



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

ESCUELA DE EDUCACION CONTINUA

MAESTRIA EN DERECHO PENAL

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO

TESIS PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE MASTER EN DERECHO PENAL

DIRECTOR: DR. JUAN CARLOS SALAZAR

AUTORA: DRA. SORAYA QUINTERO LOPEZ

CUENCA – ECUADOR

2013

Dedicatoria

Para María Paula y Paúl, que son mi razón para continuar

Agradecimiento

A los profesores de la Maestría en Derecho Penal por su apoyo.

RESUMEN

Establecer reglas y garantías de las pruebas que fundamentarán sentencias. Se analizará la forma y el momento del desarrollo de la prueba, en un sistema acusatorio oral, determinando las garantías constitucionales aplicables a la prueba y las reglas que rigen para invalidarla cuando su obtención viole garantías fundamentales. Se abordarán los medios probatorios, las clases de prueba y las reglas del procedimiento penal vigente. Se analizará la dinámica de su presentación en el proceso acusatorio en la etapa del juicio; que valor se otorga a la prueba obtenida de manera ilegal o ilegítima y la posición doctrinaria al respecto.

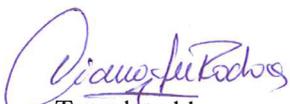
ABSTRACT

EVIDENCE IN THE ECUADORIAN CRIMINAL PROCESS

The goal of this research is to establish the regulations and guarantees of the evidence that supports court rulings. We will analyze how and where evidence is developed within the accusatory oral system. In addition, we will determine the constitutional guarantees that are applied to this evidence as well as the regulations that invalidate it when it is obtained through the violation of fundamental guarantees. The study deals with verification resources, types of evidence, and the regulations of the current criminal procedure. We will analyze how it is presented in the accusatory process during the trial phase, the value of illegally or illegitimately obtained evidence and the position of the doctrine regarding this issue.



UNIVERSIDAD DEL
AZUAY
DPTO. IDIOMAS



Translated by,
Diana Lee Rodas

INDICE

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

1.1 CONCEPTOS PRELIMINARES

1.2 BREVE REFERENCIA A LAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO ORAL

1.3 BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO DE PRUEBA Y LA FUNCIÓN QUE CUMPLE EN EL PROCESO PENAL

CAPITULO II

2.1 LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE REGULAN LA PRUEBA

2.2 LA INMEDIACIÓN

2.3 LA PUBLICIDAD

2.4 LA ORALIDAD

2.5 PRINCIPIO DISPOSITIVO

2.6 LA CONCENTRACIÓN

2.7 LA CONTRADICCIÓN COMO CONSECUENCIA DEL DERECHO A LA DEFENSA Y EL ESTADO DE INOCENCIA

CAPITULO III

3.1 LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. PRINCIPALES SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

3.2 LOS MEDIOS PROBATORIOS

3.3 LA PRUEBA MATERIAL

3.4 LA PRUEBA DOCUMENTAL

3.5 LA PRUEBA TESTIMONIAL

CAPITULO IV

4.1 LA ETAPA DE JUICIO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO

4.2 LA PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA EN LA ETAPA DE JUICIO EN RELACIÓN
CON EL PRINCIPIO DE PERTINENCIA

CAPITULO V

5.1 LA PRUEBA INDEBIDAMENTE ACTUADA

5.2 LA PRUEBA ILEGITIMA Y LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN

5.3 EXCLUSIÓN DE LA EVIDENCIA DERIVADA DE LA PRUEBA ILÍCITA TEORÍA
DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO

5.4 EXCEPCIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL FRUTO
DEL ÁRBOL ENVENENADO

5.5 TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO EN EL SISTEMA PENAL
ECUATORIANO

CONCLUSIONES

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO

INTRODUCCION

En el Procedimiento Penal Ecuatoriano es muy común observar que las sentencias están basadas o referidas a actos procesales practicados en etapas previas a la Audiencia de Juicio, sin que estos hechos sean sometidos al análisis de la contraparte, la inmediación ante los juzgadores y a las demás garantías Constitucionales aplicables a la prueba, que le dan verdadera eficacia. Esta situación hace que la prueba no cumpla con su finalidad, dentro de un proceso penal acusatorio oral, produciendo decisiones de menor calidad, que contrarían garantías fundamentales establecidas en la Constitución y en los Pactos Internacionales.

El sistema de Procedimiento Penal en nuestro país desde el año 2001, dio un cambio fundamental reemplazando al sistema Mixto fundamentado en el sistema Inquisitivo, que concentra en el juez las funciones de acusar, defender y decidir; por un sistema fundamentalmente Acusatorio Oral. En este proceso, las funciones de investigación y juzgamiento tienden a ser divididas, reservando para el juez lo estrictamente jurisdiccional y encargando al Fiscal la investigación e inicio de la acción penal. Este tipo de proceso penal tiene fundamentalmente cinco fases: una de investigación o instrucción, una intermedia de control de la investigación, el juicio, una fase de impugnaciones y una de ejecución de la pena. Todas las fases del proceso penal deben girar en torno a la etapa del juicio. Es importante tener en cuenta que el proceso penal se entiende y desarrolla correctamente cuando la etapa del juicio es la principal, alrededor de la cual debe engarzarse cada elemento del proceso.

Un Proceso Penal, es efectivo y brinda seguridad cuando se fundamenta en el respeto a los Derechos Humanos garantizados en nuestra Constitución e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en lo que se refiere a la administración de justicia en general. Las garantías constitucionales deben ser la base para el desarrollo de la prueba en el juicio y deben aplicarse a lo largo del proceso penal todos aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona, que por una u otra razón, entra en contacto con la administración de justicia.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, la presente investigación analizará cuales son las garantías fundamentales reconocidas en la Constitución y las leyes ecuatorianas, que son aplicables a la práctica de la prueba dentro del juicio.

El aporte que la presente investigación pretende en el plano teórico es establecer las reglas y garantías que dan coherencia a la prueba, para ser útil como fundamento de una sentencia. Se analizará cuál es la forma y el momento correcto, para el desarrollo de la prueba, en las etapas de un sistema de procedimiento penal, acusatorio oral moderno. Determinar y describir todas aquellas garantías constitucionales que forman el debido proceso y que son aplicables a la prueba y las reglas que rigen para invalidar la prueba en caso de que su obtención viole garantías fundamentales.

El análisis de la prueba es de gran relevancia debido a que los cambios en este campo han sido ampliamente desarrollados desde un punto de vista teórico, con una fuerte carga ideológica. Esto se debe a la estrecha vinculación entre la justicia penal y más precisamente de la concepción que se pueda tener, en un momento, del proceso penal, con el momento político e histórico jurídico de una nación.

En el presente trabajo analizaremos de manera concreta aquella parte de la teoría de la prueba penal que busca esclarecer cuestiones fundamentales y muy concretas respecto de los principales sistemas probatorios, los principios relativos a la prueba, los medios de prueba, los actos probatorios, las garantías que deben rodearlos, qué es lo que debe probarse y quién debe hacerlo.

Se analizará también la institución de la prueba dentro del proceso penal, que responde, en último término, a principios y valores que aunque concebidos o desarrollados en un contexto mucho más amplio que el proceso judicial, hallan en éste alguna forma de concreción.

Se buscará además definir de manera muy clara y concreta cuál es el objeto de análisis que nos ha de ocupar al hablar de los distintos sistemas de valoración de la prueba y en el transcurso de esa definición señalar los puntos de relevancia que esto encierra, tomando como base el sistema acusatorio oral.

Otro de los puntos centrales de este estudio es el análisis concreto de los diferentes medios probatorios y de las clases de prueba a ser valoradas o apreciadas en la etapa del juicio, según las reglas del procedimiento penal vigente.

Lejos de pretender efectuar un análisis extensivo de la teoría de la prueba, aquí se buscará solamente recoger los elementos que tienen directa incidencia en la dinámica de presentación de la prueba en el proceso acusatorio oral y de manera principal en la etapa del juicio, tema en el que este trabajo se centrará esencialmente.

Finalmente se analizará cual es el valor que nuestro sistema otorga a la prueba obtenida de manera ilegal o ilegítima y cuál es la posición de la doctrina actualmente respecto a este discutido tema.

CAPITULO I

1.1 CONCEPTOS PRELIMINARES

1.2 BREVE REFERENCIA A LAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO ORAL

En principio el sistema de enjuiciamiento utilizado fue el sistema acusatorio oral privado, que implantó la aplicación de ciertas normas de procedimiento para la composición del conflicto. Se da un sometimiento a la decisión de un juez árbitro y se consolidan sus características básicas. El sistema acusatorio oral privado de la antigüedad reemplazo al combate “salvaje” inicial. El sistema era en realidad un combate, pero un combate sin armas y sometido a la decisión de un tercero componedor. La acusación privada en Roma marca el nacimiento de este sistema. La organización social primitiva se caracterizó por la inexistencia de un poder político central y por la proximidad de los individuos, quienes procuraban en forma directa, componer el conflicto surgido entre las partes. El método acusatorio tiene como base el principio de que nadie puede ser llevado a juicio sin que otro sostenga contra él una acusación ante las autoridades competentes. Producido el ataque contra el derecho del individuo en particular, surgía la acción para acusar al infractor ante los jueces o árbitros correspondientes. Posteriormente se reconoció en el delito una ofensa social, por lo que todo ciudadano, como miembro de la sociedad ofendida, podía presentar una acusación, principalmente debido a que el grupo social era reducido y el acusador podía identificar en forma personal al infractor. Con el desarrollo de la sociedad, fue más difícil que el ciudadano común concurre con su querrela para provocar la iniciación del juicio penal en contra de una persona desconocida, que no lo había ofendido en forma directa. Poco a poco con el paso de los siglos se comienza a distinguir la figura del Fiscal que en el Derecho Español coopera, de manera secundaria, con el juez instructor, mientras que en el Derecho Anglosajón, toma para sí la presentación de la acusación, como paso previo para la iniciación del juicio. Posteriormente el sistema inquisitivo se tornó necesario, para que la represión de la delincuencia no quedara a merced de los acusadores privados, y así fue que en un primer momento ya se sentó la regla de que si el acusador no quería proseguir la acusación, el juez debía continuarla de oficio y castigar al acusado. A partir del proceso de transformación del estado absoluto que se dio en Europa continental, con la

Revolución Francesa, poco a poco se transforma el sistema procesal penal, aplicándose en un primer momento un sistema Mixto, hasta la implementación del Sistema Acusatorio Oral Público, que recoge las experiencias del *common law* anglosajón, que se caracteriza esencialmente por dividir el ejercicio de la acción y la jurisdicción.¹

En el caso latinoamericano el sistema acusatorio se refiere más bien al modelo procesal penal que se ha ido consolidando a partir de la segunda mitad del siglo XX, en países europeo continentales como Alemania, Italia, Portugal y en alguna medida menor, el ya existente en el mundo anglosajón, en países como Estados Unidos e Inglaterra. A este sistema lo podríamos llamar más concretamente “Sistema Acusatorio Moderno”.

En el proceso inquisitivo, el juez tiene a su cargo la investigación y el juzgamiento, lo que dificulta el correcto desarrollo de estas dos funciones. La principal característica del proceso penal acusatorio, es que las funciones de investigación y juzgamiento tienden a ser divididas, reservando para el juez lo estrictamente jurisdiccional. Puesto que es por excelencia un custodio del Estado de derecho, en esta división de funciones habrá que confiar precisamente al juez, la preservación de las garantías del individuo. En este tipo de proceso penal se encomienda la investigación a otro sujeto procesal, el Fiscal, que es quien debe estar a cargo de la investigación de los delitos puesto que su papel es la dirigir de oficio a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal, ejercer la acción penal, acusar a los infractores ante el juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio (Art. 195 Constitución)

El Fiscal es, el promotor del ejercicio del poder penal y el que lo lleva adelante, y el juez es quien representa el propósito de poner freno a una eventual arbitrariedad de ese poder, lo que constituye un sistema que garantiza los derechos fundamentales de las personas.

¹Guerrero Vivanco Walter, *LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES*, paginas. 25-26

1.3 BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO DE PRUEBA Y LA FUNCIÓN QUE CUMPLE EN EL PROCESO PENAL

En términos generales prueba es la demostración de una afirmación, de la existencia de una cosa, o de la realidad de un hecho. La Prueba, desde el punto de vista procesal, es toda actuación destinada a demostrar la veracidad de un hecho. Para que cumpla este propósito, debe reunir ciertos requisitos tanto de fondo como de forma.

La etimología de la palabra prueba proviene, según unos, del adverbio *probe*, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende, según otros viene de la palabra *probandum*, que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe, como lo expresan varias leyes del derecho romano. Se dice también que proviene del latín *probus* que quiere decir bueno, correcto, honrado.

Según Carnelutti son hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado, la certeza se resuelve en vigor de la máxima probabilidad. Un juicio sin pruebas no se puede resolver, un proceso no se puede hacer sin pruebas.

José Vicente Cervanate, citado por Walter Guerrero², sostiene que la prueba ha de entenderse principalmente como la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, o bien la producción de los actos o elementos de convicción que somete el litigante, en la forma que la ley previene, según derecho para justificar la verdad de los hechos alegados.

Las simples alegaciones no bastan para proporcionar al órgano jurisdiccional el instrumento que este necesita para la emisión de su fallo. El juez al sentenciar, debe contar con los datos lógicos que inspiren el sentido de su decisión, pero no con cualquier clase de datos, sino solo con aquellos que sean, o por lo menos, parezcan convincentes, respecto a su exactitud o certeza. Tiene que haber, pues, una actividad complementaria de la puramente alegatoria, dirigida a proporcionar tal convencimiento, actividad que, junto con la anterior integra el proceso de cognición y que es precisamente la prueba. La prueba puede procesalmente

² Guerrero Vivanco Walter, *LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES* página 10.

definirse como la demostración legal de un hecho determinado y su objeto debe estar relacionado con el objeto del proceso.³

El proceso penal tiene como objetivo comprobar la existencia del delito y la responsabilidad de los participantes en él. La finalidad del proceso penal es la búsqueda de la verdad o la certeza de juzgador, que se basará en acontecimientos realmente ocurridos, a los que puede llegarse exclusivamente a través de la prueba.

La prueba es el medio de introducir en el proceso la constancia o evidencia de los hechos relacionados con el objeto de cada proceso penal y que se da como consecuencia del esfuerzo de todos los sujetos procesales para conseguir que la producción, recepción o valoración de los elementos de prueba faciliten el descubrimiento de la verdad, puesto que la prueba es el único medio científico y legalmente admitido para comprobar lo que se busca en cada una de las etapas del proceso.⁴

Las partes que intervienen en el proceso penal - en especial el Fiscal en un sistema acusatorio – deben probar sus afirmaciones, para hacerlo, deben recurrir a la prueba como mecanismo legal. Al Fiscal le incumbe la prueba de los hechos por él afirmados y debe suministrar los elementos de juicio para determinar la exactitud de los hechos que alega como base de su accionar.

Tradicionalmente la doctrina ha establecido que son principalmente tres los fines que se persiguen con la actividad probatoria dentro de un proceso:

- Establecer la verdad
- Fijar los hechos materia del proceso
- El convencimiento del juzgador o el determinar su certeza subjetiva

3 Guerrero Vivanco Walter, *LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES* página 10, 11, 12.

4 Vaca Andrade Ricardo, *MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL*, página 88.

Benigno Cabrera citado por José García Falconí⁵ sostiene que la finalidad probatoria está en la aportación de la verdad, por los medios legales, que fijan los hechos para llevarle al juez el convencimiento o la certeza de los mismos.

La prueba es considerada como el medio más seguro de lograr la reconstrucción de la verdad, pues esta se la obtendrá de los rastros o huellas que los hechos pudieron haber dejado en cosas o personas, viene a ser el medio para verificar la verdad.

En el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, se establece como finalidad de la prueba el establecimiento tanto de la existencia de la infracción como de la responsabilidad del imputado.

Dentro de un sistema acusatorio oral la finalidad que se atribuye a la actividad probatoria no se reduce al descubrimiento de la verdad, pues esto dependería, de la forma en la que se conceptúa al propio proceso penal.

