura de Esmeraldas, Asesor del Ex – Ministerio de Justicia, en la actualidad juez de primer nivel del cantón Babahoyo, provincia de Los Ríos y conferencista Internacional, quien a la batería de preguntas contestó:

- **¿Cuáles son las pruebas que deben excluirse en la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio?**

No existe en la norma adjetiva penal, que pruebas deben ser excluidas y bajo qué criterios de valoración se debe hacer este análisis. Por lo cual, se convierte en un tema discrecional en donde el juez, debe garantizar que la prueba no sea ilícita ni ilegal, y que proteja al proceso penal y los derechos humanos.

- **¿Qué teoría aplica en su actividad diaria para analizar la solicitud de exclusión de la prueba?**

Existe varias teorías dogmáticas como la clásica del “fruto de árbol envenenado”, la teoría del “Descubrimiento inevitable”, que para mí está en franca contraposición, y que asegura establecer un límite para que una prueba pueda ser excluida, porque no solo se debe analizar la aplicación de la teoría, sino que, si esta prueba es fundamental para la víctima o para el procesado, recordando que la presunción de inocencia está vigente,

- **¿Usted piensa, que debería existir una descripción de cuales pruebas deben ser excluidas?**

Si existiera por decirlo así, un catálogo de las pruebas que se pudieran excluir, se limitaría la investigación fiscal, el tema procesal penal sería monótono, se vulnerarían muchos derechos humanos, y quizás pruebas que pueden ser solventadas con criterio jurídico, jurisprudencia comparada, serán aceptadas o excluidas, dejando a la presunción de inocencia, debido proceso, tutela de derechos y seguridad jurídica como enunciados ante un normativismo positivista. Debería existir un criterio en donde se establezcan los principios de valoración para todos los jueces para manejar una adecuada discrecionalidad.

- **¿Cree que es necesario que exista criterios valorativos para la correcta aplicación de la exclusión de la prueba?**

Es lo correcto e ideal que se debe hacer, puesto que la unificación de criterios genera resoluciones bien motivadas como en el caso de la exclusión de la prueba, y con la aplicación de principio y teorías definidas, el ejercicio de razonabilidad y discrecionalidad de los jueces, tendrían un hilo conductor en donde no se puedan apartar del camino marcado, salvo en casos excepcionales.

- **¿La exclusión de la prueba garantiza la defensa en el ámbito del debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica?**

Garantiza cuando la exclusión es analizada en todo su contexto constitucional, legal y normativo, y que es una tarea demasiado importante para el juez en su rol garantista, pues una prueba excluida puede influenciar en el resultado de la decisión en la etapa de juicio.

**Análisis:**

El AB. Juan Carlos Aguiar Ch., en sus respuestas analiza que es necesario un criterio unificado para los jueces al momento de analizar una solicitud de exclusión de la prueba, mas aún, cuando a su entender no debería existir un catalogo de que pruebas debe ser excluidas, sino que es necesario la aplicación de teorías y principios para que se garantice los derechos fundamentales procesales, como la tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica, en donde la decisión y su motivación garantiza la presunción de inocencia bajo la concepción discrecional.

Es necesario contar con criterios valorativos también de abogados que están en el libre ejercicio de la profesión, para que desde su perspectiva emitan su criterio en relación al tema investigado, por lo cual, el AB. LUIS ÁVILA LINZÁN, que tiene una maestría en Derecho Constitucional, ha ejercido cargos como Asesor de la Defensoría Pública del Ecuador, director de Patrocinio Constitucional en la Defensoría Pública, profesor de varias universidades públicas, privadas, nacionales y extranjeras, conferencista internacional, ante lo cual, respondió las siguientes preguntas:

- **¿Cuáles son las pruebas que deben excluirse en la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio?**

Se deben excluir todas aquellas pruebas que violenten la legalidad y la constitucionalidad, es decir, aquellas que son obtenidas en vulneración de la ley y violación de derechos, que son pruebas ilícitas e ilegales que deben ser excluidas del proceso penal.