Para Alex Carocca Pérez⁶, en este sistema, el proceso es definido básicamente como un medio de solución de un conflicto de tipo penal, que se produce entre el autor del hecho presuntamente delictivo, la Fiscalía, y a veces la víctima, que reclaman la aplicación de la pena. La solución a ese conflicto se logra con la técnica propia del proceso, produciendo una solución que adopta la forma de juicio por un tercero imparcial, es decir, por un tribunal penal, cuya decisión se puede imponer coactivamente. Pero este no puede ser cualquier proceso, sino uno que satisfaga ciertas consideraciones mínimas de justicia procesal condensadas en la fórmula del debido proceso o proceso con todas las garantías constitucionales. En un proceso acusatorio no puede seguir diciéndose que la actividad probatoria tiene por objeto únicamente el descubrimiento de la verdad. Debe admitirse necesariamente que tiene un objetivo mucho más modesto; formar el convencimiento del tribunal acerca de la efectividad de la prueba de los hechos contenida en la acusación, que consiste básicamente en una imputación fundada hecha por el Fiscal o la víctima, en que se solicita la aplicación de una pena por considerarse que esos hechos constituyen un delito determinado. Si el acusador logra producir ese convencimiento entonces el tribunal deberá

5 García Falconí José, EL VALOR DE LA PRUEBA ILEGAL E ILEGITIMA, página 42.

6 Carocca Pérez Alex, páginas 173 -195

pronunciar una sentencia condenatoria, mientras que si no logra tal convencimiento, o si lo consigue en torno a una actividad probatoria diferente planteada por la defensa entonces necesariamente deberá absolver al acusado.

Uno de los componentes esenciales y definatorios del proceso es la actividad probatoria. En el proceso se trabaja en base a afirmaciones: porque el juzgador reconstruye y no presencia lo que originalmente ha acontecido. Toda la verdad que impregnan a la prueba y al proceso es indescifrable, no es que la verdad absoluta no exista y que el proceso se conforme con una verdad formal, más bien relativa. Es sencillamente que no es posible determinar qué tipo de verdad se alcanza. Se trata, entonces, de un problema de control de la verdad. Habrá ocasiones en que lo afirmado por una de las partes sea enteramente cierto; las pruebas, incluso preconstituidas y revestidas de un valor decisorio (una confesión rendida bajo juramento) estará abonando con verdad y justicia ese relato verdadero. El fallo será así acorde ciento por ciento con la verdad real. Pero en ningún caso el juez podrá saber a ciencia cierta si sólo ha resuelto sobre lo que le parece verdad, o si se ha fallado realmente sobre lo verdadero. La verdad, por ende, no puede ser presentada como el resultado de la prueba. Más tampoco, constituye su única finalidad.

Lo que se produce en el proceso a través de la sentencia, es un pronunciamiento, un juicio, acerca de la acusación y de su contestación, que contienen un relato de los hechos pero, teniendo en cuenta que se trata de hechos del pasado que no fueron presenciados por el juez, se logra siempre mediatizado por terceros. El que estos terceros reconstruyan esos hechos desde el presente, también les añade una carga subjetiva.

Podemos concluir que en un juicio penal acusatorio, la finalidad que se puede atribuir a la prueba es la formación del convencimiento del juzgador, de modo que sólo puede condenarse cuando el tribunal se convence de la efectividad de los cargos contenidos en la acusación, a través de la prueba lícita y legalmente producida en el juicio oral. Si no logra esa convicción, debe dictar sentencia absolutoria.

Esta corriente de pensamiento no pretende afirmar que a la sociedad y al juzgador no le interesa en absoluto tratar de acercarse a la verdad. Por esta razón se han establecido mecanismos de control dirigidos a tratar de asegurar que la sentencia sea lo más acorde

posible con lo acontecido, tales como la necesidad de fundamentar dicha sentencia, la existencia de recursos a través de los cuales las partes impugnan la decisión, etc. A pesar de todo, nos parece que el control final es aquél indirecto y sin efectos jurídicos que ejerce la sociedad toda, cuando aprueba o desaprueba el contenido de la decisión judicial, confiriéndole o no legitimidad.

CAPITULO II

2.1 LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE REGULAN LA PRUEBA

La importancia de la prueba ha hecho que, junto con la enunciación de principios destinados a regir al proceso en general, tanto la Constitución como el Código de Procedimiento Penal, contengan principios específicamente aplicables a la prueba.

El Art. 168 numeral 6 de la Constitución establece los siguientes principios, directamente aplicables a la prueba: oralidad, dispositivo, concentración y contradicción.

Examinaremos estos principios desde el punto de vista de su incidencia en la presentación de la prueba, así como el principio de inmediación, que es una característica distintiva del proceso penal acusatorio y está íntimamente relacionado con los principios que consagra la Constitución.

2.2 LA INMEDIACIÓN

Los jueces que tienen a su cargo condenar o absolver al acusado deben evaluar la prueba que se les presente, de manera personal y directa. La doctrina y la ley consideran conveniente que la prueba sea presentada directamente ante los jueces que integran el Tribunal Penal o ante los jueces penales en su caso, que son quienes van a declarar en derecho, la aplicación o no de la ley penal a una situación concreta. De esta manera los jueces estarán en capacidad de conocer con certeza la verdad de los hechos.⁷

En virtud de este principio, las pruebas se practican en presencia del tribunal y de las partes. Esto significa que los peritos y testigos deben concurrir personalmente y ser interrogados durante la audiencia, y que la evidencia material y documental debe también presentarse

⁷ Vaca Andrade Ricardo, *MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL* página 89.

físicamente, cuando ello es posible dada la naturaleza del objeto. Excepcionalmente, conforme a lo establecido en los Arts. 119, 273 y 259 del Código de Procedimiento Penal, se admite la recepción anticipada de la prueba ante los jueces penales, así como la recepción del testimonio urgente antes de la audiencia y la posibilidad de que el testigo que no pueda concurrir a la audiencia por un impedimento justificado, sea interrogado por otro juez.

La intermediación permite que el tribunal obtenga las aclaraciones y precisiones que estime del caso (Arts. 294, 300, 301 CPP), y aprecie los aspectos de la prueba que no se expresan con palabras: detalles relativos a las características físicas de los objetos, la actitud y el lenguaje no verbal del testigo, de importancia práctica enorme el momento de formar la convicción acerca de la veracidad y precisión de lo declarado.

La falta de contacto directo de los jueces con la prueba y la argumentación de las parte produce información de tan baja calidad que no es posible para el Tribunal emitir un juicio serio y creíble. Cuando ante los jueces se presenta únicamente un acta que registra la declaración prestada por un testigo unilateralmente ante el Fiscal semanas o meses antes, entonces los jueces no tienen forma de conocer si en ese momento la persona estaba diciendo la verdad, si el testigo fue forzado a declarar, si el Fiscal le dicta la declaración, si fue la policía quién escogió las palabras, alterando las que el declarante escogió, etc.⁸

2.3 LA PUBLICIDAD

La publicidad es una garantía contemplada en el Art.168 numeral 5 de la Constitución y la oralidad como vía para introducir en el proceso las alegaciones de las partes y modo de practicar las pruebas, es consustancial con la publicidad. Únicamente la colectividad podrá tener acceso a las actuaciones procesales si estas se llevan a cabo de viva voz. La sociedad mediante su percepción directa de lo realizado por y ante el Tribunal, no solo participa en el juicio sino que además puede controlarlo y adquirir su convicción. La publicidad se convierte en imprescindible instrumento para evitar el alejamiento social de la justicia. En

⁸Andrés Baytelman- Mauricio Duce, LITIGACION PENAL Y JUICIO ORAL, páginas 16 - 26

la época actual el principio de publicidad no solo rige a favor de las partes, sino del público en general, especialmente en los campos de interés político, económico y social.⁹

En una sociedad en la que los ciudadanos no conocen realmente el contenido de las disposiciones legales, sólo el debate oral y público garantiza el efecto preventivo general de la sanción estatal. El juicio oral y público permite insertar la justicia en el medio social, transmitiendo los mensajes sociales son los que se pretenden demostrar la afectiva vigencia de los valores que funda la convivencia.

La publicidad del proceso se vincula directamente con la esencia misma del sistema democrático de gobierno, pues constituye, un instrumento de control popular sobre el poder ejercido por los jueces. También es una garantía para el acusado, puesto que impide la arbitrariedad de la justicia. La restricción a esta garantía procesal tan importante sólo es constitucionalmente aceptable si se funda en motivos o razones específicas que lo justifiquen. La restricción arbitraria establecida por el legislador o por el juez es inconstitucional, ya que la exclusión del control popular sobre la actividad jurisdiccional debe ser específica y justificada. Sin embargo, la publicidad, como medio de control ciudadano sobre la Administración de Justicia requiere el desarrollo de una política impulsada por el poder Judicial que convierta la publicidad, que es lo que ocurre normalmente a causa de la indiferencia ciudadana frente a la justicia. Se requiere una estrategia que induzca a los ciudadanos a concurrir a los deberes y que acerquen los juicios a las comunidades perjudicadas, directamente o indirectamente, por los delitos que se juzgan.¹⁰

La difusión pública de las incidencias del proceso penal, en opinión de Alberto Wray, puede presentar ciertas desventajas, entre las que podemos señalar¹¹:

- El desprestigio del imputado, cuya presunción de inocencia se ve gravemente afectada, por el solo hecho del procesamiento.

⁹ Guerrero Vivanco Walter Guerrero Vivanco Walter. *LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES*

¹⁰ Cruz Castro Fernando *LA ORALIDAD Y SUS CONSECUENCIAS EN EL PROCESO PENAL*.

¹¹ Wray Alberto, «*LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL*»

- La tentación que la difusión pública genera en los protagonistas del proceso (fiscales, abogados, jueces) a buscar su lucimiento, con desmedro de la eficacia de su papel procesal.
- La posibilidad de que se busque la publicidad del proceso como un fin en sí, desvirtuando su naturaleza y burlando el derecho material.

La existencia de estos peligros y en general la posibilidad de que este principio pueda constituirse en amenaza para los fines de la justicia, ha hecho que se establezcan límites y excepciones. Según lo establecido en el artículo 168 numeral 5 de la Constitución, los casos de excepción al principio de publicidad deben estar expresamente señalados en la ley.

El Código de Procedimiento Penal por su parte contempla tres situaciones de excepción al principio de publicidad:

- El artículo 215 impone la reserva durante la indagación previa. El alcance de la prohibición no puede afectar el derecho de defensa, ni las demás garantías del debido proceso. Se trata de una fase en la que todavía no hay elementos suficientes para imputar a una persona determinada la comisión del delito, puesto que en cuanto existan tales elementos el fiscal debe iniciar la instrucción, conforme lo expresa el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal.
- Cuando el proceso tenga por objeto el juzgamiento de los delitos contra la seguridad del Estado y los delitos sexuales, comprendidos en los Títulos I y VIII del libro II de Código Penal, respectivamente, según lo establecido en el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, la audiencia debe ser reservada y desarrollarse solamente con la presencia del acusado, el acusador, los defensores, el fiscal, el secretario y si fuere el caso testigos y peritos, sin que pueda violarse la reserva ni durante la audiencia ni después de ella.
- El segundo inciso del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, establece que en ningún caso el juez o magistrado que conozca de una causa penal sometida a su resolución puede formular declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social ni antes ni después del fallo. Esta es una disposición de carácter general destinada a regular la conducta de los jueces o magistrados en todo

proceso y durante todas sus fases. El quebrantamiento de la prohibición se castiga con la destitución.

2.4 LA ORALIDAD

El lenguaje predominante entre los seres humanos es de carácter oral, por lo que es fácil imaginar que el proceso penal acusatorio utilizado en principio por los griegos y romanos de la antigüedad, utilizaba en forma preferente el lenguaje oral, lo que daba al juicio un fondo de transparencia y un marco de claridad, entre los sujetos procesales involucrados y también para los terceros.

La sustanciación de los procesos mediante el sistema oral es una exigencia establecida en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución y brinda al afectado la posibilidad de hacerse oír ante el Tribunal de Garantías Penales.

En el marco de la audiencia oral se abre la posibilidad al acusado de participar activamente en la averiguación de la verdad material y en la búsqueda de la sentencia.

Para el Tribunal la oralidad trae como consecuencia el deber de enfrentarse públicamente con sus argumentos al Fiscal y a la defensa. Otro aspecto importante de la audiencia oral pública es que con ella se dificultan sustancialmente las posibilidades de corrupción.

La oralidad se convierte en el modelo de un sistema de comunicación para la adquisición de la verdad y además en un modelo con el que se pretende la redefinición del conflicto. En las dos funciones que cumple el juicio oral, los jueces asumen un rol importante: en el primero determinará la verdad procesal al dictar sentencia; en el segundo la tarea es mucho más complicada, ya que si los jueces no son atentos vigilantes de que la redefinición del conflicto tenga el menor contenido de violencia y que contribuya así a la paz social, los mismos protagonistas del conflicto inicial buscarán otros procedimientos para solucionarlo. Casualmente los sistemas procesales que siguen el procedimiento escrito no cumplen, ni lejanamente, las dos funciones citadas, pues al no existir intermediación, se malogra la comunicación entre las partes y el juez o entre los medios de prueba y los sujetos intervinientes en el proceso. Respecto a la redefinición del conflicto, tampoco es eficaz el sistema escrito, en virtud de la delegación de funciones que lo caracteriza, pues las

decisiones más importantes, inclusive la sentencia son resueltas, en muchas ocasiones, por empleados o funcionarios auxiliares del juez.¹²

2.5 PRINCIPIO DISPOSITIVO

La intervención del tribunal en la prueba tiene un límite constitucional, se trata del principio dispositivo, consistente en que la iniciativa probatoria les corresponde exclusivamente a las partes.

Un modelo acusatorio opera sobre la lógica de que la producción de la información en juicio debe recaer sobre las partes. Los jueces no pueden producir prueba, ocasionalmente pueden aclarar prueba producida o permitir que las partes produzcan nueva prueba, pero ellos no pueden tener iniciativa probatoria. Siendo las partes, las únicas que tienen toda la información acerca del caso y siendo ellas además sobre quienes recae la responsabilidad profesional de ejecutar su propia teoría del caso, son estas quienes deben poder presentar su prueba al tribunal. Si un sistema procesal comienza a reconocer mayores espacios probatorios a los jueces, estos comenzarán a sustituir a las partes en el cumplimiento de sus roles, reproduciendo de esta forma la lógica del funcionamiento de un sistema inquisitivo.¹³

Conforme al criterio de Alberto Wray¹⁴, podemos afirmar que en la regulación de la audiencia se ha reconocido expresamente la iniciativa probatoria al tribunal (Art. 115 CPP) y que la estructura de los testimonios refleja claramente la herencia del sistema inquisitivo, cuando a los peritos y testigos les interroga, en primer lugar, el Presidente del Tribunal (Arts. 288, 295 CPP) y solamente después de que éste haya concluido su examen y de que los demás miembros del tribunal hayan hecho las preguntas que juzguen convenientes, procede el interrogatorio de las partes.

Este procedimiento no está de acuerdo con el principio dispositivo. Los jueces están obligados a sujetar su conducta a la norma jerárquicamente superior, según expresamente lo ordena el Artículo 424 de la Constitución, de manera que deberían ceder la iniciativa

¹² Cruz Castro Fernando *LA ORALIDAD Y SUS CONSECUENCIAS EN EL PROCESO PENAL*.

¹³ Andrés Baytelman- Mauricio Duce, *LITIGACION PENAL Y JUICIO ORAL*, páginas 16 - 26

¹⁴ Wray Alberto, *«LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL»*

probatoria a las partes, sin perjuicio de que puedan ejercitar la facultad de exigir las aclaraciones, precisiones y ampliaciones que juzguen necesarias, pero después de que las partes hayan presentado su prueba.

2.6 LA CONCENTRACIÓN

La actuación de la prueba debe hacerse en secuencia continua, en virtud del principio de concentración. La definición del orden en que han de presentarse las pruebas, le corresponde a cada una de las partes, en un modelo acusatorio oral, sin la presencia de reglas rígidas que regule la prueba.

Esta característica de un sistema acusatorio se da en razón de que son las partes quienes conocen mejor sus propios casos y, en consecuencia, son quienes están en mejores condiciones de discriminar cuál es la información y en qué orden debe ser presentada, para construir un relato claro y comprensible para el tribunal que tendrá que resolver sobre la base de la misma información.¹⁵

Sin embargo, deberá tenerse presente que son dos los aspectos generales que deben probarse: la existencia de la infracción, por una parte y la responsabilidad del acusado, por otra (Art. 252 CPP). Para que pueda hablarse de esta última, deberá haberse producido prueba de la primera. Como el Código impide que la existencia de la infracción se pruebe exclusivamente por testigos, la fiscalía en primer lugar deberá producir la prueba material. Cabe recordar que aunque el imputado se haya declarado autor de la infracción, debe producirse la prueba material necesaria para demostrar la existencia del delito, según se desprende del Art. 115 del Código de Procedimiento Penal.

2.7 LA CONTRADICCIÓN COMO CONSECUENCIA DEL DERECHO A LA DEFENSA Y EL ESTADO DE INOCENCIA.

Los principios de contradicción, derecho a la defensa y estado de inocencia, están íntimamente relacionados. Dentro del proceso la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de igual oportunidad procesal para conocerla y discutirla. La prueba debe

¹⁵ Andrés Baytelman- Mauricio Duce, LITIGACION PENAL Y JUICIO ORAL, páginas 16 - 26

llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes quienes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el adversario, con igual oportunidad para intervenir en su práctica. De esta manera se garantiza también el derecho a la defensa que tiene el imputado dentro del proceso.