- **¿Qué teoría aplica en su actividad diaria para analizar la solicitud de exclusión de la prueba?**

Las teorías existen como la del “fruto del árbol envenado”; “fuente independiente; “prohibición de valoración”; que son teorías muchas de las cuales desacredita a la otra, el problema no radica tanto en la teoría, sino en la falta de aplicación de principios valorativos procesales de la prueba por parte del sistema de justicia, dejando de lado los estereotipos, la injerencia política y populismo penal.

- **¿Usted piensa, que debería existir una descripción de cuales pruebas deben ser excluidas?**

Existen algunas pruebas que son realizadas por la fiscalía y que muchos jueces bajo su análisis son excluidos y que son de “cajón”, que solicita y evacua la fiscalía, ante estas constantes violaciones, ciertas prácticas fiscales deberían ser desterradas, y estas decisiones socializadas a todo el sistema de justicia. Si bien es cierto, cada caso es diferente pienso que no debería existir normadas o detalladas las pruebas a excluirse por que se afecta a la razonabilidad del juez y a su independencia garantista.

- **¿Cree que es necesario que exista criterios valorativos para la correcta aplicación de la exclusión de la prueba?**

Por supuesto, ese es el camino, para que fiscales, analicen bien al momento de investigar y el juez tenga un criterio de como analizar la prueba en su conjunto general y no solo bajos criterios muchas veces personales.

- **¿La exclusión de la prueba garantiza la defensa en el ámbito del debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica?**

Todo el sistema de investigación y decisión judicial, debe garantizar estos derechos fundamentales, y de sobre manera en la exclusión de la prueba, que es una decisión que no debe ser considerad de manera apresurada sino debe ser analizada y estudiada por el juez de menara detallada, en razón, de una prueba es la diferencia entre a libertad de una persona y su condena ilegítima.

### **Análisis:**

El AB. Luis Ávila Linzán, establece que las pruebas ilícitas e ilegales deben ser excluidas, y que las teorías de la valoración de las pruebas deben ser guiadas por los principios rectores que no son observados por los jueces en donde se necesario criterios valorativos, para que el juez no está presionado por estereotipos, influencia política y populismo penal, con lo cual, la discrecionalidad y razonabilidad se encaminen hacia la protección de la libertad de una persona y una condena ilegítima.

### **Verificación de la Hipótesis o premisa del estudio**

La verificación de la hipótesis o premisa del estudio de investigación para su consecución se lo realizó por medio de un análisis pormenorizado de la jurisprudencia, doctrina, sentencias, estudio comparado, que se fortaleció con las encuestas a conocedores del tema propuesto que coligen en la propuesta planteada y desarrollada está vinculada con el desarrollo de los objetivos y la hipótesis de la investigación.

La premisa de la investigación es la siguiente:

“La falta de una taxatividad de cuales pruebas deben ser consideradas como excluidas en la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio, es un nudo problemático para el juzgador que a falta de criterios técnicos valorativos, no analiza que prueba puede ser subsanada y no excluida para que el delito en la etapa de juicio no condene inocentes y ni libere culpables. El análisis diferenciado entre prueba ilícita e ilegal, y como el juez debe subsumir estos presupuestos ante el derecho al debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica como derechos procesales fundamentales sobre los cuales el juez en su tarea garantista examina que prueba carece de eficacia probatoria por vulnerar derechos o contravenir la ley”.

Al desarrollar la investigación se vinculó con una propuesta que permite solucionar el problema planteado con la creación de criterios valorativos al momento de examinar la solicitud de exclusión de la prueba con la aplicación de técnicas de investigación científica y el análisis doctrina, leyes, sentencias, jurisprudencia, derecho comparado, que son el fundamento con el cual, la propuesta establece también un hilo conductor para que la discrecionalidad de los jueces

garantice el debido proceso, la presunción de inocencia y las pruebas en su contexto bajo principios no puedan generar impunidad o coacción estatal.