La mayoría de los autores establecen generalmente la contradicción de la prueba como requisito esencial para su validez y autoridad.

Los actos de prueba deben notificarse a las partes antes de su realización, los actos probatorios deben introducirse en el proceso con pleno conocimiento de las partes que intervienen: el imputado, el fiscal y el acusador particular si lo hubiere. El Art. 267 del Código de Procedimiento Penal, acoge este principio al disponer que la lista de los testigos que van a comparecer en el juicio sea presentada con anticipación.

Al conocer las partes por anticipado cuales son las actividades probatorias que van a realizarse tienen la posibilidad de intervenir solicitando se designen peritos, formulando preguntas, exhibiendo documentos, etc.

Del artículo 168 numeral 6 de la Constitución, se desprende que la prueba está sujeta al principio de contradicción. La aplicación de este principio supone, en primer lugar, reconocer al imputado su calidad de parte procesal. La combinación entre este reconocimiento y el principio de igualdad, permite que opere el principio de contradicción, que consiste en la existencia para ambas partes de la posibilidad efectiva de exponer sus pretensiones y de sustentarlas ante un juez imparcial. El principio de contradicción comprende, según Maier¹⁶: la imputación, la intimación y el derecho de audiencia; es decir, la necesidad de que los cargos que se formulan consistan en la relación clara, precisa y circunstanciada de un delito (*imputación*); que esa relación sea efectivamente conocida por el imputado de manera oportuna (*intimación*), y que el imputado sea oído y pueda presentar su defensa antes de la resolución (*derecho de audiencia*).

Esto significa que la contraparte tiene derecho tanto a cuestionar o impugnar la petición de prueba, cuanto a intervenir en la práctica de la prueba. Esta intervención no puede

16 Sruecnee Eberhard, Maier Julio, *LAS REFORMAS PROCESALES EN AMERICA LATINA*

considerarse limitada a la exposición oral de los puntos de vista de la contraparte sobre la prueba que está practicándose, sino que supone el derecho a pedir que la práctica de la prueba satisfaga también sus pretensiones respecto de dicha prueba. Así por ejemplo, en la prueba pericial, la contraparte podría solicitar que los peritos realicen otro tipo de comprobaciones o análisis, además de los que la fiscalía ha pedido, o que los análisis satisfagan determinados requerimientos. Cuando se trata de la prueba testimonial, la contradicción supone la posibilidad de cuestionar el interrogatorio, cuando se lo hace de manera indebida, es decir, con preguntas sugestivas, impertinentes o prohibidas por la ley. La aplicación del principio de contradicción exige además que las actuaciones de la una parte, sean no solamente conocidas por la otra, sino que ese conocimiento se produzca con la anticipación suficiente como para preparar la contradicción. Así, no bastará que el fiscal pida la comparecencia de ciertos testigos, sino que deberá señalar, a menos que ello ya conste del expediente de instrucción, cual es la relación del testigo con el caso. En virtud del principio de igualdad (Art. 14 CPP), las partes tienen las mismas oportunidades de prueba.

CAPITULO III

3.1 LA VALORACION DE LA PUEBA

Por valoración o apreciación de la prueba se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.

La valoración es una actividad procesal exclusiva del juzgador, pues las partes tienen únicamente una función de colaboradores, cuando presentan sus puntos de vista en alegaciones. Es el momento de culminante y decisivo de la actividad probatoria, define si la prueba presentada cumple con el fin procesal de lograr la convicción del juez.

Hernando Devis Echandía¹⁷, sintetiza este proceso de valoración de la prueba, que no es simple y uniforme, en algunas fases que analizaremos a continuación.

¹⁷ Hernando Deis Echandía, páginas 95 -107.

- *Percepción, representación o reconstrucción y razonamiento.* El juzgador debe percibir los hechos a través de los medios de prueba; pero luego debe proceder a la representación o reconstrucción histórica de ellos, ya no separadamente sino en su conjunto, evitando que no queden lagunas u omisiones que cambien su significado. Esta representación puede hacerse respecto de algunos hechos por la vía directa de la percepción u observación, pero en muchos casos se realiza mediante la inducción o la deducción, debido a que no todos los hechos realmente acontecidos pueden ser reconstruidos en el juicio. Posteriormente, dentro del proceso de valoración, se da la fase intelectual o de raciocinio.
- *Función fundamental de la lógica.* Sin lógica no puede existir valoración de la prueba. Se trata de razonar sobre ella, así sea prueba directa; y la lógica es indispensable para el correcto razonamiento. Pero se trata de la lógica común o general. Esta actividad tiene la peculiaridad de que debe basarse en las reglas de la experiencia (físicas, morales, sociales, técnicas, científicas, etc.). en conjunto forman las llamadas reglas de la sana crítica.
- *Junto a la razón y la lógica actúan la imaginación y la sociología, además de otros conocimientos científicos y técnicos.* Pese a que no es posible prescindir de la lógica al valorar la pruebas, como se trata de reconstrucción de hechos generalmente pasados y en ocasiones presentes, pero que ocurren fuera del proceso, el juzgador recurrirá además a la imaginación, así como los conocimientos psicológicos y sociológicos que pueda tener el juez, tomando en cuenta que se están tratando hechos humanos o que se relacionan con la vida de seres humanos.

Son diferentes el fin de la prueba y el fin de su valoración. La finalidad de la prueba es establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado (Art. 85 CPP). Mediante la valoración de la prueba se busca precisar el mérito que esta pueda tener para formar el convencimiento del juzgador, es decir su valor de convicción, que puede ser positivo, si esta convicción se logra, o negativo si no es así. Por medio de la valoración el juez podrá saber si, en el proceso, la prueba ha cumplido su fin. Pero en ambos casos la actividad valorativa ha cumplido el fin que le corresponde. Dicho de otra manera, el resultado de la prueba se conoce mediante su valoración.

PRINCIPALES SISTEMAS DE VALORACION DE LA PRUEBA

Como hemos venido afirmando, sin actividad probatoria, prácticamente no existe posibilidad de que la parte o persona interesada pueda obtener un resultado favorable en un proceso. Teniendo en cuenta que éste está encaminado, mediante la acción conjunta de las partes o interesados y del tribunal al desarrollo del juicio, este juicio finalmente terminará por ser favorable a aquél que logre formar el convencimiento del tribunal acerca de la certeza y justicia de sus alegaciones, lo que logrará precisamente a través de la actividad probatoria. Cada uno de los principales sistemas de procedimiento penal que han existido a través de la historia, tienen una completa y diametralmente opuesta concepción sobre la prueba y su valoración.

La finalidad, así como el concepto mismo de prueba en el proceso penal, dependen directamente de la forma en que se entienda al propio proceso. El sistema de valoración de la prueba no puede ser analizado aisladamente, sino que siempre dependerá del objetivo que se atribuya a todo el procedimiento penal.

Los criterios de valoración de la prueba han evolucionado a través de las diferentes etapas históricas. La teoría legal, la de la libre convicción y la fundada en las reglas de la sana crítica constituyen sucesivas etapas que señalan el progreso en esta materia, por lo que nos referiremos brevemente a cada una de ellas.

SISTEMA LEGAL

Según este, la fuerza o valor de las pruebas debe estar previamente determinada en la ley. Este sistema se encargaba de prescribir que la confesión del acusado era superior a cualquier otro medio, que los documentos tenían mayor valor que los testimonios y que entre estos debían preferirse el de más alto número de personas que hayan depuesto sobre determinado hecho, el del hombre al de la mujer, el del noble al del plebeyo, etc. Este sistema se introdujo con el fin de limitar el poder jurisdiccional de la nobleza y sus mecanismos de investigación basados en la arbitrariedad y en el tormento, estableciéndose determinados controles en la actividad probatoria y en los sistemas de valoración.

SISTEMA DE INTIMA CONVICCION

A partir de la Revolución Francesa el sistema legal perdió su vigencia. En 1790 la Asamblea Constituyente de Francia, continuando con su labor de humanización de la prueba como uno de los postulados de la Revolución, dispuso que las decisiones judiciales debían basarse en la convicción íntima de los jueces y fue redactado el Art. 342 del Código de Instrucción Criminal en la siguiente forma: “la ley no pide cuentas a los jurados de los medios por los cuales han llegado a formar su convicción, no les prescribe ninguna clase de reglas de las que deben depender la plenitud y suficiencia de una prueba, solo les exhorta a preguntarse a si mismos, en el silencio y recogimiento y buscar en la sinceridad de su conciencia que impresión han producido en su razón las pruebas aportadas contra el acusado y sus medios de defensa”¹⁸.

Este sistema concedió plena libertad al juez para que introduzca en el proceso cualquier medio probatorio que se requiera para la debida comprobación de la infracción y para que valore dichos elementos probatorios de acuerdo con su íntima convicción. Además el juez quedó exento de la obligación de explicar la forma como llegó a ese convencimiento y libre de toda responsabilidad por su sentencia. El juzgador no estaba obligado a someterse a ninguna reglamentación preestablecida para la valoración de la prueba actuada en el proceso y que tampoco tiene obligación de explicar las razones que ha tenido para llegar a la conclusión final que consta en la sentencia.

EL SISTEMA DE LA SANA CRITICA

Para evitar la absoluta libertad judicial en la introducción de las pruebas y en la valoración de los medios probatorios, se modifica el sistema de la íntima convicción mediante dos mecanismos de control: los medios probatorios se encuentran determinados en la ley procesal y el juez es responsable civil y penalmente de sus resoluciones y sentencias.

De conformidad con el Dr. Jorge Zavala Vaquerizo este sistema consiste en la facultad que tiene el juez para que, una vez que las pruebas han sido introducidas y practicadas en el proceso, pueda tener la libertad para analizarlas, apreciarlas y valorarlas según su convicción, pero expresando en el fallos las razones que ha tenido para llegar a ese

¹⁸ Llore Mosquera Víctor, tomo I, página 139

convencimiento, esto es , la motivación de la sentencia, a fin de que las partes procesales puedan fiscalizar la sentencia, y a su vez, hacerle objeto de un análisis en relación con las pruebas constantes en el proceso.

Este sistema es el utilizado en el procedimiento penal ecuatoriano, el Art. 86 del CPP, establece que toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica.

En el sistema de las pruebas legales, enseña el Dr. Couture, citado por Víctor Llore Mosquera¹⁹, el legislador le dice al juez: tu fallas como yo te lo digo. En el sistema de la libre convicción le dice tu fallas como tu conciencia te lo diga, con la prueba de autos, sin la prueba de autos y aún en contra de la prueba de autos. Pero en la sana crítica, luego de haberle dado facultades para completar el material probatorio suministrado por las partes, le dice: tu fallas como tu inteligencia te lo indique, razonando la prueba de acuerdo con tu experiencia de la vida y con la ciencia que puedan darte los peritos. La superioridad de un método de esta índole sobre los restantes es indudable.

Desde el punto de vista acusatorio oral se define a la prueba como aquella actividad intrínsecamente jurisdiccional de comparación entre las afirmaciones iniciales de las partes, contenidas en sus actos y alegaciones, con aquellas afirmaciones emanadas de los medios de prueba, es decir de terceras personas, destinadas a formar el convencimiento del juzgador Este concepto no es conciliable con el sistema inquisitivo, donde no existe propiamente una actividad guiada por un interesado en el éxito de la acusación. Dentro de este sistema el juez investiga comprometiendo su propio papel de juzgador, con las graves consecuencias que se han dado. Por lo tanto el reemplazo de un sistema inquisitivo por uno sustancialmente acusatorio implica alterar radicalmente el sistema probatorio. Una concepción actual del sistema de valoración de la prueba, parte de la base que se trata de apreciar la actividad procesal producida por las partes o intervinientes en el juicio, de modo que se constituye en una garantía de que las alegaciones y los elementos de convicción que aquellos hicieron llegar al tribunal en el procedimiento, han sido considerados por éste al adoptar su decisión. La valoración, hoy en día, no permite en ningún caso, arbitrariedad, o posibilidad de apartarse del mérito del proceso, sino que implica que el juez no se encuentra

¹⁹ Llore Mosquera Victor, tomo II, página 142.

vinculado a reglas probatorias, es decir, a disposiciones legales acerca de la eficacia de las pruebas a disposiciones que establezcan los presupuestos bajo los cuales un hecho debe considerarse acreditado, el juez es libre de declarar que aun no ha alcanzado su convicción para condenar en tanto no se cuestionen máximas de experiencia generalmente reconocidas, o se trate de decisiones arbitrarias o absurdas. En un proceso acusatorio moderno, siempre se exige la existencia de una acusación, que debe ser formulada por el órgano estatal de persecución penal o por la víctima, que debe contener un relato acerca de la comisión de un hecho punible y la participación culpable que se atribuye al imputado, todo lo cual debe ser siempre acreditado por la parte acusadora. Si no es así, entonces esa parte no obtendrá una resolución favorable a sus pretensiones punitivas y deberá dictarse sentencia absolutoria a favor del acusado, a quien favorece la garantía constitucional de la presunción de inocencia, que se constituye en el eje en torno al cual se construye el moderno proceso penal.²⁰

3.2 LOS MEDIOS PROBATORIOS

Por medio de prueba ha de entenderse el instrumento jurídico que permite un contacto directo o indirecto entre el juez y el objeto de prueba.

A decir de Hernando Devis Echandía²¹ la apreciación de la prueba es aquella actividad mental que lleva a cabo el juez para medir la fuerza probatoria de un medio de prueba. Para que un hecho, documento o cosa aducido por las partes goce de valor probatorio es necesario que existan ciertos requisitos de fondo y de forma.

Entre los requisitos de forma está en primer lugar que el medio mismo sea legalmente admisible como tal, por encontrarse entre los taxativamente autorizados por la ley o porque se ha dejado a los jueces libertad de acoger los que encuentre aceptables. Los medios de prueba establecidos en nuestra legislación son materiales, testimoniales y documentales (Art. 89 CPP).

En segundo lugar están las formalidades prescritas por la ley procesal para la producción de la prueba, desarrolladas en el título I del libro II del Código de Procedimiento Penal.

²⁰ Carocca Pérez Alex, La prueba en el Nuevo Proceso Penal.

²¹ Devis Echando Hernando, páginas 102 -105.

3.3 LA PRUEBA MATERIAL

CONCEPTO

Según el artículo 91 del CPP, la prueba material “consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios, o en los instrumentos con los que se cometió, todo lo cual debe ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa del juicio y valorado por los tribunales penales.”

Ricardo Vaca Andrade²² define a este medio de prueba como “.la actuación procesal mediante la cual el juez recibe y aprecia directamente con sus sentidos aquellas materialidades que pueden ser útiles para la reconstrucción conceptual del hecho que se investiga.”

Se trata por este medio de constatar o apreciar físicamente, no solo mediante percepciones visuales, sino también utilizando los otros sentidos, el estado de las cosas que han sido objeto de la infracción, los resultados que esta ha producido, las huellas y vestigios dejados por la conducta delictiva, así como la apreciación y en ciertos casos la aprehensión de los instrumentos utilizados para cometer el hecho. La prueba material se refiere en esencia, a los hechos y cosas que pueden apreciarse a través de los sentidos porque de alguna manera se prolongan en el tiempo durante un período más o menos significativo y por eso pueden ser apreciados por el tribunal durante el juicio.²³

No toda infracción deja resultados susceptibles de apreciarse sensorialmente. Resultados visibles, dice el Código, restringiendo sin motivo el concepto. La posibilidad de que sean apreciados por los sentidos es característica indispensable para que tales resultados puedan constituir prueba material. Lo mismo puede decirse de los vestigios.

En cuanto a los instrumentos, podrán servir de prueba siempre que se los haya identificado y hayan sido objeto de aprehensión por la Fiscalía.

²² Vaca Andrade Ricardo, tomo II, página 123.

²³ Ibidem, páginas 123 – 126.

En principio, el concepto no ofrece dificultad. La presentación de esta clase de prueba, también en principio, no debería acarrear problemas especiales. Sin embargo, hay algunos aspectos que lo complican.

Supongamos que se trata de presentar al Tribunal las cerraduras de una caja de seguridad que ha sido objeto de un robo, corroídas y rotas, así como las joyas recuperadas luego de la captura del acusado. La primera idea que surge en lo que tiene que ver con su presentación como prueba, es que el Fiscal las muestre físicamente, poniéndolas frente a los miembros del tribunal las cerraduras de seguridad rotas por la acción de un ácido corrosivo. Solicitando que estos objetos se tengan como prueba material de la infracción. Deberá presentar también, con el mismo propósito, lo que ha podido recuperarse del botín.

Inmediatamente surgen numerosas cuestiones. ¿Cómo se sabe que en verdad esos objetos tienen alguna relación con el delito? De ser así, ¿la cerradura se rompió en realidad como resultado de la acción del acusado? ¿Son esas en verdad las joyas recuperadas?

Estas cuestiones obligan a replantear la estrategia de presentación, debido a que ésta no podría hacerse directamente por el Fiscal, sin contar con la posibilidad de responder, al mismo tiempo, todas esas cuestiones de manera que puedan relacionarse los objetos con el caso.

AUTENTICACION DE LOS OBJETOS UTILIZADOS COMO MEDIO DE PRUEBA

Los objetos, No prueban por si mismos. Para que sus características físicas puedan tener algún significado, deben ser puestos en un contexto. Es el contexto lo que va a darles significado. Además, hay que considerar que quien hace la presentación tiene, al menos desde el punto de vista procesal, un interés concreto: el Fiscal. La presentación del objeto, sin proporcionarle al Tribunal el contexto que pueda servir para advertir el significado de lo que está viendo, hace que la prueba, como tal, pierda fuerza persuasiva. En términos de estrategia procesal, al presentar la prueba material no debe buscarse poner los objetos frente

al Tribunal, sino ponerlos en la escena del crimen, es decir, establecer su relación con el delito.

A la operación en cuya virtud se establece la relación entre objeto cualquiera y la infracción que se está juzgando, se denomina acreditación o autenticación.

El procedimiento más común para conseguir la autenticación de un objeto como prueba, es acudir a la cadena de custodia. El Artículo 91 del CPP, luego de señalar en qué consiste la prueba material, manda que los resultados de la infracción, sus vestigios y los instrumentos con los que fue cometida, deben ser recogidos y conservados para que después puedan ser presentados en juicio y el Artículo 92 manda que dichos objetos, luego de retirados de la escena del crimen, pasen a custodia de la Policía Judicial. Se llama cadena de custodia a la secuencia que permite acreditar la autenticidad de un objeto como prueba material de esa infracción determinada, identificándolo como el que fue recogido u obtenido durante uno de los actos de investigación.

La presentación de la prueba material, entonces, debe hacerse por medio de la cadena de custodia, es decir, por medio de uno de los investigadores o agentes de la fiscalía o peritos que pueden acreditar ese objeto como el que en efecto, guarda relación con el delito. El objetivo es seguir la ruta o el camino de dicho objeto desde el momento en que fue retirado de la escena del crimen, hasta el momento en el cual se presenta al tribunal. De esa manera, se consigue situar al objeto en la escena del crimen.

Resulta mejor opción estratégica para la Fiscalía presentar la prueba material a través del investigador que retiró esos objetos de la escena del crimen. Durante el interrogatorio a éste, el Fiscal podrá entonces preguntarle qué encontró en el lugar, le pedirá al investigador que describa los objetos, en qué lugar los encontró, qué apariencia presentaban, qué hizo con ellos y solamente después de haber establecido el contexto, le presentará los objetos, le pedirá que los examine y diga si los reconoce, y cómo sabe que son los mismos que el recogió o descubrió. En este caso no es el Fiscal quien ha hecho las afirmaciones, sino la persona que encontró los objetos. De esa manera, el Fiscal habrá conseguido tres cosas importantes: presentar la prueba, acreditar el objeto como vinculado con la infracción y,

sobre todo, haberlo hecho de una manera tan persuasiva, que a la defensa le será difícil desvirtuar después la fuerza probatoria de los objetos presentados.

LA PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA MATERIAL

En la presentación de la prueba durante el juicio oral, debe tenerse presente que la contradicción es instantánea, ocurre en el mismo momento en que la prueba se introduce y que, a diferencia de lo que acontece en el proceso escrito, la decisión del tribunal va a emitirse inmediatamente, al concluir la audiencia, de manera que la convicción de los jueces va formándose conforme la prueba va presentándose.

Eso obliga a que la presentación del objeto, su introducción como prueba y la autenticación, se realicen en el mismo acto. Desde el punto de vista técnico, resulta entonces inevitable que la prueba material se presente por medio de la persona que puede acreditarla.

Después de que se haya establecido que ese objeto tiene que ver con la infracción, después de haberlo situado en la escena del crimen, será posible continuar con el análisis de sus características, mediante la presentación de las conclusiones a que han llegado los peritos luego de examinarlo, si fuere del caso.

Estos aspectos no han sido considerados al regular el curso de la audiencia en el Código de Procedimiento Penal, según el cual, si se atiende al orden en que el texto se refiere a la presentación de las pruebas, en primer lugar debe presentarse la prueba pericial. Pero habrá muchas ocasiones en que la acreditación tenga que hacerla el investigador o el agente de policía, posiblemente el primero en llegar a la escena del crimen. Aun en estos casos, el peritaje debería preceder a la acreditación del objeto, según el Código, lo cual resulta técnicamente menos efectivo.

Sin embargo, deberá tenerse presente que son dos los aspectos generales que deben probarse: la existencia de la infracción, por una parte y la responsabilidad del acusado, por otra (Art. 252 CPP). Para que pueda hablarse de esta última, deberá haberse producido prueba de la primera. Como el Código impide que la existencia de la infracción se pruebe exclusivamente por testigos, la fiscalía en primer lugar deberá producir la prueba material. Cabe recordar que aunque el imputado se haya declarado autor de la infracción, debe

producirse la prueba material necesaria para demostrar la existencia del delito, según se desprende del Art. 115 del CPP.

ACTOS DE PRUEBA MATERIAL

Como se ha dicho, el objetivo de esta clase de prueba es muy concreto, la percepción judicial en forma directa por parte del juez o tribunal de los resultados de la infracción, de los instrumentos con los que se ha cometido y los vestigios que esta dejó. A esta finalidad, sin embargo puede llegarse de diversas maneras.

Reconocimientos.-

Esta acción pretende llevar a conocimiento del juez aquellos objetos que son materia constitutiva de este tipo de prueba. El reconocimiento consiste en la apreciación directa y personal que realiza el fiscal o la policía judicial, bien sea movilizándose al lugar de los hechos o realizando la diligencia en las dependencias de las instituciones y, en los casos en que la ley así lo exija, con la intervención de peritos. Para este efecto el CPP en los Arts. 91 a 116 establece diferentes clases o tipos de diligencias, entre las principales tenemos:

- Reconocimiento del lugar donde se ha cometido el delito, Art. 92.
- Reconocimiento de lugares o sitios distintos de aquel en el que se cometió el delito para aprehender armas, efectos, documentos u otros objetos relativos a la infracción o a los responsables, Art. 93.
- Reconocimiento y avalúo de objetos sustraídos o reclamados, Art. 107.
- Reconocimiento de los instrumentos con que se cometió la infracción. Art. 110.
- Identificación del cadáver y autopsia, Arts 99 y 100
- Informe pericial en el que consten los signos demostrativos de la expulsión violenta del feto, tiempo de embarazo y causas que determinaron el hecho y si este ha sido provocado. En el caso de los delitos de aborto Art. 103
- En muerte por envenenamiento, debe realizarse el examen toxicológico de los órganos afectados, Art. 104
- En delito de lesiones, deben estas describirse en el informe, así como su diagnóstico, el instrumento que pudo haberlas causado, el estado de la víctima y el tiempo probable en que fueron producidas; Art. 105

- En delitos contra la propiedad, debe demostrarse m la preexistencia de la cosa sustraída y el hecho de encontrarse en el lugar de donde fue sustraída; Art. 106.

La policía judicial y el fiscal deberán describir en la forma más prolija y detallada posible el objeto que está siendo reconocido, señalando todas y cada una de las características que permitan tener una idea cabal y completa de lo que se ha reconocido, puntualizando dimensiones, formas, colores y más características, dejando constancia de ello en el acta correspondiente (Art. 116 CPP).

Incautaciones.- Según el Art. 93 cuando el Fiscal supiere o presumiere que en algún lugar existen efectos u objetos relacionados con la infracción o sus posibles autores, solicitará al juez competente autorización para incautarlos, así como la orden de allanamiento si fuere el caso.

Los actos periciales.-

El Art. 94 define a los peritos como los profesionales especializados en diferentes materias que hayan sido acreditados como tales, previo proceso de calificación del Consejo de la Judicatura.

La prueba pericial es necesaria cuando se trata de investigar la existencia de ciertos hechos, cuya averiguación para que sea bien hecha, exige necesariamente ciertos conocimientos técnicos. Se hace necesaria también a intervención pericial cuando debe decidirse sobre las cualidades de ciertos hechos o cuando de los hechos demostrados se trata de deducir sus consecuencias.

La pericia es un medio de prueba específicamente mencionado por la ley procesal, no se trata de un medio auxiliar para el juez o el fiscal, para suplirle en el desconocimiento de ciertos temas. El juez o el fiscal no pueden prescindir de su presencia por su sola voluntad yéndose en contra de la ley.

El Art. 95 del CPP, aparentemente impone al fiscal la obligación de hacer intervenir peritos, en el número que crea necesario, durante la indagación previa y la Instrucción Fiscal, en todos aquellos casos en que la ley así lo exige para la práctica de un acto de prueba material.

Los peritos además, deben comparecer en la etapa del Juicio para rendir testimonio y transmitir el conocimiento especializado sobre el tema específico a los jueces del Tribunal Penal. (Arts. 278, 291 CPP.).

La doctrina recomienda que para una adecuada y correcta valoración del informe pericial, deben tomarse en consideración dos aspectos fundamentales²⁴:

- a. La valoración ética y social del perito desde el punto de vista subjetivo.
- b. Los puntos de valoración de carácter objetivo tienen relación con los métodos científicos empleados, el grado de desarrollo alcanzado, o las técnicas utilizadas, según en que consista la actuación pericial y el objetivo que se busque: comprobar la existencia de la infracción y la identificación de los responsables.

Reconstrucción de los hechos.- El delito está constituido por acciones u omisiones de los que la ley hace depender la existencia o no de a responsabilidad del sujeto activo. De la forma en que se produzca la acción depende la producción del resultado. En muchos casos esta relación causal no puede establecerse con claridad, debido a que intervienen elementos tales como la confusión del momento, el número de los participantes, el lugar y la hora en que ocurrieron los hechos, así como otras circunstancias que pueden llevar al fiscal o al juez a la incertidumbre respecto a lo realmente ocurrido. Por medio de esta diligencia, establecida en el Art. 112 del CPP, se trata de reconstruir artificial o imitativamente un hecho en las condiciones en que se afirma o se presume que ha ocurrido, con el fin de comprobar si se efectuó o pudo efectuarse de un modo determinado.

3.4 LA PRUEBA DOCUMENTAL

CONCEPTOS GENERALES

El Art. 145 del C. P. P. considera que la Prueba Documental está constituida por documentos públicos o privados; este medio de prueba es uno de los más importantes dentro del procedimiento penal, con el que los Fiscales y los Jueces cuentan para descubrir la verdad histórica dentro de un proceso penal.

²⁴ Ibidem, pagina 139.

Al ser denominado, como bien lo denomina la ley vigente, “prueba documental”, incluye todo lo que el documento dentro de sí encierra, inclusive los instrumentos tradicionalmente conocidos dentro de nuestra legislación civil y penal como públicos y privados.

Por lo general, se entiende como documento a todo aquel en que consta alguna circunstancia o hecho que tiene validez o importancia en una relación jurídica, o en un proceso. Es todo escrito o expresión gráfica presentados como medio de prueba en una causa penal.

Los documentos, pueden serlo a su vez por haberse confeccionado previamente para constituir una relación jurídica a la que sirven luego de prueba, como las escrituras de una cesión de bienes, o tales documentos vienen a resultar prueba casualmente y posteriormente al suceso a que se refieren, como el recibo de una cantidad en un delito de estafa.

El documento como medio de prueba hace referencia a su contenido ideológico, es decir, a lo que él dice, o a lo que con él se relaciona. Por lo tanto, el documento es el medio por el cual se prueba un hecho al que hace referencia

El documento puede tener por objeto hechos de cualquier clase, pasados o presentes, o hechos que, en concepto de quien realiza el documento, pueden o deben suceder en el futuro. Puede referirse el documento a actuaciones de las personas, puede referirse a los pensamientos propios o ajenos; a los sentimientos personales, etc.

VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

El Art. 169 del C. P. C., además de ejemplificar los instrumentos públicos, también establece el valor probatorio de los mismos, cuando expresa que “hacen fe y constituyen prueba plena”.

En relación con lo dicho es necesario considerar que todos los documentos públicos tienen fuerza obligatoria y valor probatorio. Vinculan a las partes que intervienen en el mismo, o a la persona que hace la declaración de voluntad. Pero los documentos, además, hacen prueba frente a esas partes y frente a terceros. Por tal razón es que el Art. 170, ib, en forma expresa declara que “el instrumento público hace plena fe, aun contra terceros, en cuanto al hecho

de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes”.

Además, es necesario tener presente que de acuerdo con el mandato contenido en el Art. 180, ib., “la fuerza obligatoria de un instrumento” es indivisible y, por lo tanto, “no se puede aceptarlo en una parte y rechazarlo en otra”.

Coincidiendo con el criterio del Dr. Zavala Baquerizo²⁵ consideramos que el valor probatorio de un documento está dado por la capacidad que tiene de llevar al juez y a cualquier persona al convencimiento de la existencia del hecho que es objeto del documento. Es esa capacidad una verdadera fuerza lógica de convencimiento permite al juez, y a cualquier persona, tener la certeza de que el hecho, materia del documento, ha existido. Este es el aspecto dogmático, pero no es precisamente el criterio legal, pues de acuerdo con la naturaleza del documento (público o privado) el valor probatorio es impuesto o no. Por tal razón es que el citado Art. 169 del CPC, expresa que “constituyen prueba”, esto es, que imponen su fuerza probatoria los instrumentos públicos, como así lo dice el Art. 1744 del Código Civil, pero esta fuerza probatoria impuesta para terceros, sólo se refiere al hecho de haberse otorgado y su fecha, además un instrumento público prueba sobre la existencia del contenido del documento.

La fuerza probatoria del instrumento público por lo tanto, se extiende:

- A la fecha de su otorgamiento;
- Al hecho de su existencia como documento; y,
- Al hecho de la existencia de las declaraciones contenidas en el mismo.

La misma ley, hace la salvedad de que el valor probatorio del documento sólo se refiere a la fecha y al documento, pero no a la verdad de las declaraciones que constan en el mismo, pues en relación con dicha verdad, sólo se impone el valor probatorio a las partes que intervinieron en su otorgamiento.

No es lo mismo el valor probatorio de un documento que la fuerza obligatoria del mismo. Una escritura pública en que consta un contrato de compraventa de un inmueble tiene valor probatorio no sólo ante las partes, sino ante terceros. Si el comprador exhibe el instrumento

²⁵ Ibidem, páginas 567 – 571.

público registrado que contiene el susodicho contrato, ese instrumento prueba su derecho de propiedad no sólo ante el vendedor -antiguo propietario- sino ante cualquier otra persona, y si el tercero pretende oponerse a ese derecho de propiedad está obligado a probar la falsedad del documento, o de su contenido. Hasta que se presente esa prueba y sea declarado falso el documento, éste hace prueba.

Por regla general todo documento público tiene valor probatorio aun ante terceros, pero sólo tiene fuerza obligatoria con relación a las partes que intervinieron en el otorgamiento del mismo.

Ahora bien, la regla general que acabamos de estudiar y que está aceptada en nuestra legislación civil, no es absoluta. Aún más, podríamos decir que se refiere principalmente a los instrumentos públicos surgidos por voluntad de las partes, como actos y contratos; en tanto existen otros documentos públicos en que la fuerza probatoria se extiende inclusive a la verdad de las declaraciones contenidas en el documento.

Con respecto al valor probatorio que tienen los documentos *ad solemnitatem* y *ad probationem*, Zavala Vaquerizo a quien seguimos en esta parte de la investigación, sostiene que existen documentos que deben ser necesariamente escritos y solemnes para que al acto o el contrato en él contenido tenga eficacia jurídica. Estos documentos, necesariamente escritos, surgen a la vida de manera solemne por necesidad de su eficacia jurídica, pues sin dichas solemnidades no son capaces de producir el efecto que de ellos se espera. Pero existen otras clases de documentos que sólo surgen para que, en el futuro, puedan servir como un medio de prueba sobre ciertos actos y contratos en ellos contenidos (*ad probationem*) y que son redactados, precisamente, con la intención de preconstituir un medio de prueba.²⁶

Es muy importante, aclarar en este punto, que, tanto los documentos solemnes, como los no solemnes, pueden servir en un momento dado como medios de prueba, es decir tienen valor probatorio. Lo que diferencia a los unos de los otros, es que los *ad solemnitatem* no surgen con el fin especial de servir de medio de prueba, sino para poder constituir un derecho, o para establecerlo, modificarlo o extinguirlo, pero que, en un momento dado, pueden servir

²⁶ Ibidem, páginas 567 -571

como medio de prueba. Tal es el caso de la hipoteca de un inmueble. Para hacer efectiva la hipoteca es necesario presentar como prueba de su constitución el respectivo contrato solemne debidamente inscrito.