Este estudio es compatible con las encuestas realizadas a reconocidos juristas, que coinciden con la propuesta planteada y que se convierte en una novedad jurídica, al convertirse en un instrumento procesal penal que permite al juez aplicar los criterios valorativos específicos para una adecuada motivación al momento de aceptar o no la exclusión de la prueba.

## CAPITULO IV

### Discusión

La prueba es el elemento esencial del debido proceso, en consecuencia, la aplicación de la misma debe estar regulada por la ley a los efectos de tener un proceso que se efectuó en armonía con la legislación vigente, la aplicación de la prueba en todo proceso se debe regir por criterios objetivos es decir que se deben aplicar en igualdad de circunstancias para ambas partes, no puede estar contaminada con vicios que impidan llegar a la juez la verdad procesal. El operador de justicia en virtud que es el funcionario que el estado ha designado con el fin de decidir sobre la inocencia o culpabilidad del acusado, en consecuencia, debe velar porque el material probatorio sea el idóneo.

En el sistema penal acusatorio, la mayoría de los sistemas legales que han decidido adoptar este sistema, son del criterio que se debe excluir todo material probatorio que se obtenga en violación directa de los principios constitucionales y legales. La anomalía procesal que recaiga sobre la prueba, va a traer como consecuencia que la decisión se funde en un hecho ilegal en consecuencia se obtendrá una decisión viciada, en este sentido la parte afectada podrá solicitar su nulidad mediante la interposición de recursos ordinarios o extraordinarios. La teoría de la prueba ilícita, es un tema que el derecho procesal penal ha tratado haciendo distinciones importantes, como es la diferenciación entre prueba ilícita e ilegal.

En la actualidad dentro del sistema penal acusatorio existe una norma que se encarga de regular los principios y criterios de valoración de la prueba, que es el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, el mismo que no tiene parámetros para excluir la prueba, por lo que se debe determinar ciertas características que tienen que reunir cada uno de los medios de prueba al momento de ser calificados como son: la admisibilidad, autenticidad, pertinencia.

En el artículo 76, núm. 4, de la Constitución de la República de Ecuador (2008) se estableció: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria” (p 45). Lo anterior implica que existen pruebas que son obtenidas de forma ilegal, en este sentido las mismas podrán traer como consecuencia la nulidad de lo actuado como se ha evidenciado en casos importantes en el Ecuador, como el de las “Dolores”, “Restrepo” “Borja y Otros” en el que se produjo el juzgamiento fraudulento, o se reformaron sentencias debido a la prueba carente de eficacia probatoria.

La falta de eficacia probatoria en los procesos penales puede traer como consecuencia decisiones que no son las correctas como por ejemplo que se sentencia como culpables a personas que eran inocentes o, al contrario, en consecuencia, al existir vicios evidentes en toda sentencia los afectados podrán interponer los recursos legales pertinentes a los fines de poder lograr la nulidad de la sentencia que se ha dictado en contra de la ley.

Ahora bien, el fundamento de los principios rectores que se encuentran en el Código Orgánico Integral Penal, vinculados de manera directa con los establecidos en el Código Orgánico de la Función Judicial-COFJ, Tratados y Convenios Internacionales sobre la prueba, tienen como fin lograr un proceso en el cual se puede obtener la verdad cierta de los hechos con el fin de dictar una sentencia justa en la cual se sancione al culpable y se absuelva a la persona inocente.