En lo que se refiere al valor probatorio de la prueba documental, el Art. 146 del CPP dice: “La valoración de la prueba documental se la hará por la calidad de documentos públicos o privados, así como por su relación con el conjunto de las demás pruebas que obren en el proceso”.

Debemos recordar que el sistema de valoración de la prueba dentro del procedimiento penal ecuatoriano es como lo hemos explicado, el de la sana crítica razonada, por lo que no podía hacerse ninguna excepción cuando se trata de la prueba documental. Por lo tanto, aquello de “prueba plena” no puede ser valedero dentro del procedimiento penal. En consecuencia, tratándose del valor probatorio del documento público, como de cualquier otro medio de prueba, el juez debe seguir las reglas de la sana crítica. liberándose así del criterio inquisitivo de que ciertos medios de prueba, en su valoración, quedan sometidos a formalidades legales.

De la lectura del texto del artículo que estamos comentando se llega a la necesaria conclusión de que el juez no está obligado de manera absoluta a aceptar la validez del documento público sin reserva alguna, sino que, pese a su calidad de genuino, debe valorarlo de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En caso contrario el juez quedaría sometido al contenido del documento que puede ser falso a pesar de que formalmente dicho documentos sea genuino y auténtico, como lo hemos explicado en líneas anteriores.

Dentro de la normativa procesal penal el Art. 146 del CPP, expresa en forma precisa que el valor probatorio de la prueba documental surge en razón de la calidad del documento, público o privado. En consecuencia, en el proceso penal es necesario admitir el documento público considerando que existe como tal; que tanto el lugar como la fecha de su otorgamiento son ciertos; que es auténtico en tanto las personas que intervinieron son las que, en efecto, debían haber intervenido, y que es un documento con un contenido expreso. Sobre estos puntos es evidente que el documento público, dentro o fuera del proceso penal, tiene valor de prueba hasta tanto no se demuestre lo contrario, es decir, que no sea

impugnado de falso. Pero no tienen valor probatorio suficiente las declaraciones contenidas en el documento, pues dichas declaraciones sólo prueban contra las personas que intervinieron en el otorgamiento.

Sin embargo, si el documento público se encuentra en oposición con otros medios de prueba introducidos en el proceso penal, el juez no está obligado a aceptar como verdaderos la fecha, el lugar y el contenido del documento, sino que, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, puede excluir la valoración del documento público y aceptar la veracidad de los otros medios de prueba. Así es como se debe interpretar la parte final del artículo que estamos comentando, cuando le dice al juez que debe asumir el valor probatorio del documento no sólo por su calidad de público, o de privado, sino también poniéndolo en “relación con el conjunto de las demás pruebas” que fueran introducidas en el proceso, ratificando así el sistema de la sana crítica que debe aplicar el juez al valorar cualquier medio de prueba.²⁷

En cuanto al documento privado, bien se puede decir que no siempre tiene fuerza obligatoria, ni aun contra los mismos que lo otorgaron, ni tampoco tiene valor probatorio contra terceros. El documento privado, por si, carece de significación jurídica. Esta verdad la reconocen tanto el C. P. C. como el C. P. P. cuando el primero expresa que, para que el instrumento privado haga fe como un instrumento público” es necesario que se cumpla con alguna de las exigencias a las que se refiere el Art. 198. ib.

En lo que se refiere al reconocimiento de un documento privado, la ley procesal penal es celosa en cuidar que no se atropellen las garantías constitucionales y por tal razón es que el Art. 14 7 dice: “No se obligará al imputado ni al acusado, a que reconozca un documento, ni la firma constante en el mismo”, pero se aceptará su reconocimiento voluntario.

Zavala explica que pueden darse dos situaciones jurídicas en relación con el valor probatorio y el reconocimiento de un documento privado, a saber: el uno, que hubiera sido otorgado antes de la comisión del delito; el otro que hubiera sido reconocido antes de la iniciación del proceso penal.

²⁷ Zavala Vaquirizo Jorge, páginas 559-592.

Una persona por ejemplo, entrega a otra una cosa mueble para que haga de ella un uso determinado, y para constancia de tal entrega el que la recibe firma un documento privado en que consta la predicha entrega. Si el que la entregó, una vez suscrito el documento, solicita el reconocimiento de la firma y la rúbrica del que recibió la cosa, ante un juez civil, y se practica el reconocimiento, no se puede dudar que ese instrumento privado surte los efectos de instrumento público. Pero si el que recibió la cosa se apropia de la misma y no la destina al fin previsto, comete el delito tipificado en el Art. 560 C. P, y el ofendido puede llegado el momento, presentar como prueba el documento privado con valor probatorio de documento público que se otorgó al momento de la entrega de la cosa. Pero si el que entrega la cosa no hace constar por escrito dicha entrega, y el que la recibe la distrae en su provecho personal, no puede el ofendido obligar a que el agente del delito otorgue, después de iniciado el proceso penal, el recibo, y una vez otorgado éste lo reconozca.

LOS DOCUMENTOS COMO OBJETO DE PRUEBA

Lo explicado anteriormente se refiere al documento como medio de prueba, pero no como un objeto de prueba. Sobre este caso del documento como objeto de prueba, el Art. 148 del CPP dice: “Cuando el documento fuera impugnado el Fiscal o el juez podrán ordenar la prueba pericial con intervención de los especialistas de la Policía judicial”

Cuando el documento es objeto de la prueba ya deja de ser un medio de prueba y, en consecuencia, no debe estar comprendido dentro del Capítulo dedicado al documento como medio de prueba, sino el dedicado a los documentos como objeto de la prueba, es decir debió haber formado parte del capítulo referido a la prueba material para ser utilizado junto con los otros actos de reconocimiento específicos.

La prueba documental es un hecho totalmente diverso de la percepción inmediata de un documento, o del llamado “reconocimiento de un documento por medio de la pericia”. En la prueba documental lo que se aprecia es la fase intelectual del mismo, es decir, lo que el documento dice, su contenido en palabras, signos, o imágenes. En tanto que en el reconocimiento pericial del documento lo que interesa es la parte material, esto es, la clase de papel en que está confeccionado, la clase de escritura, las huellas dactilares que pueden presentar, o los vestigios de alteraciones o modificaciones de sus signos, marcas, o firmas.

En este caso, el documento es el *objeto* del reconocimiento; en el primero, es un *medio de prueba*.²⁸

El documento es, en su conjunto externo e interno, un bien jurídico que se encuentra protegido por el Estado. Su falsificación, o su falsedad, sea el documento público, o privado, se encuentra comprendido en el título IV del Libro III del Código Penal, bajo el epígrafe de “Delitos contra la fe pública”, debiendo entenderse, por el valor jurídico que el Estado concede a ciertos documentos, que sirven para el desenvolvimiento normal de las actividades de los miembros de la sociedad.

3.5 LA PRUEBA TESTIMONIAL

EL TESTIMONIO CONCEPTO Y NATURALEZA

La prueba testimonial es considerada como la más común de las pruebas y los testigos son aquellas personas que han percibido a través de sus sentidos, hechos que son relevantes para la resolución del caso y por eso declaran sobre los hechos.

Carnelutti dice que el testimonio es una prueba indispensable, pero que debe ser percibida y valorada con extrema cautela, ya que la fidelidad del relato depende de la atención del testigo en el momento en que acaecieron los hechos narrados, y de su memoria.

El testigo es la persona física que declara, o puede declarar, ante el Tribunal Penal o el Juez relatando datos, circunstancias o hechos que conoce y que son objeto de la investigación. Así el testimonio es la declaración recibida con las formalidades legales, bajo juramento, referente a los hechos motivo del proceso, proveniente de persona extraña a ellos.²⁹

Como lo afirma Ricardo Vaca³⁰ “el testimonio es el modo más adecuado para reconstruir los acontecimientos humanos sobre la base de una recordación más o menos fidedigna de lo acontecido; por ello, es la prueba que se desenvuelve con mayor agilidad, con relativa facilidad, y hasta con excesiva frecuencia, de tal manera que en la actualidad resulta difícil encontrar un proceso penal en el que no existan testimonios.”

²⁸ Zaval Vaquerizo Jorge, páginas 559-592.

²⁹ García Falconí José, Manual de Práctica Procesal Penal, paginas 208 – 209.

³⁰ Vaca Andrade Ricardo página 163

G. Nores, define al testimonio como "... la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer por percepción de sus sentidos sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de éstos".

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

- Quien rinde el testimonio es el testigo, que es la persona física que tiene existencia real es decir, que pueda percibir y transmitir sus percepciones.
- El testigo puede ser citado para que declare o puede presentarse espontáneamente. También puede ser obligado a comparecer con la fuerza pública.
- La declaración es una manifestación de conocimiento que se trata de transmitir al Juez sobre lo que el testigo conozca acerca del hecho delictivo; sus circunstancias y el daño causado; o sobre los partícipes y sus condiciones personales y los motivos que hubieren tenido para delinquir. También puede versar sobre otros hechos o circunstancias ajenos al delito y los responsables de él, como cuando se trata de por ejemplo, de probar tachas de otros testigos. El conocimiento lo debe haber adquirido a través de los sentidos.
- Generalmente se lo rinde oralmente salvo algún impedimento físico (sordomudo que sabe escribir), o que se brinde un trato preferencial (informes de autoridades o funcionarios).
- La declaración debe producirse dentro del proceso.
- Del testigo se espera obtener datos verdaderos sobre los hechos investigados para lograr la reconstrucción conceptual del delito.

RECEPCION El contenido del artículo 119 del CPP, cambia la concepción anterior respecto a la prueba testimonial. Se dispone que la prueba testimonial sea recibida, por regla general en el juicio, ante el Tribunal Penal, aunque por excepción, los jueces penales pueden recibir los testimonios de los enfermos, de los que van a salir del país, de las víctimas de violencia sexual y de aquellos que demuestren que no podrán concurrir a la audiencia del tribunal penal. Por lo tanto únicamente aquellos testimonios rendidos ante los Tribunales de Garantías Penales o los Jueces de Garantías Penales tendrán el valor de

prueba.

Devis Echandía³¹ al respecto manifiesta “procesalmente hablando, no toda declaración es un testimonio, pues para que lo sea, es indispensable que se haga ante un juez, para fines procesales”.

El Art. 119, en su último inciso dispone además, que el Fiscal antes del juicio podrá recoger versiones del sospechoso, del imputado, del ofendido y de terceros sobre los hechos y circunstancias materia de la investigación o de la instrucción, información que solamente tendrá valor de prueba cuando sean ratificadas mediante testimonio rendido en la audiencia.

CLASIFICACIÓN

El artículo 117 CPP clasifica a la prueba testimonial en testimonio propio, testimonio del ofendido y testimonio del imputado.

Según algunos criterios, testimonio, en sentido restringido es únicamente el que rinde el tercero no interesado en el proceso, lo cual puede darse dentro de los procesos civiles. Más, en los procesos penales, el testimonio lo rinden también los que están involucrados en la perpetración del delito, ya sea de quienes supuestamente han concurrido a su comisión, o de los que tienen la calidad de víctimas, ofendidos o agraviados; intervengan o no en el proceso mediante acusación particular.

TESTIMONIO PROPIO

Concepto

La mayor parte de procesos penales tienen como base las versiones que debe recibir el juzgador acerca de lo que otras personas saben o conocen acerca del cometimiento de un delito y de la actuación de las personas involucradas. A través del testimonio una persona que ha conocido un hecho, transmite ese conocimiento al funcionario judicial. La condición del testigo se adquiere tácticamente desde cuando se ha tenido conocimiento de un hecho, y procesalmente, cuando mediante providencia se ordenen a esa persona deponer en el

³¹ Devis Ehandia Hernando, Compendio de Derecho Procesal.

proceso.³²

Características

- El Art. 123 del CPP, define al testimonio propio como aquel rendido por un tercero que no es parte en el proceso, ni ofendido por la infracción. Conforme con esta definición, la primera característica del testimonio propio debe ser la imparcialidad, la que le diferencia de los testimonios rendidos por los acusados o por los ofendidos. Por ello quienes están ligados por algún interés específico o personal que se conozca, o se llegar a conocer, no podrían ser considerados como testigos idóneos.
- Aunque la percepción de la realidad sea objetiva, no siempre la transmisión de los conocimientos será absolutamente ajustada a la verdad, tomando en consideración que el grado de atención que permite percibir los hechos que no siempre es igual en todas las personas, lo que deberá tomarse en cuenta al momento de valorar la prueba. Por lo general el testigo no está predispuesto a la percepción y entre ella y el momento de la declaración hay un período apreciable de tiempo que en ocasiones puede ser muy largo. Desde que el testigo presencia la comisión del delito hasta el momento en que debe comparecer a rendir su testimonio transcurrirá un tiempo que con seguridad, influirá en la fidelidad de su declaración.³³
- Por otro lado, la idoneidad del testigo, es también una característica esencial del testimonio propio. Tiene por finalidad procurar que el juzgador pueda distinguir entre los testimonios que tienen validez jurídica y que pueden ser aceptados para influir en la decisión de la causa, de aquellos que no gozan de esta cualidad. En el proceso penal no se establecen reglas precisas para calificar y aceptar unos testimonios y rechazar otros, pero el juez para poder reconstruir el hecho delictivo debe valorar los testimonios conforme a las reglas de la sana crítica racional. Por estas razones el Art. 125 del CPP, señala como regla general que el juzgador no rechazará el testimonio de ninguna persona, aunque naturalmente el juez es libre de apreciar el grado de credibilidad de cada testigo.

³² Vaca Andrade Ricardo página 169.

³³ Vaca Andrade Ricardo, páginas 170 – 183

Testimonios Inadmisibles

La inadmisibilidad del testimonio tiene que ver con condiciones que de alguna manera ligan a los testigos con los hechos que se investigan en un determinado proceso. El Art. 126 del CPP dispone que no podrán ser obligados a declarar los parientes del acusado comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, ni su cónyuge o conviviente en unión de hecho. Aunque sus testimonios rendidos voluntariamente podrán ser recibidos, pero el juzgador debe valorarlos tomando en cuenta la existencia del vínculo conyugal o de parentesco existente. Lo que se prohíbe es obligar a declarar en juicio más no recibir el testimonio voluntario del cónyuge o parientes, sin embargo debemos tener presente que en no pocos casos el delito se comete en presencia de estas personas vinculadas con el acusado.

El inciso segundo del Art. 126, dispone que tampoco se recibirá el testimonio de las personas depositarias de un secreto en razón de su profesión, oficio o función, si la declaración versa sobre la materia del secreto. En caso de haber sido convocadas, estas personas, deberán comparecer, explicar el motivo del cual surge la obligación de guardar el secreto y abstenerse de declarar. Esta prohibición se fundamenta en la necesidad ética de guardarse para sí y no hacer públicos los hechos, circunstancias, datos o detalles que siendo secretos han llegado a su conocimiento, pero en razón del ejercicio de sus funciones u oficio. En cambio el secreto ajeno al servicio de dichas funciones, no obliga a la reserva.

Al respecto el Art. 201 del CP, dice que "El que teniendo noticia, por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revelare sin causa justa, será reprimido con prisión de seis meses a tres años....".

En esta prohibición se incluye a los ministros de un culto determinado, cuyo secreto se basa en razones morales o de conciencia, principalmente el secreto de confesión, aunque no se limite a él, en cultos que no admiten o aceptan la confesión. De igual manera, los abogados, procuradores, notarios, registradores; todos ellos por razón de su profesión y también los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares de las profesiones relacionadas con el bienestar físico y mental porque la reserva tutela la libertad del paciente de guardar para sí asuntos inherentes a su salud, particularmente aquellos que forman parte de su intimidad. No obstante lo anterior, debe tomarse en cuenta lo prescrito en el artículo 293 del Código

Penal que impone a "Todo médico, cirujano, dentista, obstetrix, o cualquier otra persona que, en el ejercicio de profesión sanitaria, al prestar servicios profesionales, descubriere un hecho que presente los caracteres de delito la obligación de denunciarlo a menos que la denuncia pueda acarrear responsabilidad penal a la persona asistida, caso en el cual también y en última instancia prevalece la necesidad de guardar el secreto profesional. Pero, si el acusado autoriza expresamente al profesional que revele sus secretos porque ello le favorecería procesalmente, se debe recibir el testimonio.

También se incluyen en la prohibición a militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado, en razón de que la seguridad interna o externa del mismo podría ser puesta en peligro; consecuentemente prevalecen estos bienes jurídicos por sobre la necesidad de descubrir la verdad en un proceso penal.

La regla general es que los testimonios se presten con juramento, pero además de las señaladas existe otra excepción constante en el Art. 127: "los menores de dieciocho años declararán sin juramento, pero con la presencia de un curador que en el mismo acto nombrará y posesionará el Tribunal".