Por lo tanto, se hace necesario analizar y aplicar las disposiciones legales de la constitución del COIP así como de cualquier norma procesal que haga referencia a la forma y los requisitos para que se materialice una prueba de manera correcta, por ejemplo el COIP, en su artículo 454 hace referencia a principios esenciales en materia probatoria en sus numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7, como son el los principio de oportunidad, la inmediación, la contradicción, el principio de libertad probatoria entre otros. La inobservancia o vulneración de estos principios traerá como consecuencia que ellos pierda eficacia, de esta forma no puede el operador de justicia basar su sentencia en estos elementos ya que la misma estaría vulnerando los derechos del procesado, si el juez valorare este tipo de actividad probatoria la sentencia tendría vicios de fondo que impedirían que se conozca la verdad de los hechos.

## **CAPITULO V**

### **Propuesta**

En este capítulo se analiza la propuesta de la investigación al establecer criterios para que el juez en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, analice de manera objetiva y respetando los derechos fundamentales y valoración de los elementos de convicción pueda de manera clara, precisa y motivada declarar la exclusión de la prueba que se sustanciara en la etapa de juicio.

#### **Criterios para la exclusión de la prueba**

En líneas up supra, el juez en la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio, se conceptualizo que es una verdadera etapa de saneamiento en donde el juez tiene la potestad constitucional y legal para que el proceso prosiga a la siguiente etapa de denominada de juicio o simplemente limitar el proceso penal con un sobreseimiento o de sanear declarado una o varias nulidades procesales.

Bajo esta consideración, también los elementos de convicción recabados por la fiscalía tanto de cargo como de descargo, deben ser saneados en esta etapa (evaluatoria y preparatoria); en especial porque en la etapa de juicio se va evacuar la prueba anunciada y excluir la prueba que los sujetos procesales soliciten, pero que la misma debe tener un fundamento constitucional y legal para que le juez bajo un análisis establezca si es procedente o no la exclusión.

Al tratar de la exclusión de la prueba la normativa del COIP, no determina criterios bajo los cuales el juez pueda analizar de manera idónea si la solicitud de exclusión de la prueba procede o no.

Esta falta de criterios ha generado en primer lugar que varias pruebas que debían excluirse sean evacuadas en el juicio y también a contrario sensu, lo que provoca que en el juicio se ventile pruebas inoficiosas, impertinentes. En segundo lugar, genera que la estructura de la teoría del caso se fundamente en pruebas que están afectada en la ilegalidad e ilícitud. Lo que produce un desgaste de la administración de justicia por cuanto se debe realiza el análisis de la prueba por parte del juez o del tribunal.

### **Criterio de preconstitución de la prueba**

Este primer criterio, el juez debe analizar en prima face, si el indicio que generó el procesamiento penal, la pericia para constituirlo como elemento de convicción y posterior será valorado como prueba plena en el juicio esta, cumple con:

- d) Cadena de custodia
- e) Criterios de Valoración
- f) Preservación de la escena del hecho o indicios

Si el indicio preconstituido no guarda estos requisitos el juez, excluirá de la prueba y su fundamento y motivación versa sobre la cadena de custodia, sobre los criterios de valoración o ineficiencia de la preservación de los indicios.

### **Criterio de análisis de la prueba ilegal**

El segundo criterio el juez debe valorar si la prueba obtenida se enmarcó dentro de lo que establece la norma respetando los preceptos penales, como, por ejemplo, que una pericia médico legista, sea elaborada por un médico perito calificado, no lo puede hacer un perito de criminalística. Es decir, esa prueba es ilegal y, por lo tanto, debe excluirse.

### **Criterio de análisis de la prueba ilegítima**

Este tercer criterio, se debe valorar si la prueba no es ilegítima, es decir, no vulnere derechos fundamentales, por ejemplo, que, para la extracción de fluidos sanguíneos, se obtenga el consentimiento de la persona sea esta la presunta víctima o el procesado, de no tener este consentimiento, se estaría violentado el derecho a la intimidad individual y por lo tanto, es una prueba que debe ser excluida.

### **Criterio de Valoración de la prueba**

Este último criterio el juez debe analizar profundamente si la prueba que se va a sustanciar en el juicio no está inmersa en las consideraciones de las teorías de la valoración de la prueba y que están no estén inmersas en:

- Teoría del Fruto del árbol envenenado,
- Teoría de la Fuente Independiente,
- Teoría del descubrimiento inevitable,

Este criterio es el más complejo para el juez como se analizó en el capítulo anterior para que la prueba sea excluida, esta debe analizar de manera pormenorizada cada una de estas teorías, incluso la elaboración estricta del test de proporcionalidad para la prueba, y de esta manera fundamentar que efectivamente toda la prueba esta sujeta a la teoría del fruto del árbol envenenado, o que cierta prueba es admisible por su descubrimiento inevitable. Además, que por las investigaciones la prueba que se pretende excluir derivo de una fuente independiente, por lo tanto, es un análisis en donde se debe valorar todas estas teorías y el juez pueda de manera motivada, fundamentada e independiente excluir la prueba anunciada.

### **Criterio de la Prueba relevante**

Como último criterio, para la inclusión o exclusión de la prueba, es la que trata sobre la prueba relevante, para lo cual, es necesario realizar el análisis bajo el principio de relevancia y de la regulación jurídica, en donde, el juez, bajo su fundamentación determinará si la prueba relevante solo en el caso de prueba relevante debe es incluida o excluida.

Bajo la premisa que se puede excluir por dos razones. La primera si la prueba relevante es superflua o que la norma como tal, así disponga su exclusión.

Por lo cual, con estos criterios se analizará con prolijidad la solicitud de inclusión o exclusión de la prueba.

## CONCLUSIONES

1. Se realizó una descripción detallada de la valoración epistemológica de los principios la prueba en el proceso penal ecuatoriano, según lo determinado en el artículo 454 del COIP, con especial énfasis en su numeral sexto, que define el principio de exclusión de la prueba y pormenorizadamente se estableció criterios para su debida motivación al momento de excluir la prueba.
2. Se proveyó de un análisis de los principios de la prueba constantes en el Código Orgánico Integral Penal, desde sus antecedentes históricos, sus tendencias actuales, legislación comparada y de su valoración epistemológica de las distintas escuelas penales, que ayudan en la actualidad a establecer teorías de valoración de la prueba que deben ser advertidas en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, para que la solicitud de exclusión de la prueba negada o aceptada con fundamentos constitucionales y legales.
3. Se desarrolla el concepto de la prueba ilícita y sus diferencias con el concepto de prueba ilegal, que se incorporan en el Código Orgánico Integral Penal, de esta manera con la conceptualización propia de cada institución el juez pueda valorar de manera independiente la prueba ilícita y la prueba ilegal, y bajo los criterios propuestos pueda fundamentar la exclusión o no de la prueba.
4. Se determina el papel del juzgador en la exclusión de la prueba ilícita y consecuencias de su admisión para las partes procesales, en donde bajo los criterios propuestos se garantiza una decisión constitucional, legal e independiente y que no afecte a la decisión del juzgamiento.