EL TESTIMONIO DEL OFENDIDO

Concepto y Naturaleza

El artículo 140 del CPP dispone que "Cuando el ofendido haya presentado acusación particular estará obligado a comparecer ante el Tribunal de Garantías Penales, para rendir su testimonio con juramento. La declaración del ofendido por si sola, no constituye prueba". Del texto de esta disposición se desprenden las siguientes conclusiones:

- Es aquel rendido por el ofendido en el Juicio cuando comparece ante el Tribunal de Garantías Penales
- Es opcional o facultativo si es que no se ha presentado acusación particular; en cambio, es obligatorio si es que se ha presentado acusación particular.

El ofendido puede además, comparecer ante el Fiscal o ante la Policía Judicial, en la fase de investigación previa o en la etapa de la Instrucción fiscal, para aportar datos que puedan contribuir a una más pronta, más efectiva y mejor investigación de los hechos delictivos; y, principalmente al descubrimiento de los responsables. Pero, ciertamente, la versión que

podiera recibírsele antes del Juicio, no puede calificarse como "testimonio" del ofendido. Así el artículo 216 faculta al Fiscal a recibir del ofendido sin juramento, la versión que diere.

En cuanto a su importancia, el agraviado, ofendido o víctima de la infracción es, posiblemente, la persona que mejor enterada está de la forma en que se dieron los hechos, es decir, cómo se produjeron, cuáles fueron los antecedentes, cuáles fueron las acciones y cuáles las reacciones, qué palabras se dijeron y quienes las pronunciaron, quiénes intervinieron y en qué momento o forma, etc. Por lo tanto, está en capacidad de transmitir estos conocimientos al Tribunal de Garantías Penales y contribuir, de esta forma al descubrimiento de la verdad, aunque, en algunos casos, como cuando se produce la muerte de la víctima esto no es posible. Es ofendido, en cuanto sufre directa y personalmente la lesión del bien jurídico afectado, o, en todo caso, ha sufrido un daño o perjuicio. Puede ser una persona natural o jurídica, imputable o inimputable, capaz o incapaz.

Cuando se trata de una persona natural, si puede y está capacitada, comparecerá personalmente ante el Tribunal penal para rendir su testimonio. Si se trata de un incapaz, por él comparecerá el tutor o curador, con lo cual se desvirtúa la finalidad de este testimonio porque ya no será la versión del directamente afectado la que obtenga el juzgador y se incorpore al proceso penal sino la de una tercera persona que ha conocido de los hechos en forma indirecta, por interpuesta persona.

Siguiendo al profesor ecuatoriano Walter Guerrero³⁴, podemos añadir que "Algunas personas relativamente incapaces, como aquellas que se encuentran en interdicción de administrar sus bienes, pueden perfectamente rendir su declaración instructiva((llamada así en el anterior CPP). Más, otras personas relativamente incapaces, como los menores adultos, si bien pueden rendir una declaración sin juramento, no podrían prestar una declaración instructiva, porque ésta, siempre tiene que receptarse con juramento. Por otro lado, las personas absolutamente incapaces como los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, se encuentran impedidos física y legalmente de transmitir en forma fidedigna su conocimiento sobre la acción delictiva. En estos casos, el Juez no tendrá otro camino que negarse a receptar los testimonios

³⁴ Guerrero Vivanco Walter, página 256

instructivos"

Si la agraviada es una persona jurídica, por ella comparecerá el representante legal con el nombramiento que lo acredite como tal. Como se puede rendir únicamente compareciendo ante el Tribunal penal, es decir, en la etapa del Juicio, queda claro que únicamente procede en los procesos penales por delitos de acción pública y no en los de acción privada.

Como ya dijimos, no es indispensable que el ofendido esté interviniendo en el proceso penal en calidad de acusador particular, pues lo que interesa es que el directamente afectado suministre los datos e información necesarias para descubrir la verdad, a lo cual se compromete de manera expresa en virtud del juramento que rinde ante el Tribunal Penal. Este testimonio, no obstante, difiere sustancialmente del propio, en cuanto no es un tercero imparcial el que lo rinde, peor aún si el ofendido se ha convertido en parte procesal mediante la presentación de su acusación particular, pues, en este caso, manifestará su antagonismo para con el acusado por contraposición de intereses en el orden penal y civil.³⁵

Por lo demás, en cuanto a la valoración jurídica, habrá que tener presente que se trata de un testimonio especial, aunque hay juramento de por medio, puesto que siendo el ofendido el que lo rinde, vale decir, la persona que se ha visto y sentido agredido, lesionado o destruido su propio derecho, está impedido de mantener la exacta y objetiva dimensión de los acontecimientos, sin alterarlos en beneficio personal y detrimento del acusado.³⁶

Características

Es un testimonio juramentado.- Por expresa disposición legal (Art.140 CPP) se lo debe recibir con juramento. Hay criterios de autores que consideran que este testimonio, al igual que el del acusado, se debe recibir sin juramento por el interés directo que tienen las partes involucradas. Pero parece que más conveniente es someter al ofendido a la presión que el juramento tiene por sí mismo, tanto para asegurar que pese a sus personales conveniencias dirá la verdad, como también para evitar la proliferación de denuncias y acusaciones particulares falsas. Entendida la obligación positiva, como cualquier otro testigo, de decir la verdad, y hay derecho a exigírsela; por consiguiente es legítimo aplicarle todos los medios de coerción a los que se somete cualquier otro testigo. Y si creemos que el juramento es una

³⁵ Vaca Andrade Ricardo, páginas 201 - 208

³⁶ Guerrero Vivanco Walter, páginas 256 - 258

coacción moral capaz de impedir la mentira, aún el ofendido debe jurar, con mayor razón si consideramos el impulso a mentir que este puede tener³⁷.

Por sí solo no constituye prueba.-Así dispone en forma expresa el artículo 140, inciso segundo; por lo tanto, tiene un valor complementario ya que el juzgador debe valorar esta prueba junto con todas las demás existentes en el proceso, por medio de la sana crítica.

Idoneidad.- Como se puede presentar, por excepción, denuncias de descendientes contra ascendientes o viceversa, de cónyuges entre sí, o de hermano contra hermano, en los términos del Artículo 45 del CPP, es posible que se reciba el testimonio de estas personas, cuando, en efecto, sean ofendidas o agraviadas, si se trata de un caso previsto en las leyes de protección de la mujer y la familia; y, cuando entre ofendido e imputado o acusado exista un vínculo matrimonial o de parentesco.

Es un derecho renunciabile.-El ofendido tiene derecho a que se le reciba el testimonio, pero puede renunciar a él, al igual que está dentro de sus facultades presentarse o no como Acusador Particular, lo cual no es un requisito de procedencia en los procesos por delitos de acción pública.

Puede ampliarse.-Cuando el Presidente del Tribunal Penal, después de recibido el testimonio, considere la necesidad de obtener mayores datos para la investigación de parte del ofendido, puede disponer una nueva comparecencia. Del mismo modo procederá cuando haya solicitud expresa de parte, artículo 300 del CPP. Tanto esta nueva comparecencia como la primera, se tomarán como un todo indivisible para la valoración judicial.

EL TESTIMONIO DEL ACUSADO

Concepto

Este es un testimonio como cualquier otro con la sola particularidad de que lo rinde el acusado de cometer el delito, es decir, el protagonista de los hechos, el que posiblemente realizó la acción descrita en la ley. Por lo tanto, tiene características especiales en cuanto es el propio involucrado el que lo rinde, siendo como es el que mejor conoce la forma en que

³⁷ Vaca Andrade Ricardo, páginas 207 – 208.

se dieron o se produjeron los acontecimientos y puede, con su versión, aclarar la situación, a veces confusa, diciendo al juzgador lo que hizo, como lo hizo, cuando lo hizo, y sobre todo, por qué lo hizo. Si el acusado no se abstiene de declarar, de su versión y el respectivo interrogatorio, puede obtenerse una gran cantidad de elementos que servirán para la decisión de la causa.³⁸

La norma contenida en el Art. 143 del Código de Procedimiento Penal, expresa que el acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el Tribunal de Garantías Penales. Su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él.

Garantías del Procesado

La declaración del procesado, debe recibirse dentro del más estricto respeto a las garantías del debido proceso, sin acudir a métodos contrarios a las libertades de la persona y de a su dignidad. Al procesado que es llamado a rendir su testimonio se le concede el derecho de guardar silencio, es decir de abstenerse de declarar. Si su decisión es declarar, el interrogatorio será la pieza base a partir de la que se exigirán sus garantías que deberán cumplirse dentro de un concepto de lealtad por parte del juez y la Fiscalía para que no se vulnere su derecho a la defensa. Tanto su silencio como su declaración serán valorados conforme a las reglas de la sana crítica

El testimonio acusatorio se caracteriza por ser rendido ante el Tribunal de Garantías Penales sin ningún tipo de coacción física o psíquica, pues de lo contrario no tendría ningún valor. Se dice que la persona actúa libre y voluntariamente cuando no tiene presiones de ningún tipo y cuando sus facultades mentales y volitivas se hallan libres de toda intervención de agentes extraños. En caso de que el Tribunal de Garantías Penales descubra que en el acusado hay síntomas de alienación mental, debe ordenarse su inmediato reconocimiento, nombrando y posesionando como peritos a dos especialistas, quienes presentarán su informe por escrito en el plazo que determine el Tribunal, para los efectos señalados en el artículo 34 del CP, hasta tanto no puede receptarse el testimonio del

³⁸ Vaca Andrade Ricardo, páginas 209 - 214

acusado.

Valoración del testimonio del Acusado

Este testimonio puede tener un contenido muy variable: la descripción de un hecho propio, el relato de un hecho ajeno, esto es de algo ejecutado por otras personas quienes podrían haber intervenido como autores directos y materiales; en general, el testimonio puede adquirir el carácter de disculpa o confesión, y en todo caso sirve como una versión personal de los acontecimientos delictivos que se juzgan y en los cuales habría tenido alguna participación. Habrá siempre que tener presente la posibilidad de que el acusado, faltando deliberadamente a la verdad, trate de confundir al juzgador dando una versión distorsionada de los hechos para salvarse a sí mismo y hacer recaer responsabilidades en otras personas; o, por el contrario, asuma responsabilidades por conductas que no le son imputables o de las que no es totalmente responsable.³⁹

El valor jurídico del testimonio se halla expresado con claridad en la segunda parte del inciso primero del Artículo 143 del CPP, en razón de que realmente si la versión que da el acusado es la verdadera puede servirle como medio de defensa y de prueba a su favor, tanto más que él mismo es, a veces, la única persona que puede dar una versión fidedigna y pormenorizada de los hechos delictivos que han sido sometidos a investigación o juzgamiento en el proceso penal, tratando de puntualizar su actuación para determinar su propia responsabilidad o inocencia.

Aun en el supuesto de que el testimonio del acusado se rinda con juramento, la versión que éste dé no puede tener el mismo poder de convicción o probatorio que tienen los otros testimonios, particularmente el testimonio propio, aunque la información del directamente implicado es, a no dudarlo, la más valiosa que se puede obtener, especialmente si no hay motivo para dudar de su veracidad. Puede ser de gran utilidad para que el juzgador conozca detalles, descripciones, disculpas y motivaciones que sólo pueden ser aportados directamente por el propio acusado.

Siendo un testimonio necesario no es imprescindible. Por lo tanto, si el acusado no quiere rendir testimonio, con juramento o sin él, nadie le puede obligar a ello, como en efecto así

³⁹ Vaca Andrade Ricardo, páginas 210 – 212.

lo dice expresamente el artículo 143: "El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo...".

Es de suprema importancia que se cumpla a cabalidad el principio de inmediación de la prueba en materia penal, y por lo tanto, sea el Tribunal de Garantías Penales el que reciba el testimonio, directamente de parte del acusado, para que en su momento analice su personalidad, sus actitudes, sus acciones y reacciones, así como su comportamiento general durante la declaración.

FLORIAN, citado por Ricardo Vaca⁴⁰, manifiesta al respecto que "para apreciar eficazmente la declaración del acusado es preciso tener muy en cuenta los elementos suministrados por la observación hecha acerca de él y por el pleno conocimiento de su múltiple personalidad antropológica, psíquica y moral, y dentro de ellas, fundamentalmente su edad, sexo, inteligencia, grado de cultura, condiciones económicas y sociales del sindicado"; esta apreciación sólo será posible cuando exista un contacto directo entre el juzgador y el acusado.

Admisión de responsabilidad

Puede suceder que el acusado al narrar su participación, expresa o tácitamente, admita, libre y voluntariamente, su propia responsabilidad en los hechos delictivos. De haberse probado la existencia del delito, dicho testimonio tendrá valor de prueba en contra del acusado. Dicho de otro modo, la sola admisión de responsabilidad penal en el testimonio del acusado, sin existir la comprobación de la existencia de la infracción no puede constituir prueba en su contra. Por lo tanto la admisión libre y voluntaria de la propia responsabilidad puede servir como prueba de descargo, cuando por ejemplo se determina la participación del acusado en un grado distinto al de autor; así como también puede servir de prueba de cargo, por más que haya sido aportada por el propio encausado.

Si se ha probado la existencia de la infracción, y el acusado, libre y voluntariamente, admite su culpabilidad, el testimonio del acusado tendrá el valor de prueba en su contra.

Si el acusado se declara autor de la infracción, el Fiscal no queda liberado de su obligación

⁴⁰ Ricardo Vaca Andrade, página 223.

legal de encontrar pruebas o evidencias que constituyan prueba material del cometimiento del delito, las que deben ser exhibidas o presentadas al Tribunal de Garantías Penales en la celebración del Juicio. Y esto en razón de que la sola declaración del imputado o acusado, o su propio testimonio, no son suficiente prueba que pudiera servir de base para condenar. Así, si alguien dice que ha matado y narra la forma y circunstancias en lo ha hecho, hay que comprobar como ordena el CPP que en realidad se ha cometido un delito de homicidio, pues la sola afirmación del imputado o acusado no es suficiente para condenarle.

Según el artículo 143 del CPP si el acusado solicita al Tribunal de Garantías Penales que se le reciba su testimonio con juramento y aquello efectivamente llega a ocurrir y en su narración acepta los cargos formulados por el Fiscal en su contra, podríamos hablar doctrinariamente de confesión, en cuanto ello se ajusta a la última acepción de la definición de Cabanellas “admitir culpa en delito o falta”

CAPITULO IV

4.1. LA ETAPA DEL JUICIO EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Todo proceso penal tiene fundamentalmente cinco fases: una de investigación o instrucción, una intermedia de control de la investigación, el juicio, una fase de impugnaciones y una de ejecución de la pena. Tal es la lógica de cualquier proceso penal. Debe rescatarse la idea de que todas las fases del proceso penal deben girar en torno a la etapa del juicio. Es importante tener en cuenta que el proceso penal se entiende y desarrolla correctamente cuando la fase del juicio es la principal, alrededor de la cual debe engarzarse cada elemento del proceso. Cuando en el diseño de un Código de Procedimiento Penal y en la práctica procesal penal se descubre que el proceso no gira en torno a la fase del juicio, ello significa que ese proceso y esa práctica están distorsionados.⁴¹

Por lo general en la práctica latinoamericana ocurría que todo el proceso giraba alrededor de los actos iniciales de la instrucción del sumario. El proceso siguiendo el lineamiento

41 Binder Alberto, paginas “LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO” IDEAS Y MATERIALES PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENA, Página 198, 99.

acusatorio oral tiende a estructurar correctamente el procedimiento penal alrededor del fortalecimiento del juicio principal.

La consecuencia fundamental de esta concepción es que las etapas previas al juicio, es decir la instrucción o investigación y la etapa intermedia o de control, no son sino fases preparatorias de la acusación. Esta constituye una enorme diferencia respecto del sistema inquisitivo, en este último la etapa del sumario no constituye una etapa preparatoria, se trata más bien de un proceso en el que se da una acumulación progresiva de pruebas.

Si debiéramos representar gráficamente un proceso penal debidamente estructurado, este tomaría la forma de un triángulo cuya base sería el juicio. El proceso inquisitivo corresponde exactamente a la figura invertida, como invertida está la lógica esencial del proceso: su base más amplia está formada por los actos iniciales y la actividad probatoria va disminuyendo a medida que se acerca al juicio. Al ser el juicio y concretamente la audiencia oral, la etapa central del proceso los jueces pueden tener en su memoria las pruebas presentadas por las partes, así como los alegatos del fiscal, del acusador y del acusado, lo cual facilita tomar la decisión que corresponda en derecho. Por otro lado este mecanismo permite a las partes percibir con facilidad las razones que tuvieron los jueces para dictar la sentencia correspondiente. Por su parte, el público asistente puede formarse un juicio de valor positivo sobre la transparencia de juicio y la certeza del fallo.⁴²

La continuidad y concentración también debe cumplirse respecto a la sentencia pues la decisión definitiva debe adoptarse inmediatamente después del debate. El contacto directo del juez y las partes con los medios de prueba que fundamentarán la sentencia.