## **RECOMENDACIONES**

1. Se incorpore una reforma en el COIP, en donde se establezcan los criterios para que el juez de manera motivada y fundamenta pueda excluir la prueba solicitada por los sujetos procesales.
2. Se realice por parte de las Universidades seminarios en donde se realice ponencias enfocadas a esta institución de la exclusión de la prueba, puesto que de esta depende la libertad de una persona que hasta la audiencia de juicio sigue cobijado por el estatus de inocencia.
3. Se desarrolle un seminario por parte del Consejo de la Judicatura, Fiscalía, Defensoría Pública y demás instituciones que forman parte del sistema de justicia, para que analicen de manera pormenorizada la obtención de la prueba, el análisis valorativo y aplicación de criterios para que el proceso penal en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio el pedido de exclusión sea tratado con rigurosidad constitucional y legal.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alban, E. (2015). *Manual de Derecho penal Ecuatoriano*. Quito: Impresoresmyl.
- APA. (18 de 12 de 2020). <http://normasapa.net>. Obtenido de <http://normasapa.net/alcance-exploratorio-tesis-cuantitativas/>
- Asamblea Nacional. (2015). *Código organico de la Funcion Judicial*. Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar.-2009 ultima modificación: 22-may.-2015: Asamblea Nacional.
- Asamblea Nacional. (2018). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014 Ultima modificación: 05-feb.-2018.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial 20 de Octubre del 2008. Obtenido de <https://www.oas.org>
- Bacigalupo, E. (1998). *Presunción de Inocencia, "indubio pro reo"*. Madrid: Anuario de Derecho Penal.
- Beltran, F. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Barcelona: Marcial Pons.
- Bentham, J. (2013). *Rationale of Judicial Evidence*. Lima: Iustitia.
- Cabanellas. (2012). *Diccionario*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
- Carnelutti. (1992). *Prueba Civil*. Buenos Aires: Depalma.
- Cauas, D. (10 de 07 de 2020). *biblioteca electrónica de la universidad academia.edu*. Obtenido de [https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as\\_sdt=0%2C5&q=definicion+de+alcance+descruptivo&oq=definicion+de+alcance+desc](https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=definicion+de+alcance+descruptivo&oq=definicion+de+alcance+desc)
- Climent, D. C. (2005). *La prueba penal*. Madrid: Tiran lo Blanch.

Comisión Interamericana, D. H. (22 de Noviembre de 1969). Convención Interamericana de Derechos Humanos. *Convención Interamericana de Derechos Humanos*. San Jose, San Jose, Costa Rica: Lexis.

Couture. (2018). *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires: Mundo Gráfico Zeballos.

Echandía, D. (2009). *Teoría General de la prueba judicial*. Bogota: Dike.

Echeandía, H. (2017). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Temis S.A.

Ferrer, B. (2013). *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana*. Madrid: Marcial Pons.

Framino dei Malatesta, N. (1964). *Logica de las pruebas en materia criminal*. Bogota: Temis.

García, P. (2010). *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima: Reforma.

Gascon, A. (2010). *Los Hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Hernandez, S. (2014). Espacio de formación. En R. F.-C.-L. Hernández-Sampieri, *Metodología de la Investigación* (pág. 95). México: McGraw-Hill. .

Huertas, O. (2015). La prueba ilegal e ilícita, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso penal Colombiano. *Misión Jurídica*, 5-7.

Jaucehn, E. (2017). *Tratado de la Prueba Penal en el Sistema Acusatorio Adversarial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni .

Manzini, V. (2010). *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Juridica Europa-América.

Meneses, P. C. (2014). Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Ius Et Parxis*, 43-86.

Mittermaier, C. (2000). *Tratado de la prueba en materia criminal*. Madrid: Reus.

Munarriz, B. (2015). *Técnica y Métodos en Investigación Cualitativa*. España: Universidad del país Vasco.

Parra-Quijano, J. (2008). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogota: Librería del Profesional.

Perez, M. M. (2018). Diferencia sustancial entre verdad histórica y verdad. *Tribunal Supremo de Justicia de Oaxaca*, 1-9.

Piva, C. y. (2020). *Teoría General de la prueba*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Prieto-Castro, F. (2005). *El proceso civil Alemán*. Barcelona: Bosch.

Quinchuela, C. (18 de Septiembre de 2017). *Derecho Ecuador*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/exclusion-de-la-prueba-derecho-penal>

Rodriguez, M. F. (2016). *Verdad histórica y Verdad Procesal*. Quito: Cevallos.

Salas, M. (15 de 07 de 2020). *Técnicas de estudio*. Obtenido de Técnicas de estudio: <https://www.tecnicas-de-estudio.org/investigacion/investigacion38.htm>

Schonke, A. (1978). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Bosch.

Sentencia 139/199, 139/1999 (Tribunal constitucional español 22 de julio de 1999). Obtenido de Tribunal Constitucional de España: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3881>

Sentencia N° 18103, N° 18103 (Corte Suprema de Justicia 02 de 03 de 2005).

Sentencia STCO 10-2002-AL/TC, FJ. 133-135 (Corte Suprema de Casacion Penal 10 de 01 de 2002).

Taruffo, M. (2012). *Teoría de la Prueba*. Lima: ARA, Editores.

Taruffo, M. (2009). *La prueba de los Hechos*. Milano: Trotta.

UNESCO. (16 de octubre de 2003). *Organización de las Naciones Unidas, para la Educacion, la Ciencia y la Cultura*. Obtenido de Unesco.com: [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=17720&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

Vaca, R. (31 de julio de 2017). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://derechoecuador.com/derecho-penal-la-prueba/>

Vergara. (2015). *El Sistema Procesal Penal*. Quito: Murillo, Ediatores.

Vergara. (2015). El Sistema Procesal Penal. En A. B. VERGARA, *El Sistema Procesal Penal* (pág. 517). Quito: Murillo, Ediatores.

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Mario Alfredo Yumaglla Guagcha, con C.C: 0925543217 autor del trabajo de titulación: *Los principios de valoración y exclusión de la prueba ilícita en el Código Orgánico Integral Penal*, previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 30 de mayo del 2022

f. \_\_\_\_\_

Mario Alfredo Yumaglla Guagcha

C.C: 0925543217



**REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA**

**FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN**

<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	LOS PRINCIPIOS DE VALORACIÓN Y EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL		
<b>AUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Mario Alfredo Yumaglla Guagcha		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Dávila Álvarez Francisco / Vivar Alvarez Juan Carlos		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>UNIDAD/FACULTAD:</b>	Sistema de Posgrado		
<b>MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:</b>	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal		
<b>GRADO OBTENIDO:</b>	Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	30 de mayo del 2022	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	85
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	LOS PRINCIPIOS DE VALORACIÓN Y EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL		
<b>PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:</b>	Exclusión, Medios de prueba, Prueba Ilegal, Prueba Ilícita.		

**RESUMEN/ABSTRACT** El tema investigado, tiene un aporte desde lo dogmático a lo práctico encaminado a todos los intervinientes del proceso penal, en su aplicabilidad de los principios de valoración de la prueba y su exclusión, al establecer que no existe en el Código Orgánico Integral Penal, taxativamente cuando el juez debe resolver sobre la exclusión de la prueba ilícita, es por ello, que se inicia el estudio de la generalidad de la concepción de la prueba hasta la fijarse en el ámbito penal disponiendo los criterios para la exclusión de la prueba. Para establecer estos criterios se planteó como objetivo general la valoración epistemológica de la prueba en especial de la exclusión constante en el Art. 454 numeral 6 COIP, definiendo claramente lo que es una prueba ilícita y una ilegal, vinculado a la finalidad de la prueba en la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio. Esta investigación, para su desarrollo se basó en la utilización de métodos de investigación científica, método deductivo analítico, teórico sintético, que permitieron definir cuáles son los principios que debe aplicar el juez y que le permitan analizar qué prueba debe ser excluida para proteger el derecho al debido proceso en su garantía de la defensa, en relación a la prueba obtenida con vulneración a la Carta Magna y la ley, que carece de eficacia probatoria.

<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> Si	<input type="checkbox"/> NO
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> 0985985105	<b>E-mail:</b> marioiv-10@hotmail.com
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:</b>	<b>Nombre:</b> Andrés Obando Ochoa	
	<b>Teléfono:</b> +593-992854967	
	<b>E-mail:</b> <a href="mailto:ing.obandoo@hotmail.com">ing.obandoo@hotmail.com</a>	

**SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA**

<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>	
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>	
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>	