4.2 LA PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA EN LA ETAPA DE JUICIO EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PERTINENCIA

El principio de pertinencia representa una limitación a la presentación de la prueba, significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso no debe perderse en la recepción de medios que por sí mismos o por su

42 Binder Alberto, *LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO* "IDEAS Y MATERIALES PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL" paginas 98, 99,100, 101

contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o inidóneos. De esa manera, se contribuye a la concentración y a la eficacia procesal de la prueba.

La prueba proviene de distintos sujetos procesales quienes persiguen un fin determinado, pero debe ser analizada por el juzgador como una unidad relacionándola con el fin específico de cada proceso penal.

La prueba sólo tiene lugar en el juicio oral, excepto los casos de prueba anticipada. El Art. 79 del Código de Procedimiento Penal, establece esta regla general al decir que las pruebas deben ser producidas en el juicio ante los Tribunal de Garantías Penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por Jueces de Garantías Penales. Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa de juicio.

La etapa del juicio constituye el tercer momento del proceso penal, que en el sistema acusatorio es la más importante, es en esta etapa en donde se juzga la culpabilidad o responsabilidad del acusado, así como su inocencia; es aquí donde se hace el juicio valorativo sobre el acto y sobre el autor.

En esta etapa se desarrolla el juicio como tal, es aquí donde se lo sustancia y se llega a una sentencia en que la decisión esté fundada en las pruebas practicadas en el propio juicio, y está a cargo de los Tribunal de Garantías Penales.

El juicio es principalmente, una etapa de debate, destinada a discutir con libertad la acusación fiscal, y deben cumplirse los principios de publicidad, oralidad, respeto de ciertas reglas (legalidad), para que pueda existir un verdadero debate con la transparencia e igualdad de las partes.

En este momento se realiza la prueba, las simples evidencias o elementos de convencimiento recogidos por el Fiscal durante la indagación previa y la instrucción adquieren la categoría de pruebas. Frente a estas pruebas puestas en conocimiento de todas las partes intervinientes en el proceso, se produce la intermediación, pues los Jueces y las

partes están frente a frente, en contacto entre ellos y con las pruebas. Se escuchan los razonamientos, no se los lee a medias, con lo cual todos los elementos que deben servir para fundamentar la sentencia del Tribunal Penal se obtienen de la audiencia y no deben tener un origen extraño al propio juicio, ya que en esta etapa necesariamente debe presentarse y evacuarse la prueba; esto es, se valora la prueba material cuyos vestigios e instrumentos deben haber sido recogidos y conservados para ser presentados en el juicio y las otras pruebas, por esto es la parte medular del proceso, pues la presentación de las pruebas y los alegatos de las partes se manifiestan verbalmente solo en esta etapa.

Como lo explica García Falconí⁴³, es en esta etapa cuando el debate probatorio nace en toda su intensidad, pues es cuando el acusado se enfrenta a la acusación estatal; y es en este momento donde procede la información real de las pruebas recogidas durante las otras etapas procesales como evidencias. El Estado en la necesidad política de defenderse y defender a la sociedad, eleva a la categoría de delitos algunas conductas productoras de daño social, político y económico; de este modo si se observa una conducta delictiva, el Estado se moviliza en su defensa y la de sus asociados mediante la acción penal, que será probada en la Etapa del Juicio mediante la acusación presentada por el Fiscal. Es de esta manera, en esta etapa, como se concreta, y públicamente se formaliza la imputación, *donde se contradice la prueba existente o se presentan otras pruebas*. Solamente en la Etapa del Juicio el debate probatorio se presenta en toda su intensidad.

Se exige como presupuesto de procedibilidad de la Etapa del Juicio, la existencia de Acusación Fiscal, sin la cual, aunque el Juez considere jurídicamente procedente el dictar Auto de Apertura del Juicio, no lo puede hacer; el juicio es la tercera etapa del procedimiento penal que tiene por objeto el juzgamiento del acusado pero sobre la base del Auto de Apertura del Juicio dictado por el Juez. Cuando el Fiscal considera que dispone de una explicación convincente que le permite asociar el resultado lesivo observado a la acción de un sujeto concreto; y que cuenta con fuentes de prueba de las que puede extraer elementos para apuntar esta afirmación, demostrando su realidad, emite acusación fiscal, es

43 García Falconí José, *LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO* páginas 185 -190.

decir formula una acusación que será una hipótesis acusatoria; de tal modo que esta Etapa tiene dos presupuestos:

- La existencia de la Infracción
- Responsabilidad del acusado.

En la etapa de la Instrucción Fiscal no se prueba, sólo se investiga, en la etapa Intermedia el Juez Penal sólo conoce, evalúa y resuelve la pretensión fiscal, pero su resolución sólo se refiere a una descripción clara y precisa del delito cometido; y a la determinación del grado de participación del imputado o imputados

Para que comience la Etapa del Juicio, debe necesariamente haberse efectuado la Audiencia de Juzgamiento Previo por parte del Juez Penal, a quien el Fiscal le ha presentado las evidencias y elementos que pueden convertirse en pruebas, como para llevarle a la convicción, de que es necesario avanzar en el proceso y juzgar al encausado, contra quien el Fiscal ha presentado acusación formal que la sustentará en la Audiencia preliminar ante el Juez Penal.

De tal manera, que la Acusación Fiscal es la única válida para que se constituya la relación jurídica básica y contradictoria, que debe ser resuelta en este caso por el Tribunal Penal en la etapa del juicio.

Es muy importante recalcar que solamente en la Etapa del Juicio se practican las pruebas de cargo y de descargo sobre la culpabilidad o no del acusado; las demás diligencias que se hayan realizado no tienen ningún valor, a excepción de las practicadas en la Etapa de Instrucción Fiscal como anticipos de prueba.

CAPITULO V

5.1 LA PRUEBA INDEBIDAMENTE ACTUADA

La prueba ilícita es aquella que en sentido absoluto o relativo, niega la forma acordada en la norma, va contra principios del derecho positivo o afecta garantías constitucionales. Una

definición más precisa habla no de prueba ilícita, sino de prueba obtenida por medios ilícitos.⁴⁴

La prueba ilegítima tiene íntima relación con el concepto de medio de prueba prohibido que es aquel que podría ser por sí mismo, capaz de proporcionar elementos que permiten llegar a constatar la existencia de un hecho deducido en proceso, pero que el ordenamiento jurídico, prohíbe utilizar.

La problemática al respecto pareciera partir como explicaremos, de una normativa que consagre la prohibición del uso de esas pruebas o de una condición derivada de la prueba misma. La característica de ilícita puede además, obedecer a la formación de la prueba o su utilización, la consecuencia directa que resulta es la inadmisibilidad de estas pruebas, aspecto que desde luego, se da en cualquier tipo de proceso, pero que en el penal se vuelve más dramático.

5.2 LA PRUEBA ILEGITIMA Y LA REGLA DE LA EXCLUSION

Al referirse al análisis de la prueba ilícita, la doctrina analiza la denominada *Regla de la Exclusión*, Burkoff, citado por Oscar Guerrero Peralta⁴⁵, la define como aquella institución probatoria, según la cual, en un juicio penal no puede resultar admitida la evidencia producto de una actividad ilegal realizada por las autoridades de persecución penal o sus agentes. El objeto de la regla de exclusión es resguardar la actividad judicial de las conductas inapropiadas de la policía y evitar que esta se haga partícipe de comportamientos violatorios de la ley. Esta regla proviene de las discusiones relativas a las violaciones a la cuarta y quinta enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. En el derecho norteamericano, la regla de la exclusión enfrenta dificultades respecto de la situación del sujeto que vulnera los principios constitucionales, y en lo referente a las responsabilidades constitucionales de la persecución penal, ya que una cosa es la violación de derechos constitucionales por un sujeto particular y otra es la violación realizada por un agente policial estatal.

44 Poveda Carlos, apuntes de clase, módulo “La Prueba en materia Penal”, curso de especialización en Derecho Procesal, UDA, 2003.

45 Oscar Julián Gurrero, FUNDAMENTOS TEORICO CONSTITUCIONALES DEL NUEVO PROCESO PENAL, paginas 419, 420.

Sin embargo, como analizaremos más adelante, en nuestra legislación esta regla de la exclusión probatoria debe aplicarse, en todos los casos, cuando sirva objetivamente para la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

La regla de exclusión tiende a garantizar los derechos reconocidos constitucionalmente, a través de un efecto disuasorio y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada.

La creación de estas limitaciones, nacidas como dijimos, en la jurisprudencia norteamericana, obedecen a la labor para controlar a la policía, y persiguen conseguir el efecto disuasorio y de control de la labor de los agentes policiales y siempre que éstos sean estadounidenses. De esta manera, los efectos de las llamadas “*exclusionary rules*”, en principio no se extienden a los supuestos de la prueba ilegal producida por particulares y ni tampoco a la actuación de agentes policiales si no son estadounidenses. Como ocurrió en el caso *Brualy vs. US* (1967) en que, pese a los votos discrepantes, la mayoría del tribunal entendió que la prueba ilícita era válida pues la habían producido ilegalmente agentes policiales mejicanos fuera del territorio estadounidense. Estas reglas además se aplicaban siempre que los agentes policiales no actúen amparados por la buena fe (*good faith*), porque si así lo hicieran, como su error les impide cualquier grado de disuasión y cualquier alternativa del obrar lícito, la prueba que obtienen no se excluye. Esto ocurre cuando los agentes policiales actúen de buena fe creyéndose, por ejemplo, amparados por un mandamiento judicial correcto.

En definitiva, y como ha señalado la doctrina norteamericana, las reglas de exclusión probatorias, son un remedio judicial, una creación jurídica de los tribunales con una finalidad profiláctica, disuasoria de las artimañas policiales a la hora de obtener las fuentes de prueba, de modo que se consigan siempre dentro de la legalidad, so pena de ser rechazadas y tenidas por inexistentes.

5.3 EXCLUSION DE LA EVIDENCIA DERIVADA DE PRUEBA ILICITA, TEORIA DEL “FRUTO DEL ARBOL ENVENENADO”

Esta teoría, originada también en la jurisprudencia norteamericana, trata de expandir el efecto invalidante de la irregularidad o ilicitud probatoria (en la obtención de la prueba) no

sólo a la conseguida de manera directa contraviniendo el Derecho, sino también a aquella que habiendo sido conseguida de manera lícita, se basa, apoya o deriva de otra, conseguida de manera irregular o ilícita. La razón de excluir la prueba ilícitamente obtenida no es otra que disuadir a los agentes policiales de usar métodos anticonstitucionales de obtener prueba, en la convicción de que si lo hacen, y son descubiertos todos sus esfuerzos serán condenados al fracaso, porque la prueba así obtenida “*no surtirá efecto*” e igualmente tampoco lo hará cualquier otra que, de alguna manera, derive, se base o provenga de ella.⁴⁶

Partiendo de la premisa de que resulta imposible utilizar los medios probatorios obtenidos con violación a los derechos y garantías básicas, tenemos una sanción que recae sobre aquella evidencia primaria, pero en la práctica se impugna también la evidencia secundaria obtenida justamente con la ayuda de una prueba que debe ser excluida. A este fenómeno en la doctrina se lo conoce con el nombre de “doctrina de los frutos del árbol envenenado”, este nombre fue acuñado por el juez norteamericano Frankfurter en 1939.⁴⁷

Conforme a esta posición doctrinaria, al restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida se afecta a aquellas otras pruebas que si bien en sí mismas son legales, no obstante están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco estas pruebas legales pueden ser admitidas.⁴⁸

Los tipos de recolección probatoria inconstitucional que generalmente se mencionan en la jurisprudencia norteamericana son: las declaraciones del inculpado como fruto de arrestos ilegales, confesión como fruto de un arresto ilegal, identificación de una persona como fruto de un arresto ilegal, confesión obtenida por una intromisión domicilia para un arresto ilegal, obtención de una orden de registro como fruto de una intromisión domiciliaria ilegal.

5.4 EXCEPCIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL “FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO”

Hasta el momento nos hemos referido a corriente doctrinarias norteamericana, por lo que también es relevante indicar cuáles son las excepciones de aplicación que esta doctrina

46 Poveda Carlos, apuntes de clase, módulo “LA PRUEBA EN MATERIA PENAL”, curso de especialización en Derecho Procesal, UDA, 2003.

47 Oscar Julián Gurrero, FUNDAMENTOS TEORICO CONSTITUCIONALES DEL NUEVO PROCESO PENAL, paginas 430 – 435.

48 Raúl Cadena Lozano. PRINCIPIOS DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL, paginas 239- 238.

tiene. Uno de los temas más complejos en materia de exclusión probatoria es el relativo a las excepciones de la misma, esto es, los casos en los cuales es factible permitir la entrada de una prueba secundaria a pesar de constatarse una ilegalidad en la obtención primaria.

1. La Limitación de la “Fuente Independiente”.

La existencia de una disposición que prohíba un cierto modo de obtener la prueba, tiene como consecuencia que la prueba conseguida de esta manera no sea utilizada en ningún proceso penal o de otra clase. Ello no significa, según esta teoría, que los datos así obtenidos se hagan intocables e inaccesibles, ya que si su conocimiento se ha logrado por una fuente independiente, pueden probarse como cualquier otro.

Esta posición doctrinaria tiene su origen en la sentencia Silverthorne de 1920, en donde se sostuvo que la regla de la exclusión no significa que los hechos obtenidos ilegalmente se conviertan en sacros e inaccesibles. Si el conocimiento de los hechos se obtiene de una fuente independiente pueden ser utilizados. El análisis de esta sentencia a lo largo del tiempo, ha concluido que no se trata estrictamente de una excepción a la teoría de los frutos del árbol envenenado, la Corte se refiere a los eventos en los que la evidencia se ha obtenido por un medio perfectamente separado y distinto de la obtención ilegal; se trata de aquellos casos en que para la demostración de un mismo hecho existen dos caminos distintos, uno legal y otro ilegal, sin que entre ellos exista un vínculo. Esta doctrina opera en un contexto de adquisición de información para la investigación, libre de vicios. El problema surge cuando existen dos fuentes probatorias sobre un mismo hecho y una de ellas debe excluirse por vicios en su obtención. El papel de la defensa se centra en demostrar la existencia de ese vínculo para desechar la prueba, mientras que la Fiscalía debe argumentar la independencia para que el hecho se mantenga inalterado. El problema para el juez consiste en definir cuando se cosecha de un árbol venenoso y cuando de un árbol sano. Se debe definir si existen vínculos entre la obtención ilegal y la legal, temática bastante compleja llevada a la práctica.⁴⁹

49 Oscar Julián Gurrero, FUNDAMENTOS TEORICO CONSTITUCIONALES DEL NUEVO PROCESO PENAL, paginas 435 - 439

La limitación de la “fuente independiente” (Independent source”) no es sino la formulación negativa de las reglas de exclusión probatoria, ya que si es ilícita toda prueba indebidamente actuada, no lo será cualquier otra que sea independiente de ella.

2.- La limitación del nexo causal atenuado, tacha saneada o fuente cuasi-independiente.

La limitación de la “fuente independiente”, parte de la premisa de que la fuente que produce la prueba final permanece totalmente aislada del efecto de la que violó algún derecho fundamental. Ambas pruebas, pese a su aparente conexión, se conservan, sin relación alguna entre sí.

En la práctica estas pruebas no se presentan con la pureza y el grado de separación que exige la formulación positiva de la limitación de la “fuente independiente”, y por ello la jurisprudencia norteamericana ha centrado sus esfuerzos en formular criterios, para ciertos casos, en los que basar la diferencia entre el verdadero “fruto del árbol envenenado” y el que no lo es, más que porque provenga de árbol diferente, porque, proviniendo del mismo, lo hace en rama tan alejada del núcleo venenoso que apenas si porta veneno. Surge así, desde el principio casi, la doctrina de la “atenuación” como punto intermedio entre el fruto del “árbol envenenado” y la limitación de la “fuente independiente”, debido a que la exclusión ilimitada de todo fruto del árbol envenenado sería en algunas ocasiones excesiva e iría en contra del interés social de castigar al culpable. Esta indeterminación, sin embargo, y aun entre quienes igualmente opinan que no se pueden formular las reglas de exclusión de forma absoluta, ha tratado de ser superada por la doctrina que, sin encontrar una regla para discernir con total certeza cuándo entre la prueba ilícita y la derivada hay un nexo causal atenuado, se ha atrevido no obstante a buscar criterios como los siguientes, bastante menos vagos y por tanto garantes de una mayor seguridad jurídica⁵⁰:

- Cuando la relación entre la prueba derivada y la inicialmente ilegal es complicada y sólo se llega a ella mediante “argumentaciones sofisticadas”, parece inapropiado excluir la prueba refleja, porque parece altamente improbable su obtención sin ser producto de una ilegalidad, y por tanto al darle validez no surtiría efecto la disuasión que se busca con las reglas de exclusión.

50 Poveda Carlos, apuntes de clase, módulo “LA PRUEBA EN MATERIA PENAL”, curso de especialización en Derecho Procesal, UDA, 2003

- Lo mismo hay que decir donde la prueba refleja se usa para algún propósito relativamente insignificante o altamente inusual (raro), porque en estos supuestos no es probable que cuando ocurriera la prueba ilegal inicial, la policía se moviera para conseguir el uso futuro de la prueba derivada y por ello la amenaza de su exclusión probatoria no causaría ninguna disuasión.
- Como el propósito de las reglas de exclusión es desterrar el comportamiento indeseable de la policía, observando la magnitud de la trasgresión a la norma en la actuación de los agentes se puede concluir que, allí donde su conducta es especialmente ofensiva la disuasión debe exigirse más, y al contrario donde sea menor. La intensidad de la infracción del agente policial se mediría en función de la gravedad en cuanto al derecho fundamental invadido o lesionado, o por el número de normas transgredidas para hacerlo.
- Cuando se han descubierto hechos en base a una prueba derivada, o que parte del descubrimiento y de la prueba regular se deba a la irregular; se podrá realizar un ejercicio de supresión mental de la ilegalidad, para determinar si se habría llegado igualmente al conocimiento y a la prueba de la comisión de los delitos en cuestión. En estos casos muchas veces no se habrían puesto en marcha los mecanismos para hallar la segunda, si no se hubiera conocido la primera. La razón puede radicar en que cuando la prueba ilícita sólo sirva para que la policía dirija o centre (“enfoque”) sus investigaciones en una persona concreta, que luego pueda ser castigada por auténticas pruebas “independientes” de aquella, sería excesivo el efecto de la nulidad de la nueva prueba, porque directamente abocaría en hacer a esa persona inmune al castigo. Ahora bien, y exclusivamente desde la perspectiva del efecto disuasorio o de prevención de comportamientos ilícitos, no es menos cierto que si la policía sabe que su ilegalidad inicial puede ser cubierta (“blanqueada”) por posteriores investigaciones policiales legales, no habrá nada que les disuada de cometer esa ilegalidad. La controversia entre la disuasión del actuar ilícito policial y la inmunidad que por el contrario se procuraría al autor de un hecho criminal cuando la primera certeza de su autoría se descubriera de forma irregular, se ha resuelto, no sin críticas y discrepancias, a favor de evitar más lo segundo que lo

primero, siempre que, cualquiera sea la razón por la que se le investigase al autor, hubiese prueba independiente.

3.- La Limitación del “descubrimiento inevitable”

Fue concebida en principio como una variante de la doctrina de la fuente independiente. Se diferencia de esta en que, en el caso de la fuente independiente, existe un cotejo inevitable entre dos fuentes con respecto a un hecho, en el descubrimiento inevitable lo que realmente existe es un análisis comparativo entre una fuente ilegal y un “camino legal hipotético que inevitablemente hubiese llagado a la misma conclusión”. Se trata de considerar si la prueba encontrada como consecuencia de una ilicitud previa habría sido descubierta “inevitablemente”, de cualquier forma, por un método legal.

La razón de la validación de esta prueba, radica en que, inevitablemente, y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado en prueba de lo descubierto, no obstante, por vía irregular.

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

5.5 TEORIA DEL “FRUTO DEL ARBOL ENVENENADO” EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ECUATORIANO

El artículo 76 numeral 4 de la Constitución, dice textualmente: *“Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”*.

De este precepto legal podemos concluir que, por una parte que la violación de derechos constitucionales tienen como consecuencia una prueba ilícita, cuyo efecto es la nulidad absoluta, y por otra que las pruebas que atentan contra el ordenamiento procesal penal, podrán tener como efecto la nulidad relativa o anulabilidad.

El Art. 11 del Código de Procedimiento Penal garantiza al imputado el derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas.

En el Art. 14 del Código de Procedimiento Penal se garantiza al Fiscal, al defensor, al acusador particular y a sus representantes y las víctimas el ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución Política de la República y este Código (igualdad procesal).

El Art. 80 del Código de Procedimiento Penal, por su parte, establece la ineficacia probatoria de toda acción pre procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales, esta ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

De manera especial este último precepto es aquel que permite directamente la introducción de este sistema, por lo tanto no existe ningún impedimento legal o constitucional para utilizar esta doctrina. Debe insistirse en que no existe un derecho fundamental autónomo respecto de la ineficacia de las pruebas de posible origen antijurídico, sino más bien es la expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos.

En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así, optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía de los derechos ciudadanos.

Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infra constitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa o inmediata, de la norma constitucional.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico una vez constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implicaría una vulneración de las garantías del proceso, así como también una confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio. Se pretende que la verdad penal

no pueda conseguirse vulnerando derechos fundamentales, sino sólo en la forma indicada por la Constitución y la ley. Si el medio de prueba utilizado transgrede estas garantías, la prueba se vicia y no surte efecto, es decir, existe, convence, pero no arrastra virtualidad probatoria de cargo, produciendo además impunidad.⁵¹

Atendiendo a los preceptos constitucionales, es posible que se dé en nuestro sistema la validación de lo que la doctrina norteamericana ha llamado la limitación de la “fuente independiente”, siempre que ésta se haya obtenido con observancia estricta de la legalidad y no derive en absoluto de una prueba ilícita. La suficiencia de la prueba obtenida de “fuente independiente” de la prueba ilícita la determina no la exhaustividad probatoria sino el principio de la valoración de la prueba con aplicación de la sana crítica.

En efecto, en el sistema ecuatoriano, la prueba cuasi-independiente, (de tacha saneada) y la del descubrimiento inevitable, en realidad son pruebas ilícitamente obtenidas si vulneran derechos o libertades fundamentales, y por lo tanto no pueden tener efecto, y no siendo en realidad pruebas distintas sino derivadas de la ilícita, no sirven para destruir el estado de inocencia, a reserva de que sí lo sean cualesquiera otras auténticamente independientes de ellas.

La prueba derivada de otra ilícita (si infringe derechos o libertades constitucionales, y no sólo la mera legalidad) no surte efecto alguno, en nuestro ordenamiento, en un campo mucho más amplio que en el Derecho norteamericano. Se tienen por ineficaces las pruebas ilícitas que las hayan producido particulares en vez de policías, que estos sean nacionales o extranjeros, o que incluso los mismos hayan actuado obrando de buena fe, o amparados por una transgresión de derechos fundamentales equivocadamente validada por una actuación judicial o incluso por una actuación judicial errónea o equivocada (mucho más una dolosa) en sí misma.

El efecto que en nuestro sistema se da a la prueba conseguida vulnerando derechos o libertades fundamentales, es el que se produzca por su ilicitud, una nulidad absoluta, y su efecto se extiende a las pruebas derivadas de misma fuente probatoria. Por el contrario, si la prueba es alcanzada mediante la trasgresión de una norma que regula algún tipo de

51 Poveda Carlos, apuntes de clase, módulo “LA PRUEBA EN MATERIA PENAL”, curso de especialización en Derecho Procesal, UDA, 2003

formalidad, la irregularidad, solamente vuelve a la prueba viciada, pero no invalida a otras, ni siquiera a las derivadas o reflejas, por tratarse de una nulidad relativa o anulabilidad. El hecho probado por una actividad probatoria irregular, puede probarse por otra actividad, aunque proceda de idéntica fuente, siempre que sea prueba distinta. Cuando el acto es irregular, únicamente se origina la ineficacia del acto en sí, sin obstaculizar futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios.

Lo probado irregularmente bien puede, no obstante, probarse regularmente, siempre que la prueba independiente no tenga conexión causal con la ilegítimamente obtenida.

La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad, es claro que una prueba ilegítima no puede contaminar el resto de pruebas de cargo, salvo que lo sea por vulnerar derechos fundamentales (lo que abarca a la ilícita pero no a la irregular), y ello siempre que tengan conexión causal entre sí, es decir, que procedan de idéntica fuente probatoria . Por ello, donde sólo hay una mera irregularidad procesal, en la manera de obtener prueba, las pruebas diferentes (no confundir con independientes) no se anulan, no se “contaminan”, pese a proceder de idéntica fuente probatoria.

La doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilegítimamente obtenida, ha de ser entendida en sus justos términos, cuando de nulidad absoluta se trate, no en casos de anulabilidad o nulidad relativa y que como no todo es lícito en el descubrimiento de la verdad, ha de rechazarse cuanto se interfiere en los derechos fundamentales de la persona, porque las intromisiones que sobre éstos tengan lugar, han de tener una inequívoca legitimidad de origen y de desarrollo lo que no ocurre con el incumplimiento de meras normas ordinarias porque su finalidad primaria no es la protección de derechos fundamentales sino la información a los afectados de la legalidad del procedimiento.

CONCLUSIONES

La Prueba entendida como todo elemento objetivo que puede servir para el descubrimiento de la verdad, en relación con los hechos que se investigan en un proceso penal, constituye una pieza clave dentro de la administración de justicia. La prueba es de vital importancia en el proceso penal, debido a que el delito es un acontecimiento histórico que ha sucedido en un tiempo y espacio determinados, ejecutado por personas que deben ser juzgadas en el presente para imponerles una pena. El juzgador requiere conocer de manera más o menos veraz, las circunstancias en las que se desarrolló el hecho típico, la forma en que se cometió para de esta manera establecer responsabilidades.

Es por esta razón que no debe malograrse el aporte que puede hacer la prueba, con la inaplicación de principios y garantías constitucionales. Es de vital importancia para el funcionamiento de un sistema penal, que la práctica de la prueba esté sometida a todos los principios del debido proceso y a aquellos propios de un sistema acusatorio oral, excluyendo las prácticas lesivas de los derechos fundamentales.

El correcto entendimiento y la aplicación de los principios relativos al proceso acusatorio y a la prueba, analizados en esta investigación, traería como consecuencia la posibilidad de que los juzgadores evalúen las pruebas de manera directa, reduciendo las posibilidades de imprecisión y posibilitando el conocimiento de violaciones a los derechos humanos.

La prueba practicada en forma oral por las partes en la Audiencia de Juicio permite que su veracidad y legitimidad se ponga de manifiesto. Cuando se propicia una real contradicción cada parte puede analizar detenidamente las afirmaciones y pruebas que presenta a contraparte, en busca de ilicitudes, defectos y veracidad. Esta circunstancia trae como consecuencia lógica que los medios probatorios, que serán aportados en el juicio eleven su calidad, debido a que existe un control de legitimidad que no solamente estará a cargo de los jueces sino de la contraparte.

Por otro lado la publicidad obliga a que las decisiones de los jueces se transparenten y agilicen. Mientras menor sea la intervención de los juzgadores más efectivo será este sistema.

Las reglas de exclusión de la prueba ilegítima, adoptadas por nuestro sistema procesal, cuando son aplicadas en el debate de la Audiencia de Juicio traen como resultado la posibilidad de declarar la invalidez de aquellos medios probatorios contrarios a los derechos humanos. Esta situación por sí sola produce la necesidad de un control de las actuaciones de las partes y de la policía en aquellas diligencias previas a la etapa de juicio en de las que se obtienen medios probatorios. Las autoridades responsables comienzan a conocer que su trabajo será en vano si no cumple con la Constitución y la Ley.

Con este sistema de valoración de la prueba hay mayor posibilidad de un proceso penal acorde con las características de un Estado Democrático de Derecho y con producción de sentencias de mayor calidad. Si las sentencias son de mayor calidad, a su vez, tendrán como consecuencia que volverán a ser confiables para la ciudadanía en general. En un Estado de Derecho, es inaceptable que prácticas lesivas a los derechos básicos de los ciudadanos sirvan de fundamento para establecer una condena mediante sentencia.

Tomando en cuenta la situación actual de nuestra administración de justicia estas afirmaciones, llegan a parecer utópicas e impracticables. Sin embargo debemos tener presente que las reglas básicas para un procedimiento penal legítimo y eficaz existen en nuestra legislación, en espera de su aplicación.

Podemos concluir que el problema de la administración de justicia, no es únicamente un problema de defectos en las leyes, el real problema es la inexistencia de una política penal que tenga en cuenta todo el sistema penal, y que incluya la prevención, la persecución y la sanción.

BIBLIOGRAFIA

Bermúdez Coronel Eduardo

DEBIDO PROCESO

Projusticia

Cuenca-

2001

Binder Alberto

“LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO”

IDEAS Y MATERIALES PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

Buenos Aires

2002

Binder Alberto

EL JUICIO PREVIO

Ad – Hoc

Buenos Aires

1996

Baytelman Andrés, Duce Mauricio

LITIGACION PENAL Y JUICIO ORAL

Fondo de Justicia y Sociedad

Fundación Esquel - USAID

Cruz Castro Fernando

LA ORALIDAD Y SUS CONSECUENCIAS EN EL PROCESO PENAL

[www. derechopenal.com](http://www.derechopenal.com)

Cadena Lozano Raúl

PRINCIPIOS DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL

Ediciones Nueva Jurídica

Bogotá

2004

Cabanellas Torres Guillermo

DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL

HELIASTA

Buenos Aires

1996

Duce Mauricio

EL PROCESO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL EN CONTEXTO

Santiago

2001

García Falconi José

*LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL NUEVO CODIGO DE
PROCEDIMIENTO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL
ESTADO*

Quito- Ecuador

2001

Guerrero Vivanco Walter

LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES

Pudelco

Quito

2001

Guerrero Peralta Oscar Julián

FUNDAMENTOS TEORICO CONSTITUCIONALES DEL NUEVO PROCESO PENAL

Segunda Edición
Ediciones Nueva Jurídica
Bogotá
2007

Hernandez Teran Miguel
EL DEBIDO PROCESO EN LA DOCTRINA
www.vlex/ecuador.com

Sruencee Eberhard, Maier Julio
LAS REFORMAS PROCESALES EN AMERICA LATINA
Ad – Hoc
Buenos Aires
2000

Torres Chaves Efrain
BREVES COMENTARIOS AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
Tomos I – II
Quito
2001

Vaca Andrade Ricardo
MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL
Tomos I –II
Quito- Ecuador
2001

Varios Autores
LA DEFENSA PUBLICA EN AMERICA LATINA
Ilanud
San José – Costa Rica

1995

Wray Alberto

“LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL”

Revista Iuris Dicto

Universidad San Francisco De Quito

Quito 2001

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

BIBLIOGRAFIA

Bermúdez Coronel Eduardo

DEBIDO PROCESO

Projusticia

Cuenca-

2001

Binder Alberto

“LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO”

IDEAS Y MATERIALES PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

Buenos Aires

2002

Binder Alberto

EL JUICIO PREVIO

Ad – Hoc

Buenos Aires

1996

Baytelman Andrés, Duce Mauricio

LITIGACION PENAL Y JUICIO ORAL

Fondo de Justicia y Sociedad

Fundación Esquel - USAID

Cruz Castro Fernando

LA ORALIDAD Y SUS CONSECUENCIAS EN EL PROCESO PENAL

[www. derechopenal.com](http://www.derechopenal.com)

Cadena Lozano Raúl

PRINCIPIOS DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL

Ediciones Nueva Jurídica

Bogotá

2004

Cabanellas Torres Guillermo

DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL

HELIASTA

Buenos Aires

1996

Duce Mauricio

EL PROCESO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL EN CONTEXTO

Santiago

2001

García Falconi José

*LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL NUEVO CODIGO DE
PROCEDIMIENTO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL
ESTADO*

Quito- Ecuador

2001

Guerrero Vivanco Walter

LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES

Pudelco

Quito

2001

Guerrero Peralta Oscar Julián

FUNDAMENTOS TEORICO CONSTITUCIONALES DEL NUEVO PROCESO PENAL

Segunda Edición

Ediciones Nueva Jurídica

Bogotá

2007

Hernandez Teran Miguel

EL DEBIDO PROCESO EN LA DOCTRINA

www.vlex/ecuador.com

Sruencee Eberhard, Maier Julio

LAS REFORMAS PROCESALES EN AMERICA LATINA

Ad – Hoc

Buenos Aires

2000

Torres Chaves Efrain

BREVES COMENTARIOS AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Tomos I – II

Quito

2001

Vaca Andrade Ricardo

MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL

Tomos I –II

Quito- Ecuador

2001

Varios Autores

LA DEFENSA PUBLICA EN AMERICA LATINA

Ilanud

San José – Costa Rica

1995

Wray Alberto

“LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL”

Revista Iuris Dicto

Universidad San Francisco De Quito

Quito 2001

CONSTITUCION DEL ECUADOR

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL