



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Escuela de Posgrados

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**“LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA CARGA DE LA
PRUEBA”**

**Tesina previa a la obtención del título de:
ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL**

Autor: Manuel Barrera Lozano

Director: Dr. Jaime Ochoa Andrade

CUENCA - ECUADOR

2013

Dedicatoria

A Dios, por haberme dado la vida y permitirme llegar hasta este punto, para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad, protección y amor.

A mis Padres Dr. Manuel Barrera Pinos, y Sra. Guillermina Lozano, por haberme apoyo en todo momento, por haberme brindado valores y por la motivación constante que me han brindado, para poder culminar esta etapa y por el amor que me han brindado durante toda mi vida.

A mi esposa e hijas por estar a mi lado y a mi querido hijo Juan Manuel, que con su nacimiento me ha causado infinita felicidad.

Agradecimiento

El presente trabajo de tesina en primer lugar me gustaría agradecer a mi Dios Jehová, quien me ha sabido guiar y proteger en tan arduo camino, para lograr este objetivo.

A la Universidad del Azuay, por darme la oportunidad de seguir estudiando y adquirir una especialidad en mi profesión.

A mi Director de Tesina Dr. Jaime Ochoa, quien con su experiencia, paciencia, y motivación ha logrado con una correcta dirección que pueda termina mi tesina con éxito.

A mis padres, quienes con su apoyo incondicional me han permitido que pueda realizar estos estudios para la obtención de especialidad.

Índice de Contenidos

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Índice de Contenidos	iv
Resumen	vi
Abstract	vii
Introducción	1
CAPÍTULO I	2
EL PRINCIPIO DE INOCENCIA	2
1.1.- Razones filosóficas del principio de presunción de inocencia	2
1.2.- Vistazo histórico de la presunción de inocencia.	3
1.3.- El principio de inocencia en las normas internacionales	9
1.4.- Consideraciones sobre la presunción de inocencia en nuestro actual sistema de justicia penal.	10
CAPÍTULO II	13
LA CARGA DE LA PRUEBA	13
2.1. Medios de prueba	13
2.2. Fuentes de prueba	15
2.3. Acerca del contenido de hecho y juicio sobre el hecho.	15
2.4. Determinar el objeto de prueba	16
2.5. Momentos procesales de la prueba	17
2.5.1. Petición de la prueba	17
2.5.2. Presentación de la prueba	18
2.5.3. Valoración de la prueba	20
CAPÍTULO III	25
LA PRUEBA Y EL PRINCIPIO DE INOCENCIA	25
3.1. Prueba, verdad y reglas procesales	25
3.2. Las reglas procesales de la prueba: comunes y específicas	28

3.3. La verdad de los hechos en el caso concreto	34
3.4. El razonamiento probatorio del juez: convicción y justificación.	38
3.5. La sentencia. Formación interna de la sentencia.	39
3.6. La construcción de congruencia	43
3.7. Sistema de la sana crítica o persuasión racional.....	44
3.8. Prueba y motivación de la sentencia.	46
CONCLUSIONES	49
RECOMENDACIONES	51
BIBLIOGRAFÍA	52

Resumen

En el ámbito probatorio donde se ha denotado mayor relevancia la presunción de inocencia, en atención a la que la certeza de la culpabilidad del sujeto debe basarse en pruebas que lleven a tal convicción, de ahí la exigencia de prueba plena para sustentar una sentencia condenatoria.

De manera que cuando la prueba ha sido desahogada y valorada dentro del procedimiento y con respecto a las garantías constitucionales, se afirme plenamente su culpabilidad, la presunción de inocencia queda destruida. Lo cual implica que toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria por parte del ACUSADOR, en donde se excluya toda hipótesis normativa que obligue al INCULPADO a probar su no participación en los hechos delictivos.

Lo que lleva a que se tenga en cuenta el derecho del acusado a no sufrir las consecuencias jurídicas de una sentencia condenatoria cuando su culpabilidad no ha quedado plenamente demostrada, más allá de toda duda razonable, con base en pruebas de cargo sustentadas en el respeto de las garantías del inculpado, lo que implica su obtención a través de un procedimiento legal.

ABSTRACT

In this small contribution of Analysis of the Current Reality of the Adversarial System established in the Ecuadorian Criminal Legislation, the main techniques which the lawyers must observe and use at the moment of litigation during criminal proceedings are made known; as well as the main strategies that can be used within their theory of the case in order to present an excellent statement before the Court of Criminal Warranties, with the primary objective to persuade and convince them of our version of the events according to the factual propositions presented in the trial phase.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

Introducción

Tal como se le concibe actualmente, el principio de presunción de inocencia tiene una doble dimensión. De un lado, es regla probatoria o regla de juicio y, de otro, regla de tratamiento del imputado. No obstante la diversa matriz cultural originaria de cada una de estas dimensiones, hoy aparecen estrechamente interimplicadas en el concepto, en su habitual versión constitucional y en el tratamiento doctrinal, y, en rigor, no es posible concebirlas separando a una de la otra.

En efecto, si el imputado debe ser tratado como si fuera inocente es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y, además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia.

La presunción de inocencia pertenece sin duda a los principios fundamentales de la persona y del proceso penal en cualquier Estado de Derecho. Es por ello, que a toda persona imputada, debe reconocérsele el "Derecho subjetivo ser considerado inocente".

Calificada también como un estado jurídico, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de Derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; “es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio”.

Parte del supuesto de que todos los hombres son buenos, en tal sentido para considerarlos como malos, es necesario que se les haya juzgado y encontrado responsables. Mientras no exista un fallo o decisión debidamente ejecutoriada, que declare la responsabilidad penal de una persona, debe considerársele inocente. Es decir, se requiere la existencia de un juicio previo.

El trabajo de investigación que he realizado, ha estado encaminado a determinar el conocimiento verdadero del principio de inocencia dentro de la carga de la prueba, para lo cual consideré necesario hacer el análisis del fundamento doctrinario – jurídico del principio, su interpretación dentro del proceso penal y las garantías constitucionales que amparan al procesado.

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE INOCENCIA

1.1.- Razones filosóficas del principio de presunción de inocencia.

Los individuos han experimentado que lo más adecuado y funcional para lograr cierto nivel de armonía es creer en los otros, pensar que son gente que en esencia comparte los mismos valores y principios. Así pues, lo socialmente admisible es respetar a los demás y creer que uno mismo y todos los demás tenemos, salvo diferencias sin importancia, la misma idea de respeto.

En referencia a la dignidad de la persona, se cita a Cerezo Mir “la referencia a la dignidad de la persona humana es trascendental, pues según filósofos del Derecho de las más diversas orientaciones el respeto a la dignidad de la persona humana es un principio material de justicia de validez a priori”¹

Hay que recordar, en este punto, que desde la perspectiva filosófica el concepto de civilización se sustenta sobre todo en una característica negativa: lo opuesto a la barbarie. Ello implica, proponiendo un rasgo positivo, el predominio de un orden sustentado en la razón.

Dicho de otra forma: los individuos creen en sus instituciones, pero a su vez las instituciones corresponden a la confianza de la gente procurando su bienestar. Tal tipo de sociedad se finca, sin mayores cuestionamientos de sus miembros, en principios que preservan o intentan preservar el uso de la razón y la cordura de las personas que la integran; son esos principios tan esenciales que en todos los actos de los individuos de alguna manera los tienen como referentes obligados, pues saben de su importancia para el bien de la comunidad.

En este punto vale acudir a la opinión del jurista chileno Juan Colombo Campbell:

¹ CEREZO MIR, José. Temas Fundamentales del Derecho Penal, Editores Rubinzal – Culzoni, 2000.

“Muchas veces este principio se ha visto restringido al proceso penal, cuando su ámbito es mucho más amplio, ya que afecta al resto de los habitantes (...) En síntesis, es el derecho a recibir de la sociedad un trato de no autor de los actos antijurídicos que se le imputan, y que va más allá de no haber participado en un hecho delictivo”²

En este discurrir de razones, viene al caso recordar que uno de los cerebros teóricos de la Revolución francesa, Juan Jacobo Rousseau, en su célebre Contrato social dice:

“... todo malhechor, atacando el derecho social, conviértese por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social, y, por consiguiente, de que no es ya miembro del Estado.”³

Hay que recordar los fundamentos del actualmente denominado “Derecho Penal del Enemigo”, que parte de la idea de que el criminal recalcitrante y peligroso en extremo no es parte de la sociedad, sino enemigo de ella y, por lo tanto, sujeto al Derecho Penal específico, que es menos garantista que el aplicable al resto de la población.

De esa manera, la presunción de la inocencia se refleja en una expresión de confianza; inocencia y confianza constituyen elementos que se retroalimentan: a mayor inocencia, mayor confianza.

1.2.- Vistazo histórico de la presunción de inocencia.

El jurista romano Ulpiano (casi unos doscientos años antes de Cristo) dijo en una de sus tantas recopilaciones: “Es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar un inocente”. De alguna manera esa idea persistió no solo entre los

² Juan Colombo Campbell, “Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de inocencia”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2007, p. 359. (consultable en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://www.bibliojuridica.org/revistas/> (visitado el 18 de agosto de 2011).

³ Juan Jacobo Rousseau, El contrato social, México, Editora Nacional, 1979, p. 217.

romanos sino en las naciones tocadas por la influencia de ese imperio; con el agregado de bondad y comprensión incorporado por el cristianismo.

Durante la Edad Media, el sistema de “justicia” se sustentaba en una represión solo explicada por las ansias de poder absoluto de unos cuantos; eran normas precarias en cuanto a garantías del acusado; la clase gobernante no tenía prejuicio alguno en admitir pruebas ilegales y en recurrir al uso indiscriminado de la tortura como un medio válido para obtener la confesión. El acusado no era considerado un simple sospechoso; antes bien, se le estimaba y se le trataba como culpable; por tanto, a él le correspondía el deber de destruir las pruebas o las simples conjeturas de culpabilidad, para demostrar su inocencia.

Al finalizar esa época emblemática de la inquisición (1670), en Francia se dictó una ordenanza que incluía el siguiente párrafo: “Todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos”.⁴ Fue esa ordenanza la que posteriormente (segunda mitad del siglo XVIII) motivó severas críticas de Voltaire, quien postuló —desde entonces— el juzgamiento por jurados en juicio oral y público y se pronunció a favor de otras garantías para el acusado: asistencia de defensor, íntima convicción en la valoración de la prueba, supresión de la tortura.

En la época de la Revolución francesa, los pensamientos que sirvieron de sustento ideológico al movimiento armado provienen principalmente de las mentes de Montesquieu, Voltaire y Rousseau, y se sintetizaron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En ese texto no podía dejar de referirse a la presunción de inocencia, como una fórmula para reivindicar la dignidad de la persona del gobernado frente al Estado. En su artículo 9 se establece: “Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré cupable” (todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable).

En Inglaterra el que fuera niño genio del utilitarismo, Jeremías Bentham, expresó ideas que coincidían en lo sustancial con la máxima basada en la inocencia de la persona; adujo que el acusado debía ser escuchado en juicio y darle la oportunidad de

⁴ Citado por Julio Antonio Hernández Pliego, “No existe la presunci

probar, ya que —así lo entendía el pensador inglés— “todo ser humano es inocente por naturaleza”.

Mientras que en el mismo siglo de la Revolución francesa, en Italia Beccaria también consideró de un rango predominante al mismo principio en su Tratado de los delitos y de las penas (1764), en una parte de su capítulo XVI, dice: “...no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados”. Incluso este humanista italiano fue más allá en el tema de considerar la inocencia como un principio básico del proceso penal, pues se opuso abiertamente al encarcelamiento preventivo, al cual consideraba una pena anticipada, y que por tanto sólo podía aplicarse cuando se actualizaran suficientes requisitos legales. En la misma tónica se pronunció por la conveniencia de separar los recintos carcelarios entre acusados y convictos, razonando que “un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”.⁵

La doctrina del Derecho penal tiene otra cúspide importante en el siglo XIX, con la denominada Escuela Clásica italiana, en la que destaca Francesco Carrara, quien respecto al estado de inocencia expresó:

“El postulado de que parte la ciencia en esta segunda serie de estudios es la presunción de inocencia, y así la negación de la culpa (...) Aquí dice ella: Protejo a este hombre porque es inocente, así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad (...) con los modos y las forma que yo prescribo, y que debéis respetar porque ellas proceden también de dogmas de absoluta razón.”⁶

Garofalo sostenía que en la tramitación del juicio debía prevalecer la tesis de la presunción de culpabilidad, y como consecuencia de ello estaba a favor de la prisión preventiva para los delitos graves, aunque su tesis admite que no conviene condenar al imputado anticipadamente, pues debe tener oportunidad de demostrar la inocencia.

⁵ Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas, 3ª ed. facsimilar, México, Porrúa, 1988, p. 61

⁶ Citado por Juan Javier Jara Muller, “Principio de inocencia: el estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal”, en Rev. Derecho (Valdivia). (online), ago. 1999, vol. 10 supl., pp. 41-58, <http://mingaonline.uach.cl>. (visitado el 18 de agosto de 2011).

De igual manera, Enrico Ferri afirmaba que la presunción de inocencia en el proceso penal resulta contraria a la lógica; para hacer patente esa aseveración puso como ejemplo los casos de delitos cometidos en flagrancia o los casos cuando existe una confesión del procesado, confirmada por otros datos, o en el supuesto de estar en presencia de un delincuente habitual, autor de una criminalidad atávica.

Por los mismos fueros la llamada Escuela Técnico-jurídica, en voz de su máximo exponente Vincenzo Manzini, niega la existencia de la presunción de inocencia a favor del imputado, incluso puede decirse que niega la inocencia como un estado natural o normal del ser humano; sintetiza sus ideas en el razonamiento siguiente: el establecimiento de la presunción de inocencia sería una cuestión insensata, dado que la experiencia ha demostrado que la mayor parte de los imputados resultan ser culpables y que el orden natural de las cosas hace presumible la procedencia de la imputación.

La presunción de inocencia pertenece sin duda a los principios fundamentales de la persona y del proceso penal en cualquier Estado de Derecho. Es por ello, que a toda persona imputada, debe reconocérsele el "Derecho subjetivo a ser considerado inocente"⁷.

La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico⁸, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de Derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; "es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio"⁹.

Parte del supuesto de que todos los hombres son buenos, en tal sentido para considerarlos como malos, es necesario que se les haya juzgado y encontrado

⁷ Sánchez Velarde, Pablo; "Comentarios al Código Procesal Penal; Edit. IDEMSA, Lima, 1994; p. 102; y SAN MARTIN CASTRO, CÉSAR; "Derecho Procesal Penal". 2 Edición. Editora Jurídica Grijley. 2003, p.114.

⁸ Es un estado que solo puede ser invalidado mediante condena firme, y que dentro del proceso pone límites a la actividad coercitiva, considera al imputado como un sujeto procesal con inviolable derecho a la defensa y lo libera de la carga de la prueba. ORÉ GUARDIA, ARSENIO; "Manuel de Derecho Procesal Penal", Ed. Alternativas. 1996, p.37

⁹ CUBAS VILLANUEVA, VICTOR. "El Proceso Penal. Teoría y Práctica", Palestra Editores, 1997, p.25.

responsables. Mientras no exista un fallo o decisión debidamente ejecutoriada, que declare la responsabilidad penal de una persona, debe considerársele inocente. Es decir, se requiere la existencia de un juicio previo. Pero, el hecho de elevarse a rango de norma constitucional, no significa que se trate de una presunción de carácter legal ni tampoco judicial, pues como afirma acertadamente Fernando Velásquez: “no puede incluirse en la primera categoría porque le falta el mecanismo y el procedimiento lógico propio de la presunción, ni en la segunda, porque esta la consagra el legislador; por ello se afirma que se trata de una verdad interna o provisional que es aceptada, sin más en el cumplimiento de un mandato legal”.¹⁰ Como bien sabemos, en todo proceso penal iniciado por notitia criminis, la actividad jurisdiccional se dirige a establecer la veracidad o no de la imputación, basada en la existencia de una persona a quien se supone responsable.

Esto quiere decir, que la locución "considerada inocente", plasmada en la magna lex, está referida al buen trato que debe tener toda persona desde el momento que ingresa a un proceso de investigación. En este punto, resulta necesario precisar que el principio de inocencia o presunción de inocencia, no indica que el procesado sea en realidad inocente. De ser ello verdadero, sería injusto someterlo a un proceso penal; por el contrario, sí se le consideraría culpable, resultaría inocuo la actuación y luego valoración de las pruebas. De tal modo, el principio de sospecha que da vida al proceso penal, se transmite a la persona imputada en el mismo momento que se inicia la investigación.

Consecuentemente, en el Derecho Procesal Penal, excluyendo los fines preventivos inmediatos, el fundamento real de una medida de coerción sólo puede residir en: el peligro de fuga del imputado o en el peligro que se obstaculice la averiguación de la verdad¹¹; el primero es viable porque no se concibe el proceso penal contumacial, a fin de no violar el derecho de defensa, resultando indispensable la presencia del imputado para llegar al fin del procedimiento y por consiguiente la decisión final. De otro lado, el segundo punto también es lógico, porque el imputado es el principal

¹⁰ Velásquez Velásquez, Fernando. "Principios rectores de la nueva ley procesal penal", Bogotá, Edit. Temis, 1987, p.25.

¹¹ Maier, Julio B.; "Derecho Procesal Penal Argentino"; Ed. HAMMURABI, Bs As. 1989, p. 281.

interesado en influir en el resultado del procedimiento, ya sea entorpeciendo o colaborando con la averiguación de la verdad.

La certeza se convierte entonces, en el eje principal para concluir en la "culpabilidad", por ello no bastan los indicios, sino que es necesario que luego de un proceso judicial (en cuyo interés se hayan esbozado y actuado las pruebas pertinentes), se cree a la convicción de la culpabilidad del sujeto activo. Entonces, para ser responsable de un acto delictivo, la situación básica de inocencia debe ser destruida mediante la certeza con pruebas suficiente e idóneas; caso contrario permanece el estado básico de libertad. "La eliminación de las presunciones de responsabilidad dentro del ordenamiento procesal constituyen indudablemente una posición jurídica clara de respeto por el favor rei"¹²

Así, será inocente quien no desobedeció ningún mandato o no infringió ninguna prohibición, en todo caso comportándose de esa manera, lo hizo al amparo de una regla permisiva que eliminaba la antijuricidad del comportamiento, o bien, concurrió alguna causa de justificación que eliminaba su culpabilidad. En fin, se llega al mismo resultado práctico ante la existencia de una de las causas excluyentes de punibilidad; culpable es, por el contrario quien se comportó contraviniendo un mandato o una prohibición de manera antijurídica, culpable y punible.

De esto último, se infiere válidamente que, antes que exista sentencia firme, ninguna autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal o cual sentido a los medios de comunicación social. Por ello Manuel Catacora, afirma que la presunción de inocencia no opera o no debe operar en el proceso, sino fuera de él, esto es, para los que tienen que comentar, informar, o conocer los hechos que son objeto de una causa penal. Mejor dicho para los ciudadanos, periodistas, etc.¹³

¹² LONDOÑO JIMENEZ, HERNANDO; "Tratado de Derecho Procesal Penal. De la Captura a la Excarcelación". Ed. Temis, 3 Edición. Santa Fe de Bogotá. 1993, p.266.

¹³ Catacora González, Manuel; "De la Presunción al principio de inocencia"; en VOX JURIS, Revista de Derecho Año 4 Lima, 1994, p.121 ss.

1.3.- El principio de inocencia en las normas internacionales

La referencia a los tratados internacionales cobra una especial relevancia si consideramos que en nuestro país cada vez es más fuerte la tendencia en la creación y aplicación de las leyes, de asumir las disposiciones legales de índole universal; ello no sólo en cumplimiento a un deber jurídico en caso de existir determinados tratados incorporados a nuestro sistema legal, sino por motivos que convienen a la política exterior.

Digamos que es un efecto del movimiento globalizador de innegable e irreversible avance en todas las latitudes del planeta. Así pues, la observancia de las normas internacionales reviste un grado considerable de conveniencia de Estado; sin embargo, sean o no válidos los motivos, lo cierto es que en esencia, desde una perspectiva netamente justiciera, los resultados son convenientes si consideramos que en los tópicos que involucran acciones de vulneración a los derechos humanos (a veces tan contaminados de opiniones subjetivas), es mejor observador el observador externo.

Nuestro país, en relación con el tema de la presunción de inocencia, ha suscrito, entre otros, los siguientes Tratados Internacionales, los cuales reconoce:

a) LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, que dispone que: ‘Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa’

b) EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, establece en su artículo 14.2, que: ‘Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley’.

c) LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, en su artículo 8° establece: ‘Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad’.

1.4.- Consideraciones sobre la presunción de inocencia en nuestro actual sistema de justicia penal.

La presunción de inocencia como derecho fundamental es un logro del derecho moderno, mediante el cual todo inculcado durante el proceso penal es en principio inocente sino media sentencia condenatoria. La sentencia condenatoria sólo podrá darse si de lo actuado en el proceso penal se determina con certeza que el sujeto realizó los hechos que se le imputan. De no probarse que lo hizo o ante la existencia de duda, debe resolverse conforme lo más favorable al acusado (indubio pro reo). “Para que pueda aceptarse el principio de presunción de inocencia es necesario que de lo actuado en la instancia se aprecie un vacío o una notable insuficiencia probatoria, debido a la ausencia de pruebas, o que las practicadas hayan sido obtenidas ilegítimamente.”¹⁴

La razón de ser de la presunción de inocencia es la seguridad jurídica, la necesidad de garantizar a toda persona inocente que no será condenada sin que existan pruebas suficientes que destruyan tal presunción; esto es, que demuestren su culpabilidad y que justifiquen una sentencia condenatoria en su contra.

Esta institución tiene tres significados:

- a) Como concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.
- b) Como postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculcado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso, fundamentando en este sentido la excepcionalidad de la prisión preventiva.

¹⁴ SAN MARTIN CASTRO, CÉSAR; “Derecho Procesal Penal”. 2 Edición. Editora Jurídica Grijley. 2003, p.116.

c) Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

El principio acusatorio, resguarda el principio de presunción de inocencia por cuanto corresponde al Fiscalía General del Estado la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, es decir el acusado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución de la República le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Fiscalía General del Estado a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado. Otro significado, en orden al onus probandi, es que la necesidad de afirmar la certeza de los cargos objeto de acusación recae materialmente sobre el Fiscal, en cuanto titular de la acusación pública. Es el Fiscalía General del Estado quien habrá de reunir aquella suficiente y necesaria actividad probatoria para destruir la presunción de inocencia; por ello se define a la presunción de inocencia como un derecho reaccional. Por lo demás, acreditada la imputación del Fiscal, corresponde al imputado, en caso lo sostenga, probar los hechos impositivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad penal.

En cuanto el principio del debido proceso legal, también resguarda el principio de presunción de inocencia por cuanto la exigencia de que nadie puede ser considerado culpable hasta que así se declare por sentencia condenatoria, implica la existencia de suficiente actividad probatoria y garantías procesales, es decir el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable. Los imputados gozan de una presunción iuris tantum, por tanto en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada; las pruebas, para ser tales, deben merecer

la intervención judicial en la fase del juicio oral¹⁵, cuya obligatoriedad y publicidad impone la Constitución, salvo los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida; asimismo, deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado con respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales, pues de lo contrario son de valoración prohibida (nos referimos a la obtención de la prueba).

Además que la sentencia firme expedida, la cual además se erige como la única forma de imponer una pena a alguien. Se asienta en dos ideas:

- a) Exigencia de auténticos actos de prueba; y,
- b) El principio de libre valoración o criterio de conciencia por los jueces ordinarios en su valoración.

Como afirma Tomé García¹⁶, no debe confundirse el principio in dubio pro reo, con la presunción de inocencia. El principio in dubio pro reo, pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria y se aplica cuando, habiendo prueba, existe una duda racional sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. Mientras que el derecho a la presunción de inocencia, desenvuelve su eficacia cuando existe falta absoluta de pruebas, o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales.

Además existe otra diferencia, la presunción de inocencia es una garantía procesal del imputado y un derecho fundamental del ciudadano, protegible en vía de amparo. Mientras que la regla in dubio pro reo, es una condición o exigencia subjetiva, del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria aportada al proceso.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, La búsqueda de la verdad en el proceso penal, Editorial Hammurabi, Segunda Edición, Noviembre 2003

¹⁶ TOMÉ GARCÍA, José Antonio, "Derecho Procesal Penal", colección Ceura, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pág. 498.

CAPÍTULO II

LA CARGA DE LA PRUEBA

2.1. Medios de prueba

Los medios de prueba son los caminos o instrumentos que se utilizan para conducir al proceso la reconstrucción de los hechos acontecidos en “la pequeña historia” que es pertinente al proceso que se ventila. Son aquellos que transportan los hechos al proceso. Son los instrumentos regulados por el derecho para la introducción en el proceso de las fuentes de prueba. Visto así son instrumentos de intermediación requeridos en el proceso para dejar constancia material de los datos de hechos. Es un concepto esencialmente jurídico.

Los medios son los instrumentos procesales que son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos, que nos sirven para reconstruir los acontecimientos y mediante los cuales se manifiestan las fuentes de prueba sobre el conocimiento o registro de los hechos. Son medios: la experticia, la documental, la testimonial, etc.

Desde principios del siglo XIX, Bentham estableció dos niveles de distinción al hablar de la prueba (proof), el primero considerado como "el hecho principal", consistente en la existencia o inexistencia de lo que va a ser probado y la otra parte "el hecho probador" el cual es utilizado para demostrar la veracidad o falsedad del "hecho principal", de ahí que toda decisión fundada en una prueba se derive de un proceso de inferencia.¹⁷

En el mismo orden de ideas, Jescheck considera al respecto que existen en el derecho procesal penal alemán, los conceptos de prueba y justificación, términos que tienen un alcance y significado muy distinto, por un lado, el primero se refiere a "aquel medio u objeto que proporciona al juez el convencimiento acerca de la existencia de un hecho" y el segundo se aplica no "para convencer al juez sobre la existencia de un

¹⁷ Los Medios de Prueba en Materia Penal. Biblioteca Jurídica Virtual. Revista Jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/83/art/art8.htm>

hecho, sino, para proporcionarle datos que le hagan constar la probabilidad de que ese hecho ocurri3.18

El autor distingue la finalidad de los medios de prueba en el proceso penal y en el proceso civil, por el hecho de que en el civil deben probarse todos los hechos discutidos mientras en el proceso penal, s3lo aquellos hechos de importancia para la resoluci3n.

Por otra parte, V3ctor Fair3n Guill3n, establece la necesidad de distinguir entre lo que es fuente de prueba, medio de prueba y la prueba en s3, siendo la fuente de prueba "un concepto metajur3dico que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extra3a al proceso", en tanto que el medio de prueba "es un concepto procesal", y la fuente de prueba "existe aun cuando el proceso no", y para que tenga el car3cter de prueba "es necesario que la aportemos en el proceso como medio".19

Derivado de las distintas concepciones en torno a la prueba, se derivan las innumerables implicaciones de este concepto, de ah3 que para algunos sea "un concepto y un fen3meno metajur3dico o, si se quiere ajur3dico".20

Cada medio de prueba tiene una regulaci3n espec3fica en la ley procesal que establece el procedimiento a emplearse en cada uno de ellos, procurando de esta forma otorgarle mayor eficacia probatoria y garant3a para los sujetos procesales21.

La presencia de "alg3n medio probatorio que no tenga regulaci3n espec3fica no obsta a su admisi3n, si resulta pertinente, para comprobar el objeto de prueba, en cuyo caso, deber3n aplic3rsele anal3gicamente las normas del medio que m3s se adecuen a su naturaleza y caracter3sticas".22 Cada hecho a probarse debe ser contrastado con los

¹⁸ G3MEZ COLOMER, Juan Luis, El proceso penal alem3n. Introducci3n y normas b3sicas, Barcelona, Espa3a, Bosch, 1985, p. 128

¹⁹ FAIR3N GUILL3N, V3ctor, Teor3a general del derecho procesal, M3xico, UNAM, 1992, pp. 431-432. De igual manera, Santiago Sent3s Melendo establece una distinc3n entre estos conceptos semejante a la postura del procesalista espa3ol, La prueba, Buenos Aires, Ediciones Jur3dicas Europa-Am3rica, 1978, pp. 141-165.

²⁰ SENT3S MELENDO, Santiago, La prueba, Buenos Aires, Ediciones Jur3dicas Europa-Am3rica, 1978

²¹ N3jera Verdezoto, Susana. "La Prueba en Materia Penal", Universidad Andina Sim3n Bol3var, Sede Ecuador, Quito, 2009.

²² Devis Echandi3, Compendio de la prueba..., ob. cit., t. I, p. 273

medios de prueba de que se dispongan. Dentro de los medios disponibles habrá algunos que son más específicos y propios al hecho en cuestión. Así por ejemplo, con testimonios que son las pruebas menos fiables porque los testigos pueden ser fácilmente manipulados, se pueden probar ciertos hechos en vista que no existen otros medios de prueba y resulta por lo tanto inútil llegar a su conocimiento por otra vía²³.

2.2. Fuentes de prueba

Dice Montero Aroca que “fuente es un concepto extrajurídico, que se corresponde forzosamente con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo, pues, existe independientemente de que llegue a realizarse o no un proceso”²⁴. Si no entra al proceso no tiene consecuencias procesales, pero si puede tener efectos materiales. Las fuentes preexisten al proceso. En el proceso se discuten son hechos del pasado.

En este sentido se puede decir que fuente de prueba es el órgano, instrumento o circunstancia que conduce el hecho concreto al proceso porque en él está el hecho. Es el elemento en el cual ha quedado estampada o grabada la huella del hecho histórico que vamos a intentar reconstruir en el proceso. Puede verse que la fuente es material, ya no es en abstracto. Así no es la prueba testimonial como medio, sino la testigo Celeste que presencié los hechos; no es la prueba documental en abstracto sino el documento tal que contiene el contrato de arrendamiento entre Audrey y Gabriela; ya no es el vehículo como cosa en abstracto sino el vehículo placas tal sobre la cual recae la experticia. Vale decir que la fuente es de donde se extrae el conocimiento de los hechos en su sentido integral.

2.3. Acerca del contenido de hecho y juicio sobre el hecho.

Expone el maestro Muñoz Sabaté “para que los instrumentos probatorios puedan llevar a cabo su función, deben hallarse naturalmente dotados de dos propiedades

²³ Nájera Verdezoto, Susana. "La Prueba en Materia Penal", Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2009.

²⁴ MONTERO A., J. (1998). La prueba en el proceso civil. 4ª Edición. Editorial Thompson-Civitas. Madrid, p. 137.

básicas: impresionabilidad y traslatividad”²⁵. El primero se refiere al registro, al estampado del hecho histórico; el segundo, que pueda llevar al proceso el hecho, o sea, que se apto para hacer la aportación al proceso.

En las ciencias fácticas un hecho es cualquier cosa que tiene lugar en el espacio-tiempo, se considera en algún respecto como una unidad, además cubre un lapso breve²⁶. Es obvio que en esa relación tiempo-espacio hay un complejo de atomicidad.

2.4. Determinar el objeto de prueba

En sentido abstracto el objeto de prueba es todo aquello que se pueda probar, en general sobre lo que puede recaer la prueba. Para algunos autores, el objeto de la prueba son los hechos, para otros las afirmaciones de las partes sobre los hechos. Carnelutti procuró conciliar ambas posiciones, destacando un objeto mediato (los hechos) y un objeto inmediato (las afirmaciones)²⁷. Como se advirtió, anteriormente, no es pacífica la idea de cuál es el objeto de la prueba en el proceso.

Se aprecia que la noción objetiva y abstracta del objeto de prueba puede ser tomada como un concepto general. Su formulación genérica permite tener como cierta la existencia de tal o cual suceso cuando coinciden los presupuestos que requiere su expresión en derecho. En consecuencia, como apunta Palacio, pueden ser objeto de prueba tanto los hechos del mundo exterior (provengan de la naturaleza o de la acción humana), o de los estados de la vida interior del hombre (intención, conocimiento, voluntad, etc.). Esto no excluye que puedan probarse las normas²⁸.

Visto lo que puede ser objeto de prueba, que en términos generales es una noción abstracta pero objetiva, debemos determinar ¿qué debe ser probado?, que es propiamente el *thema probandum* o necesidad de prueba, el cual es objetiva y concreta. Así que, es evidente que esto tiene que ver en relación con el proceso

²⁵ MUÑOZ SABATE, Luis (1997), *Técnica Probatoria*, Bogotá: Editorial Temis: pp. 157 y ss.

²⁶ BUNGE, Mario (1983), *La investigación científica*, Barcelona: Editorial Ariel, p. 718.

²⁷ CARNELUTTI, F. (1993). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Edit. UTEHA Reimpresión, tomo II, p. 450.

²⁸ PALACIO, Lino E. (1975). *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, tomo IV, p. 234

concreto. Como en el mismo se debe aplicar unas normas, es claro que el *thema probandum* son los elementos fácticos que sirven de presupuesto a aquellas normas con base a las alegaciones de las partes²⁹.

Así pues, el destinatario de la prueba, el juez tendrá que llegar a cierta convicción con el objeto de dictar sentencia. Esto nos permite elaborar una pregunta ¿qué es lo que debe probarse? Siguiendo a Taruffo, debe entenderse que en el proceso se demuestran hechos no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos: esto es, no se pretende determinar el hecho en sí mismo sino en la medida en que éste es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso concreto³⁰.

2.5. Momentos procesales de la prueba

2.5.1. Petición de la prueba

De acuerdo a Cafferata, “la proposición de pruebas consiste en la solicitud formulada por los sujetos procesales a los jueces del tribunal de garantías penales para que ordenen la recepción de un medio de prueba determinado, como la declaración testimonial de un testigo; la recepción de pruebas es la actividad desplegada por un órgano que ejerce funciones jurisdiccionales a efectos de introducir el elemento probatorio en el proceso; y, la valoración de las pruebas consiste en el análisis crítico que hace el tribunal de las pruebas rendidas durante el juicio oral con el objeto de decidir si se han verificado o no las afirmaciones en las cuales se basa la acusación y la defensa, para adoptar la decisión de absolución o condena”³¹.

La actividad probatoria está sujeta a un complejo y elaborado conjunto de reglas tendientes a incorporar elementos de convicción relevantes, confiables. La prueba no confiable o engañosa debe ser excluida, del mismo modo que aquella que representa un serio peligro de generación de prejuicios injustos contra uno de los sujetos procesales; sólo si éstos se encuentren debidamente legitimados podrán intervenir en

²⁹ MICHELLI, Gian Antonio, (2004), *La carga de la prueba*, Bogotá: Editorial Temis, pp, 488-489.

³⁰ TARUFFO, Michele (2002), *La prueba de los hechos*, ob. cit. p. 90

³¹ Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, 4ª. ed., Argentina, Editorial Depalma, 2001, p. 41.

la actividad probatoria, ya que el derecho a la prueba es un derecho que integra otro mayor: el derecho fundamental a un proceso justo, en el que prevalecen los derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos

Pellegrini dice que “la actividad probatoria corresponde al conjunto de actos destinados a obtener la incorporación de los elementos de prueba al proceso, que se desarrolla en cuatro momentos denominados proposición, admisión, rendición y valoración”.³²

Según el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, en su Art. 79: “Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces y juezas 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 del juicio.”

Será legal por lo tanto toda prueba “si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito” (CPP, Art. 83)

2.5.2. Presentación de la prueba

Jorge Clariá Olmedo dice que “este despliegue está referido no solamente a la actividad tendiente a introducir el material probatorio (ofrecimiento, producción, contralor, etc.) sino también a la manifestación intelectual y de conocimiento que se realiza en el momento crítico, o sea en oportunidad de valorar lo colectado”.³³

³² Pellegrini, A, Pruebas ilícitas, en Derecho Penal. Derecho Procesal Penal. (Buompadre, J., Coordinador), Abeledo, Perrot, Buenos Aires, 1997, 308.

³³ Clariá Olmedo, Jorge A, Tratato de Derecho Procesal Penal, Ediar, Buenos Aires, t. V, p. 6.

Quien tiene derecho a presentar pruebas, tiene, como consecuencia, derecho a controvertirlas. Conforme a lo anterior, se debe resaltar que adicional a la intervención de las partes del proceso a lo largo del mismo, permitir que quien solicite la prueba, participe en su controversia, facilita la extracción de información relevante para el desarrollo del proceso. Producto éste, que es el inicialmente deseado, cuando se permite la solicitud probatoria

El derecho a probar, además del derecho a aportar y solicitar pruebas, implica también que el juez se ve obligado a practicar la prueba que, por regla general, decretó de conformidad con la solicitud probatoria que efectuaron las partes, siendo la excepción, motivada en todo caso, el rechazo de pruebas pedidas por quienes tienen derecho a probar.

Según el Art. 267, del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano: “Dentro del plazo fijado para que se reúna el tribunal, las partes presentarán una lista de los testigos que deben declarar en la audiencia, expresando la edad, los nombres, los apellidos, la profesión y residencia de ellos, y pedirán las demás pruebas a fin de que se practiquen durante la audiencia.”

Para abordar el tema de la legalidad de la prueba presentada, es necesario establecer previamente la diferencia entre actos de investigación y actos de prueba. Al respecto la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-396 de 2007, precisó:

“Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Fiscalía General del Estado y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Fiscalía General del Estado y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al

proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho”³⁴.

“Constituye también actividad probatoria, los testimonios urgentes que los recibe el juez penal como anticipos jurisdiccionales de prueba; ésta se la incorpora al juicio oral mediante la lectura de los registros en que conste, sin embargo, para que esta prueba pueda ser incorporada de esta manera, es necesario que el temor que fundamentó su recepción anticipada se haya concretado al momento de la audiencia, esto es, que a esa fecha, el testigo o perito hubiere efectivamente fallecido o que se encuentre en incapacidad física o mental o estuviere ausente en otro país, o no pudiere declarar por cualquier otro obstáculo semejante. Si esta circunstancia no se cumple al momento del juicio oral, la excepción que permite su incorporación mediante lectura, sencillamente no opera, y el testigo o perito debe comparecer y declarar en el juicio, sin que tenga valor alguno el registro en que conste su declaración previa como anticipo jurisdiccional de prueba. De todo lo anterior se colige que realizan actividades probatorias todos los sujetos procesales que interviene en un juicio penal, ya sea, al presentar un testigo, un perito, evidencias físicas o documentos sean públicos o privados”³⁵.

La prueba pericial, “al igual que el resto de la actividad probatoria, debe efectuarse bajo el principio de contradicción, en el que los sujetos procesales tienen la posibilidad de atacar el contenido y eficacia del informe pericial mediante el examen y contra examen”³⁶.

2.5.3. Valoración de la prueba

La valoración de la prueba constituye una operación mental de gran importancia, exclusiva del juez, que se la realiza en todo proceso y, más aún, en el proceso penal, puesto que de ella depende que el tribunal de garantías penales llegue o no a la

³⁴ Sentencia 25007 del 13 de septiembre de 2006 MP Alfredo Gómez Quintero, pág. 32. En: Bedoya Sierra, Luis Fernando. "La Prueba en el Proceso Penal Colombiano", Fiscalía General de la Nación. Escuela de Estudios e Investigaciones. Criminalísticas y Ciencias Forenses. Bogotá, 2008.

³⁵ Nájera Verdezoto, Susana. "La Prueba en Materia Penal", Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2009.

³⁶ *Ibidem*

certeza para llegar a la convicción que le permitirá determinar si una persona es culpable o inocente.

El juez de garantías penales debe percibir los hechos a través de los medios de prueba, luego debe realizar la representación o reconstrucción histórica de los mismos, poniendo el mayor cuidado para que no queden lagunas u omisiones que hagan cambiar la realidad procesal. La valoración de la prueba determina el resultado de la práctica de los medios de prueba, es decir, el grado de convicción o persuasión que la prueba practicada por los sujetos procesales logró sobre los jueces del tribunal de garantías penales.³⁷

Según el autor colombiano Hernando Devis Echandía, “Por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez. Es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria; define si el esfuerzo, el trabajo, el dinero y el tiempo invertidos en investigar, asegurar, solicitar, presentar, admitir, ordenar y practicar las pruebas que se reunieron en el proceso, han sido o no provechosos o perdidos e inútiles; si esa prueba cumple o no con el fin procesal a que estaba destinada, esto es, llevarle la convicción del juez.”³⁸

La Sana Crítica es un sistema lógico de valoración de prueba, en el cual el juez valora la prueba sin sujeción a criterios legalmente establecidos, pero, también a diferencia de la libre convicción, sin la interferencia de factores emocionales, debiendo fundamentar su decisión

Según Couture, las reglas de la sana crítica son "las del correcto entendimiento humano. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los

³⁷ Nájera Verdezoto, Susana. "La Prueba en Materia Penal", Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2009

³⁸ *Ibidem*

filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y razonamiento"³⁹.

Dentro del Código de Procedimiento Penal del Ecuador, encontramos las siguientes disposiciones:

“Art. 86.- Apreciación de la prueba.- Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica.”

“Art. 87.- Presunciones.- Las presunciones que el juez o tribunal obtenga en el proceso estarán basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes.”

“Art. 88.- Presunción del nexo causal.- Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario:

- 1.- Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho;
- 2.- Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y,
- 3.- Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean:

- a) Varios;
- b) Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí;
- c) Unívocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y,
- d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente.”

Los jueces del tribunal de garantías penales tienen la libertad para apreciar las pruebas, pero deben explicar las razones que los llevaron a tomar esa decisión, bien sea condenando o absolviendo al acusado, para ello, deben utilizar las reglas de la sana crítica que es un método por el cual se deben examinar y comparar las pruebas, a fin de que a través de las reglas de la lógica se llegue a una conclusión, o sentencia, en donde deben primar los conocimientos científicos y las máximas de la

³⁹ COUTURE, Eduardo J: Fundamentos del derecho procesal civil, Segunda Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1951

experiencia, toda vez que el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal determina que las “pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes...”,⁴⁰ las mismas que deben ser valoradas por los jueces de los tribunales de garantías penales, pues deben actuar en base a la racionalidad, esto es de conformidad con las exigencias que derivan de los requisitos de la sentencia motivada.

El tratadista Perfecto Andrés Ibáñez resalta que “la obligación de la motivación de los hechos suele cumplirse en menor proporción frente a los aspectos subjetivos (los que conforman el tipo y los juicios sobre la culpabilidad), e incluso se les ha llegado a asimilar a juicios de valor, generando con ello una flagrante trasgresión al deber de motivar las decisiones judiciales”⁴¹.

La convicción puede ser positiva, en cuyo caso se habrá conseguido el fin que se buscaba al presentar la prueba (la convicción judicial); o negativa, cuando no se alcanza dicho fin. Por esto es importante pedir, presentar, practicar e incorporar la prueba en forma correcta, ya que como lo mencionamos anteriormente, por más que la prueba haya sido decisoria, si no se ajusta a los parámetros legales, no producirá el resultado deseado.

Los litigantes en un juicio penal se enfrentan como adversarios en una suerte de batalla legalmente regulada. La teoría de esta justicia de partes se funda en la suposición de que el mejor modo de descubrir la verdad es aquel en el cual, cada sujeto procesal disputa tan duro como puede, con un ánimo vehemente para dirigir la atención del juzgador hacia los elementos de prueba que le favorecen.

La presentación de los puntos de vista de cada sujeto procesal ayuda al juzgador a considerar todas las peculiaridades y matices del caso, al mismo tiempo que reduce la disputa al focalizar la atención en los problemas centrales, evitando un litigio adicional sobre cuestiones no trascendentales.

⁴⁰ Código de Procedimiento Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2012.

⁴¹ Ibáñez, Perfecto Andrés, Los hechos en la sentencia penal. México: Fontamara S.A, 2005

En ocasiones los sujetos procesales presentan pruebas con un determinado objetivo y se la percibe en otro sentido, con lo que no se cumple su cometido, y, es ahí, donde radica principalmente la labor de los abogados litigantes en el juicio oral y adversarial, al examinarla, confrontarla y hasta valorarla por su cuenta, al momento de los debates, con la intención de que la prueba practicada tome su verdadero rumbo y guíe al tribunal de garantías penales hacia la convicción.

A más de la actuación de los abogados litigantes en el juicio oral, es preciso que se reglamente sobre el derecho probatorio penal para conocer que medio de prueba se admite o qué no, y en qué circunstancias, dado que en el país cada juez de garantías penales decide qué se admite y qué no se admite en su salón de audiencias al amparo de lo que se conoce como la sana crítica, es decir, cada juez es dueño y señor del aspecto probatorio en el proceso.

La consecuencia de ello es que con unos mismos hechos un acusado puede salir victorioso en un tribunal de garantías penales y en otro tribunal, un acusado con hechos similares, salir culpable, y todo porque uno de los jueces de garantías penales admitió determinada evidencia y el otro, ante similar prueba, denegó su admisión⁴².

⁴² Nájera Verdezoto, Susana. "La Prueba en Materia Penal", Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2009.

CAPÍTULO III

LA PRUEBA Y EL PRINCIPIO DE INOCENCIA

3.1. Prueba, verdad y reglas procesales

Lo primero que debemos aclarar es que la verdad es un proceso. La verdad objetiva no depende de la conciencia humana. Existe independiente de ella. Así, por ejemplo, un crimen existe aún cuando no se encuentre el cadáver, ni se conozca el autor. Tiene que seguirse un camino de investigación para alcanzar la coincidencia entre la verdad subjetiva y la objetiva, esto es, entre el conocimiento y el objeto. Es innegable que hay una interrelación entre verdad y demostración o entre prueba y verdad.

En el pensamiento humano, en especial en el camino del conocimiento, se presenta la relación prueba-verdad. No se discute, cuando se trata de las ciencias fácticas que esa relación es vital, pues, la condición primaria y necesaria para que una afirmación posea carácter científico es que este probada (demostrada). Por contrario, en las ciencias culturales se admiten diversos rangos: verosimilitud, probabilidad y certeza. No obstante, consideramos que en el proceso, instrumento para la realización de la justicia, debe plantearse la relación prueba-verdad, también como vital. En el proceso se va discutir si han ocurrido ciertos hechos y para ello debe utilizarse la prueba para dilucidar tal controversia.

En la relación prueba-verdad en el campo jurídico podemos ver las dos formas más comunes, así:

a) De carácter conceptual: un juicio o proposición está probada si es verdadero y hay elementos suficientes a su favor; aquí la relación supone un resultado, pero puede ocurrir que una proposición esté probada y sea falsa;

b) De carácter teleológico: la verdad es la finalidad de la actividad probatoria, en este sentido la verdad no juega rol definitorio de la prueba.

Esta tesis sostiene que la finalidad principal de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos y cuya descripción se convertirá en premisa del razonamiento decisorio.

El problema de la prueba en la dimensión jurídica es que se ha visto signada por una visión sumamente estrecha. Hoy día, con el avance en diversas disciplinas científicas se presentan nuevas perspectivas como es en el campo de la lógica, la epistemología y la psicología. Bajo la visión de prueba legal se construyó un sistema probatorio cerrado, formalista, con un conjunto de reglas probatorias que abarcaban las actividades posibles de prueba de los hechos. No se pensó en un sistema dinámico, ni mucho menos apreciar la verdad y la prueba como un proceso dialéctico.

Esta problemática ha generado polémica erigiéndose tesis que niegan que en el proceso judicial pueda alcanzarse la verdad. Estas tesis, conforme a los estudios de Taruffo y Parra Quijano⁴³, se fundamentan en la imposibilidad teórica, imposibilidad ideológica, imposibilidad práctica e irrelevancia de la verdad en el proceso civil. Contrario sensu los que afirman la posibilidad de lograr la verdad asumen que si hay posibilidad teórica, ideológica y práctica.

Se tiene en cuenta la tesis que en el proceso es posible alcanzar la verdad. Es más consideramos, que si bien es cierto que el proceso es un instrumento para la solución de conflictos, no es su única finalidad, sino que ella está conexas con la justicia, la alteridad, la paz, la seguridad jurídica y la racionalidad humana. Una cosa es la composición de intereses y otra la justicia y la verdad. Por otra parte, si bien existen limitaciones legales-procesales en el uso de los medios probatorios, no es menos cierto que existen mecanismos para que el juez aplique sus facultades probatorias y que en su apreciación aplique razonada y racionalmente la sana crítica. No tenemos reserva en expresar que en el proceso debe investigarse y descubrirse la verdad, dotando al juez de facultades probatorias, por supuesto, resguardando las garantías y derechos constitucionales del debido proceso, del derecho de defensa, del derecho a la prueba.

⁴³ PARRA QUIJANO, J. (2002). "La prueba penal". en obra colectiva La prueba en homenaje a Devis Echandía. ob. cit. p. 644.

Como se puede apreciar, el fin de la prueba judicial será encontrar la verdad o la certeza de las alegaciones, a cuyo efecto el objeto de la prueba reposa en ella (afirmaciones o negaciones) y, aun así será posible constatar que las mismas afirmaciones encubren casi siempre un juicio de valor que mediatiza el puro hecho.

Precisamente, la verdad de las afirmaciones reside en la necesaria correspondencia que debe producirse entre ellas y su objeto, esto es, los hechos (de modo que podríamos decir que es el hecho el que hace verdaderas o falsas nuestras afirmaciones, pero éstas funcionan jurídicamente con independencia de la existencia o no del hecho).

Es claro que la relación entre estos términos depende del sistema jurídico. No obstante, en mi criterio, debe revisarse desde el punto de vista epistemológico. Sin duda, la verdad como proceso dialéctico tiene una relación con la prueba y a su vez se van estableciendo principios reguladores para la contrastación y verificación. La verdad, en este sentido, es histórica. Pero no debe descartarse que en el mundo de lo social y político se instituyan un conjunto de reglas de juego, a partir de las cuales nacen o se establecen ciertas formas de subjetividad. Quizá sea una forma de representarse la realidad, esto, es la ideología. No cabe duda que vista la verdad como un proceso histórico la relación básica es entre el hombre y la verdad.

Recordemos que la limitación práctica y técnica del hombre hizo que su primera verdad fuese “revelada”. Pero sobre esta base se empezó a construir un sistema ideal de verdad. Pero la práctica social condujo a que se establecieran contradicciones que alcanzaron las formas de poder lo que exigía, para la conservación y resguardo del mismo, ciertas formas de indagación. La indagación con reglas, para saber quien hizo qué cosa, en qué condiciones y en qué momento, apareció como forma de investigación en la Edad Media en el seno del orden jurídico. Desde ese momento, se fueron configurando reglas específicas de averiguamiento que se utilizaron desde la reflexión filosófica y práctica científica hasta los procesos judiciales⁴⁴.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel (1995). La verdad y las formas jurídicas. 4ª Edic. Barcelona: Edit. GEDISA p. 17

Conforme al poder dominante se van estableciendo las reglas de indagación en el control social, por ello, en el ámbito jurídico se implantan un conjunto de reglas procesales que erigen límites a la posibilidad de determinación de la verdad de lo ocurrido a través de las pruebas⁴⁵. En este sentido es posible afirmar, que la prueba debe ser pensada como el medio a través del cual el derecho pretende establecer la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial.

Normalmente, las reglas procesales sobre la prueba se pueden agrupar así:

- a) Reglas que se refieren a los medios probatorios (cuales son admisibles, cuáles no, los específicos para un procedimiento determinado, etc.,
- b) Reglas que manejan la actividad probatoria (inicio y final, formas de realización, la iniciativa, la carga, etc.), y
- c) Reglas que se refieren al resultado probatorio, concretamente a su valoración. Un análisis serio nos permite ver que, al menos los dos primeros tipos de reglas no implican problema para el establecimiento de la verdad; pero las últimas sí son reglas de tarifa legal nos parece que si son limitativas a la verdad puesto que reduce el conocimiento a lo formal.

Entendemos que la libertad para indagar la verdad no está sometida a límites jurídicos. Las reglas lo que configuran es un marco prescriptivo, en qué campo se debe mover la actividad probatoria. Sin embargo, debe advertirse que la racionalidad y la lógica imponen al Juez unos límites para determinar los hechos probados, de suerte que una violación a esas reglas constituye una arbitrariedad, lo que significa que es una limitación jurídica de orden garantista constitucional.

3.2. Las reglas procesales de la prueba: comunes y específicas

El procedimiento probatorio está sometido a los principios que gobiernan al proceso, pues es el eje central del mismo. Debemos recordar que la Constitución tiene normas

⁴⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi (2005), Prueba y verdad en el derecho, Edit. Marcial Pons, Madrid, p. 38.

directamente referidas al tema probatorio. De suerte, que la organización del procedimiento de pruebas debe garantizar el debido proceso y todos los derechos que él involucra. Por ello, es una necesidad la regulación legal del sistema probatorio. Esta regulación implica una ordenación en cuanto a tiempo, lugar y modo de la aportación y producción de las pruebas. Para mantener el equilibrio procesal entre las partes y satisfacer las exigencias constitucionales de proceso justo, tutela efectiva, simplificación y uniformidad, se deben estipular lapsos procesales y requisitos para la validez de los actos, no se trata de formulismos inocuos sino de formas que inciden en la plenitud del acto y que constituyen garantía para las partes de la transparencia judicial.

Se considera una condición del debido proceso que haya una regulación del sistema probatorio, en cuanto a tiempo, lugar y modo de aportación y producción de las pruebas. Formas que regulen el aporte y control de las pruebas formadas en procedimientos no regulados por la ley, por ejemplo, una huella, una marca. Esto no contradice de ninguna manera el principio de la libertad probatoria, en el sentido de no limitarse los medios probatorios; ni tampoco va contra la libre apreciación de la prueba. La regulación se refiere a los aspectos (modo, lugar y tiempo) que se han señalado, esto es: la forma que debe revestir la prueba que se aporte o produzca, en la cual deben estar involucrados los principios generales que gobiernan a la prueba (contradicción, publicidad, lealtad, etc.); lo relativo a la competencia y los requisitos para su tramitación; finalmente, lo que comprende los lapsos para la incorporación al proceso.

Concretamente la pregunta del caso sería “¿cómo se prueba? Cómo probar está en la esencia del proceso, es su columna vertebral, pero ello mismo es proceso, por lo que puede verse como sucesión de actos, regulados por la ley, con la secuencia y precedencia allí establecida. Las fuentes de prueba se incorporan al proceso, con la finalidad de darle certeza a las afirmaciones de hechos dadas por las partes, mediante actos procesales previamente regulados, los cuales conforman una estructura y nexos entre ellos, entre los sujetos y en general con el proceso y el sistema de justicia”⁴⁶.

⁴⁶ LA PRUEBA COMO SUSTENTO DE LA DECISIÓN JUDICIAL. Prof. Rodrigo Rivera M., Abogado egresado 1968 UCABET. Doctor en Derecho Universidad de Salamanca. Sobresaliente Cum Laudae. Magíster en Planificación y Desarrollo Regional. Especialista en Derecho Procesal. Especialista en

El procedimiento probatorio no es, por tanto, la exigencia de unos requisitos meramente formalistas, representa el ejercicio de las partes del derecho fundamental de probar, del cumplimiento del debido proceso y de la manera como se obtiene la certeza para la realización de la justicia⁴⁷. Tiene que quedar claro que hay normas procesales que regulan el procedimiento probatorio para hacer efectiva, precisamente, la tutela. No obstante, debe prevenirse que la prueba no siempre es necesaria –puede ocurrir que las partes convengan en los hechos y estén en desacuerdo en el derecho, por lo que el trámite será de mero derecho.

El régimen probatorio varía según impere uno u otro tipo sistema procesal. En uno u otro tipo la forma de promoción u oferta varían, así como la aportación o evacuación. Así tenemos que en el proceso oral se da en algunos casos la promoción en la demanda y la concentración del debate probatorio en la audiencia oral; en el proceso escrito está determinado el período, aunque este sistema tiene variantes, por ejemplo en Colombia, se exige que las partes presenten o pidan las pruebas en la demanda y en la contestación.

Otro aspecto común es lo relacionado con la carga de la prueba. Esto nos lleva a plantearnos diversos interrogantes: ¿A cuál de las partes le atañe probar un determinado hecho? ¿Cuál de las partes resulta afectada por no aparecer probado ese determinado hecho? ¿Es legítima una sentencia que afecta a una parte que no pudo probar un hecho real, que hubiera variado la decisión de haberse probado, porque le resultaba muy difícil? ¿Qué sucede con la tendencia moderna del derecho a que el proceso deba estar encaminado a buscar la verdad? ¿Cómo se puede explicar que renunciemos al conocimiento de un hecho por los medios permitidos por la ley y lo sustituyamos por el famoso slogan de la “carga de la prueba”, para dictar una sentencia que sea injusta y no corresponda con la verdad? Finalmente, ¿cómo queda el criterio clásico de carga de la prueba con la aplicación de las facultades probatorias del juez?⁴⁸

Derecho Constitucional. Especialista en Derecho Penal. Profesor Universitario. Autor de varias obras jurídicas. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Presidente del Instituto de Derecho Procesal Colombo-Venezolano.

http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/doctrina/Prueba_de...doc

⁴⁷ MONTERO AROCA, J. (1998) La prueba en el proceso civil, ob. cit. p. 172.

⁴⁸ LA PRUEBA COMO SUSTENTO DE LA DECISIÓN JUDICIAL. Prof. Rodrigo Rivera M., http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/doctrina/Prueba_de...doc

Algunos doctrinarios han criticado el concepto de carga de la prueba, porque se ha vinculado un poco a la idea de obligación, lo que contradice un poco la búsqueda de la justicia, pues, la obligación en principio puede ser exigida coercitivamente o se aplica en sustitución una sanción, lo que significaría que la parte que no pueda probar por ser difícil y costosa, sería sancionado por no probar su derecho mediante una sentencia que le priva su auténtico derecho. Pero también hay que evaluar que si el proceso tiene cómo norte la verdad ¿cómo puede estar sometida al criterio de carga de la prueba como regla de valoración?⁴⁹

De todo lo expuesto se pueden inferir dos aspectos básicos que se deben tener en cuenta con relación al problema de la carga de la prueba, que son:

a) Probar es esencial para el resultado del proceso, actividad que compete primariamente a las partes – onus probandi (de nada sirve el derecho si no se prueba, cuestión que se manifiesta en muchas máximas romanas: *actore non probante reus absolvitur*– si el demandante no prueba se absuelve al demandado–, *onus probandi incumbit actori* –la prueba incumbe al actor, *non ius deficit, sed probatio*– no falla el derecho, sino la prueba–, *reus in exceptione fit actor* (cuando el demandado propone excepciones debe probar-), cuestión que se matiza en nuestro proceso porque el juez tiene facultades en razón de hallar la verdad;

b) La finalidad del proceso es la realización de la justicia como garantía de los derechos de la persona; debe verse, entonces, el proceso como la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas. Tiene que compatibilizarse el interés privado con el interés público; la imparcialidad con el deber de buscar la verdad; la igualdad ante la ley con la desigualdad social y económica.

Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su

⁴⁹ *Ibidem*. http://www.iprocesacolombovenezolano.org/doctrina/Prueba_de...doc

apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba.

Es claro que el proceso moderno implica dos nociones básicas, a saber: por un lado, la de derecho subjetivo procesal cuyos titulares son las partes, por tanto pueden ser o no ejercitados por las mismas; por el otro, la de carga procesal, que es como la otra cara de la moneda, o sea del no ejercicio del derecho subjetivo con lo cual se puede generar una consecuencia negativa o perjuicio. Con el ejercicio se obtiene una ventaja en el sentido jurídico, pero si no se ejercita puede ocurrir un perjuicio.

Finalmente, hay que considerar que el criterio clásico de carga de la prueba tiene que ceder ante los valores de justicia y paz social. Compartiendo el criterio del profesor Parra Quijano⁵⁰, se puede afirmar que en la distribución de la carga de la prueba deben aplicarse, valorándolos con prudencia y sentido de justicia, los principios de la igualdad de las partes, la lealtad probatoria y agregamos los de comunidad de la prueba y del interés público de la prueba

Como regla de juicio funciona cuando hay falta de prueba, pero en todo caso el juez debe mirar la comunidad de la prueba y la adquisición procesal de la misma; la pretensión y los alegatos aducidos, la posibilidad de ejercer sus facultades probatorias, los deberes de lealtad y probidad probatoria, porque puede ocurrir que una parte obstaculice y no colabore en la prueba teniendo mayor facilidad para aportarla.

Como se ha indicado en la doctrina imperante en el proceso moderno la teoría de la carga de la prueba se ha resuelto de modo directo en una regla de juicio para el juez, regla que le fija como debe decidir cuando un hecho no ha sido probado, y de modo sólo indirecto en una regla de conducta para las partes.

⁵⁰ PARRA QUIJANO, J. (2001). Manual de Derecho probatorio, ob. cit. p. 154 –156.

Esta regla es aplicada al final del proceso, cuando llega la hora de dictar sentencia, el juzgador puede considerar que, respecto de él y de su certeza, cada uno de los hechos afirmados por las partes se encuentra en una de estas posibles situaciones⁵¹:

1) El hecho afirmado por la parte existió, dado que ha sido probado y generado certeza, por lo cual el Juez dará la formula “Está probado que...”, pudiendo ser en sentido constitutivo, descriptivo o normativo, y declarar la consecuencia jurídica prevista en la norma de la que el hecho es supuesto fáctico.

2) El hecho afirmado por la parte no existió, dado que ha sido probado y generado certeza, por lo cual el Juez dará la formula “Está probado que no...”, y declarará que no ha lugar a la consecuencia jurídica prevista en la norma de la que el hecho es supuesto fáctico.

3) El hecho afirmado no ha llegado a ser probada su existencia o inexistencia, por tanto, no se ha producido la certeza sobre el mismo ni positiva ni negativamente. El juez tiene que dictar sentencia sobre el fondo del litigio, estimando o desestimando la demanda, sin que sea posible el non liquet.

El problema surge en el tercer supuesto, pues, el Juez tiene el deber inexcusable de sentenciar. Como el derecho le impone el deber de sentenciar es lógico que el derecho le diga cómo solucionar el problema que se le presenta cuando hay falta de prueba sobre un hecho. Allí aparece la doctrina de la carga de la prueba como regla de juicio para el juez, pues las normas fijan las consecuencias de la falta de prueba de los hechos (carga de la prueba en sentido material). Así, cuando hay falta de prueba el juez ha de preguntarse a cuál de las partes perjudicará esta circunstancia y cuál debió probarla, de manera que el juez ante un hecho no probado -independientemente de a quien le correspondía la carga formal de probarlo- debe decidir a cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba.

Se tiene que precisar que si bien en el proceso penal se produce una distribución de la carga (dinámica) de la prueba, por supuesto con particularidades propias y que

⁵¹ MONTERO AROCA, J. (1998), La prueba en el proceso civil, ob. cit. p. 112.

difieren de la distribución en materia civil. Tales especialidades se derivan a la presunción de inocencia, no sólo por lo que respecta a su carácter de regla según la cual es el ministerio fiscal –acusación- la que en todo caso asume la iniciativa probatoria, sino también respecto del grado de prueba que se exige a cada una de las partes para que un determinado hecho pueda considerarse probado.

De acuerdo con ello, la presunción de inocencia como regla de distribución de la carga de la prueba implica que, mientras la acusación no acredite los hechos determinantes de la culpabilidad, el imputado no asume carga de la prueba alguna, sino que simplemente tiene la posibilidad de ejercitar un derecho a la prueba de descargo, pero sin correr riesgo alguno de ser condenado si no la ejerce.

Así que cuando la acusación ha aportado prueba de cargo contra el imputado, de tal manera que pueda desvirtuar la presunción de inocencia, es el acusado a quien le corresponde desvirtuar esa prueba de cargo. Hay que recordar, que la insuficiencia de prueba, que produzca duda razonable, la misma debe favorecer al reo.

Finalmente, están las reglas particulares de regulación de cada medio probatorio. Estas regulan desde la formación, la forma del aporte y su práctica en el proceso. Por supuesto, presentan algunas particularidades con relación al tipo de proceso y de procedimiento.

3.3. La verdad de los hechos en el caso concreto

Se ha señalado que los hechos en el caso concreto llegan al proceso: por la afirmación o resistencia de las partes o por medio de las fuentes de prueba. En estos últimos hay que distinguir entre aquellos medios que traen los hechos al proceso, por ejemplo, los testigos, declaración de parte, etc., que incluso llevan la posibilidad implícita de incorporar hechos al proceso; y, aquellos medios que sirven a la mejor valoración de los hechos que han sido aportados al proceso, por ejemplo, la experticia, la inspección judicial.

Cuando se habla de la verdad de los hechos tenemos dos sentidos:

1) Los hechos ocurrieron o no. En este caso el problema es de demostrar la existencia o no de ellos-aquí sería la imposibilidad de la ocurrencia;

2) Los juicios y/o proposiciones que hacemos sobre los hechos, bien como afirmaciones, o bien como narraciones o descripciones de los hechos. Aquí se trata de demostrar la verdad o falsedad del juicio o la proposición. Que en todo caso se trata de establecer si hay identidad entre lo expuesto y las cosas objeto de ello. Lo que significa que necesariamente se tiene que buscar el hecho.

Ya se ha señalado que en el proceso se trata de reconstruir la pequeña historia que ha desembocado en una controversia jurisdiccional. Se comentó que el hecho jurídico – que es un hecho histórico- es atómico, cuya realización implica un progresivo y regresivo desencadenamiento de hechos simples, que se relacionan y condicionan, que van dejando huella en su decurso, como tales e incluso desde ángulos y perspectivas diferentes⁵². Esto significa que en la reconstrucción histórica del hecho controvertido tenga que mirarse su entorno, su dinámica, en fin ver todas sus piezas.

Para alcanzar este cometido tenemos que disponer de medios probatorios que contengan las propiedades de impresionabilidad y traslatividad. Debe tenerse presente que una u otra propiedad puede ser fuerte o débil, ser imperfecta o extinguirse. Por ejemplo, un testigo con dificultades auditivas no registra perfectamente la impresión del hecho, o que muera. Además, está el problema de la recepción del hecho, lo cual se da en un proceso complejo de captación y comprensión. Esto es predicable incluso de los medios mecánicos, por ejemplo, una fotografía capta un ángulo o perspectiva, sin movimiento ni voces; una filmación capta el enfoque del filmador; un documento registra un contenido escrito, pero no las circunstancias internas de las voluntades que se expresan en el acto.

Por otro lado, desde el punto de vista del contenido del hecho hay problemas con la impresionabilidad y la traslatividad cuando se trata de hechos con un curso causal complejo. Parece ser conveniente que se defina el concepto curso causal complejo, diremos que es aquel en donde es difícil establecer todos y cada uno de los pasos de

⁵² MUÑOZ SABATE, Luis. (1967) Técnica probatoria: estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso, ob. cit. p. 143.

la sucesión en un orden probado que esté regido por alguna conexión científicamente plausible o por razonamiento lógico con base a hechos probados” la complejidad viene determinada fundamentalmente:

1) Por tratarse de cadenas causales escasamente conocidas en cuanto a sus detalles, aun cuando se conozca el inicio y la consecuencia (ej reacciones bioquímicas en el cuerpo humano),

2) Por estar estas cadenas causales múltiples y entrelazadas entre sí, que cada una de estas causas no co-determina el resultado, sino que, según su nivel de interacción con otras cadenas causales, produce uno u otro resultado, por la complejidad de los sistemas sobre los que le factor externo actúa (ej. el polvo de carbón y el fumador).

Así pues, que en este contexto de enjuiciar conforme a criterios de razonamiento práctico lo que se pretende no es únicamente comprobar que, conforme a las leyes causales aceptadas, se ha producido una relación de causalidad en el caso concreto, sino más bien, el principal punto de interés en el proceso de construcción decisoria es la identificación del factor o factores concretos –humanos- que pusieron en marcha la cadena causal. O en otras palabras, en la adscripción de un curso causal a una acción (tomamos la idea de Kinahauser de acción en el sentido que existe de hecho para el sujeto otra opción de intervención en el curso fáctico controlada por su voluntad, a manera de ejemplo, de un mismo curso causal –un movimiento de las cuerdas vocales- pueden derivarse acciones totalmente diferentes: una oración, una blasfemia, una injuria, un mentira, un elogio), generalmente humana como punto de partida del mismo. Se trata, como condición necesaria, el de conectar -adscribir- el inicio y configuración del curso causal a una acción humana (introducir por ejemplo el elemento tóxico, omitir un procedimiento de asepsia de materia primas, etc.), para ello, en caso de productos deberá hacerse un análisis completo de las acciones básicas. Desde este enfoque, en última instancia, se trata de determinar si se dan esas conexiones causales, entre los resultados de las acciones básicas realizadas y el resultado final jurídicamente relevante (puede ocurrir que se introduzca con conocimiento una sustancia tóxica, pero tolerable en cierta cantidad y el consumidor se exceda, pese a advertencia en la ingesta). Por lo visto, podemos hacer una primera aproximación que el juez tiene que determinar si existe relación de causalidad en el

caso concreto, y no el de establecer un concepto genérico de la misma y utilizarlo como máxima de experiencia lo que significaría una violación al derecho de presunción de inocencia.

Con base a la evolución de la ciencia, los conceptos tradicionales de relación de causalidad como “conexión conforme a las leyes de la naturaleza” o que causa es una parte necesaria de una condición mínima suficiente”, no son bastantes o no proporcionan base capaz para determinar en qué casos se da tal conexión.

Otra dificultad surge por la presencia de las regulaciones probatorias. Conforme a las normas procesales lo que debe ser probado en juicio depende de los supuestos de hecho a los que las normas jurídicas atribuyen consecuencias jurídicas. Esto supone probar la afirmación de la ocurrencia del hecho. Recuérdese que los supuestos de hecho son definidos en formas distintas, entre ellas se pueden distinguir entre los hechos definidos descriptivamente y los hechos definidos valorativamente. En las primeras, la identificación se realiza a través de hechos o datos empíricos, en las segundas se emplean términos indeterminados y valorativos, por ejemplo, daño grave, como un buen padre de familia, etc. El problema es cómo identificar elementos cognoscitivos para determinar un valor o indeterminación como probado. Hay que expresar que en estos casos de hechos definidos valorativamente lo que recae sobre el hecho es un juicio de valor el cual no puede ser estimado como falso o verdadero. Imaginemos que hay una acusación en la cual se imputa “actos de exhibición obscena”. ¿Cuáles son los parámetros para calificar una acción determinada como exhibición obscena?

Debe concluirse que la determinación de la verdad de los hechos en el proceso es, sumamente, complejo, más no imposible, ni que no sea deseable o ideal. En este orden de idea se comparte la tesis que es necesario situar la determinación verdadera de los hechos entre los objetivos institucionales del proceso, dado que sin esta hipótesis es casi imposible explicar racionalmente en que consiste la justicia de la decisión.

3.4. El razonamiento probatorio del juez: convicción y justificación.

En esencia la valoración de los medios probatorios producidos en juicio es quizá la función más importante en el proceso, puesto que sobre esa base se toma la decisión judicial. Decía Jerome Frank citado por Quijano “ninguna decisión es justa si está fundada sobre un acertamiento errado de los hechos”⁵³. Por ello, acoger un sistema de valoración de las pruebas en un ordenamiento jurídico, es en principio una responsabilidad del legislador, ya que es quien elabora las normas que pretenden asegurar la verdad y eliminar el error, en procura de lograr la ecuación certeza-verdad. Obviamente, que escogido un determinado sistema por el legislador, la responsabilidad se traslada al juez en el análisis del caso concreto, pues, es él quien tiene que aplicar el sistema probatorio y ajustar su decisión a la verdad-justicia. Puede decirse, entonces con Morello que “la decisión de fondo constituirá una aplicación eficazmente válida de la ley cuando objetivamente se encuentre acertada la verdad de los hechos”⁵⁴.

Los autores respecto a los sistemas de valoración y apreciación de las pruebas han tratado de clasificar los que se han aplicado en diversas etapas históricas y legislaciones. No hay un criterio único, por ejemplo, Rocha Alvira “reducidos a su más simple expresión, no son sino tres: el de tarifa legal; el del íntimo convencimiento que por ciertos respectos podría llamarse “de conciencia”⁵⁵, y el de persuasión racional. La doctrina europea distingue las llamadas pruebas legales y las llamadas pruebas libres. Otros autores nos hablan del sistema de libre apreciación, del sistema de tarifa legal, del sistema de la sana crítica y de un sistema mixto. El ilustre Sentis Melendo expresaba que habían los sistemas extremos: “en la que la libertad falta en absoluto o en los que la libertad es absoluta”⁵⁶, por lo que puede haber sistema intermedio, el cual era la sana crítica. Sistema que no es resultado de una combinación de los extremos. Así pues, el razonamiento probatorio del juez se realiza conforme al sistema-método que tenga que aplicar.

⁵³ Parra Quijano, J.. Memorias XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Prueba y verdad en el proceso civil colombiano. Pág. 541

⁵⁴ MORELLO, Augusto. La prueba: tendencias modernas. 2ª Edic. Edit. Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2001, p. 40

⁵⁵ ROCHA ALVIRA, Antonio. De la prueba en Derecho, Ediciones DIKE, Medellín, Colombia, 1990, p. 97

⁵⁶ SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba, Editorial EJE, Buenos Aires, 1990, pp. 239 y ss.

3.5. La sentencia. Formación interna de la sentencia.

Se ha dicho que la sentencia es “el acto decisorio de un proceso de cognición”⁵⁷. Eso significa que la misma se ha formado en un proceso complejo de conocimiento. La formación de la sentencia puede considerarse en su aspecto externo y en su aspecto interno. En el primer caso, se refiere al conjunto de actos que debe realizar el juzgador para elaborar la sentencia. En todo caso depende si es unipersonal, colegiado o mixto. En el segundo aspecto, se entiende el fenómeno psicológico que se desarrolla en la mente de los jueces para realizar esa expresión de pensamiento y de voluntad en que la sentencia consiste. Este proceso lógico pasa por confrontar los hechos expuestos en la demanda con los que el derecho establece para su aplicación. Allí hay la formulación de muchos juicios y proposiciones.

Es posible asumir que la sentencia es un proceso de interpretación de hechos y aplicación del derecho. Tanto es un juicio lógico como una expresión de voluntad, pero en su elaboración conciertan múltiples críticos que demuestran su carácter complejo.

Es indudable, que el aspecto externo de la sentencia no revista mayor inconveniente, pero el estudio de la formación interna si reviste gran dificultad. En la formación se expresa un fenómeno de la mente humana –reflexión, comprensión, interpretación, conocimiento, etc.-, que de por sí son diversos y complejos los factores que lo determinan o sobre determinan, que los intentos de explicación no son aceptados pacíficamente.

Algunos han pretendido explicar la formación interna de la sentencia bajo un esquema simple de silogismo judicial. Expresando que dicha estructura se conforma por una premisa mayor, compuesta por las normas jurídicas; una premisa menor, que se manifiesta por los hechos concretos alegado y probados, y una conclusión, que es la consecuencia jurídica concreta resultante de encajar el hecho en lo previsto en la norma. En la aplicación del silogismo se trata de subsumir las circunstancias que se consideran probadas a las realidades que establezcan las normas pre-existentes.

⁵⁷ GUASP D., J y ARAGONESES, P. (2002). Derecho Procesal Civil. 5ª Edición. Madrid: Editorial Civitas, tomo I, p. 502.

Guasp se opone al simple esquema del silogismo. Expresa que no se puede reducir a fórmulas esquemáticas que pretenden tener validez general. Agrega que es muy simplista reducir el complejo de operaciones racionales que forman parte de una sentencia a un silogismo integrado por dos premisas y una conclusión. Sostiene que cada una de las premisas debe estar integrada por otras figuras análogas, desdoblando las premisas que la componen, estableciendo múltiples cadenas lógicas, con enlaces entre sí.

Estos enlaces que se van construyendo constituyen proposiciones en el sentido lógico, lo cual conforma la argumentación. Debe examinarse que en la sentencia también confluye la interpretación, la cual se da, por una parte, sobre los hechos y, por otra, sobre el contenido y alcance de las normas, que en principio deben ser interpretadas conforme a los principios y valores constitucionales. Hay que expresar que éstos son expresión de los valores, creencias y convicciones de un pueblo. Ello significa que deben ser concebidos en una dinámica.

Robert Alexy, rechaza la concepción de la sentencia como producto del silogismo judicial, expresando que en todo argumento judicial –parte del discurso jurídico-, es preciso realizar valoraciones ético-sociales, en las cuales, la finalidad es alcanzar un criterio correcto sobre la base de convicciones morales imperantes en el grupo social⁵⁸. Es posible pensar que el juez, no sólo desde el punto de vista ideológico, sino desde la conformación de su discurso aprendido está inmerso en el discurso práctico general, lo que no impide que en momentos de crisis puedan existir rupturas epistemológicas. Es obvio, como lo señala el autor in comento que en la decisión judicial entra en juego el juez humano, su idea de justicia, su preparación académica, su formación humanística y su compromiso social.

De lo expuesto hay que asumir, en primer término, que la formación interna de la sentencia no sólo está integrada por juicios lógicos, sino también por juicios históricos (para determinar la existencia de los hechos y de la norma) y por juicios de valor (elección de posibilidades interpretativas, integración de conceptos jurídicos

⁵⁸ ALEXY, Robert (1995), Teoría del discurso y derechos humanos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

indeterminados, etc.), y, en segundo término, que no se puede pretender explicar el juicio jurisdiccional en toda su complejidad.

Sin embargo, siguiendo la doctrina española, sin pretensiones de solución, más que todo a fines didácticos, podría usarse el siguiente esquema:

1.- Verificar si el ordenamiento contiene normas (aunque no hayan sido alegadas por las partes: *iura novit curia*) que atribuyen a los hechos alegados las consecuencias jurídicas que las partes han pedido. Así, tras el conocimiento de los hechos alegados y de las consecuencias jurídicas perseguidas, el juzgador debe examinar la existencia, vigencia, validez y significación de las normas jurídicas que sean atinentes al supuesto fáctico planteado. Para realizar esta labor se debe acudir al sistema de fuentes, partiendo de la ordenación constitucional como fuente de fuentes. Si realizada esta labor, el litigio puede terminar aquí si el juzgador llega a las siguientes conclusiones:

a) Que el ordenamiento no concede la consecuencia jurídica pretendida o la niega en absoluto, por ejemplo, que se pida, la persona sea condenada a contraer matrimonio sobre la base de una promesa matrimonial;

b) Que el ordenamiento no concede la consecuencia jurídica pretendida con base de los hechos alegados.

2.- La segunda etapa del enjuiciamiento se orienta a la fijación de los hechos de lo que ha de partirse para resolver en concreto la cuestión jurídica.

Debe separar de los hechos alegados, los que hayan sido admitidos, los que sean notorios y los evidentes, pues estos no ameritan prueba. Quedarán sólo los hechos controvertidos y para los cuales habrá de examinarse conforme al resultado de la prueba. Obviamente, hará examen de la pertinencia de los hechos con relación a la pretensión.

Para determinar el resultado el juez debe realizar una doble operación, a saber: a) la interpretación de la prueba, es decir, determinación del significado de lo declarado por la parte, por el testigo, o por la pericia o por el texto del documento; b) la

valoración de la prueba, para determinar si los datos revelados a través de la práctica de los diversos medios de prueba han de considerarse o no como ciertos, conforme al método de la sana crítica o reglas legales de valoración si hay tasación. De aquí pueden surgir hechos firmes relevantes y hechos débiles no relevantes, pero pueden llegar a servir de base para establecer otros hechos o presunciones.

3.- Con base en las operaciones anteriores se habrá obtenido un conjunto de afirmaciones de hechos verificadas o tenidas por ciertas. Aquí debe establecerse las relaciones que regula el derecho. Es decir, además de resolver la cuestión de la existencia de los hechos, el juez ha de apreciar también su esencia, su entidad o significación jurídica. Debe tenerse en cuenta que la interpretación del acto o negocio jurídico no es una cuestión de hecho, sino de significado y alcance.

4.- Se establece la subsunción de ese conjunto de hechos jurídicamente calificado en el supuesto fáctico de la norma o normas. Advertimos que la premisa mayor la elabora el juez. No tiene vinculación a las normas alegadas por las partes. Su vinculación es con los hechos alegados y probados.

5.- Realizada la subsunción el juez, en el supuesto más simple, sólo tiene que ordenar se produzca en el caso concreto la consecuencia jurídica.

Este es más o menos el esquema de formación de la sentencia. No obstante, debe manifestarse que en la práctica judicial hay los llamados casos fáciles, para los cuales es muy útil el silogismo; pero también hay los llamados casos difíciles, para los cuales no es muy útil y fácil la aplicación del silogismo, especialmente para aquellos denominados “casos trágicos”, según Atienza, que frente a ellos no es posible tomar una decisión que no vulnere algún principio o valor fundamental del sistema. En algunos casos el juez se encuentra ante la disyuntiva de si hace justicia o si aplica la norma. No está ante una alternativa de normas, sino ante sacrificar principios o valores imperantes socialmente, en finalidad de dar solución al conflicto⁵⁹.

⁵⁹ ATIENZA, Manuel (1995) *Tras la justicia*, Barcelona: Editorial Ariel, p. 177.

3.6. La construcción de congruencia

Por congruencia debe entenderse como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto. En la definición de congruencia encontramos dos términos:

- a) La actividad procesal de las partes, que se integra por la pretensión procesal, las alegaciones de hecho y derecho, tanto de la demanda como de la resistencia,
- b) La sentencia del juez conforme al primer término. En materia penal, en el sistema acusatorio se habla como principio de dicho sistema la congruencia entre acusación y sentencia; no obstante, se advierte que no debe atribuirse el mismo contenido que en el proceso civil.

Esto indica que para construir la congruencia el juez debe hacer un examen exhaustivo. En primer término, examinar en la actividad de las partes, cuanto han alegado –demanda y resistencia- oportunamente conforme a las reglas procesales. Se examina la demanda, la contestación, la reconvención y los actos de renuncia, admisión o allanamiento, transacción o desistimiento. En segundo término, determinación clara de las partes en el proceso, lo que implica análisis de las partes actualizadas, los originales y agregados, si hay sustitución procesal, si hubo pérdida de esa condición –muerte, etc.-. En tercer término, examinar la pretensión procesal, de forma integral, tanto el objeto inmediato –específica actuación jurisdiccional-, como mediato –el bien jurídico específico que se requiere, debe ceñirse a los límites cualitativos y cuantitativos de dicho objeto-. En cuarto lugar, si hay cumplimiento de los presupuestos procesales para dictar sentencia de fondo – por ejemplo, si hay litisconsorcio necesario y no acudieron todos-, de las alegaciones de terceros, de alegaciones de las partes influyentes en la admisibilidad.

Se infringe la congruencia, si no se resuelve sobre todo lo que se debió resolver y por exceso, si se resuelve sobre lo que no es objeto de resolución.

Si no se resuelve sobre todo y se omite pronunciamiento se tendrá incongruencia negativa. Debe examinarse todo lo pedido, incluso lo pedido fuera de los actos de demanda y contestación, como confesión ficta, perención, etc., pues si los ignora y no los considera en el fallo, se produciría vicio de omisión de pronunciamiento o incongruencia. La doctrina en los casos que no hay pronunciamiento sobre todo lo alegado y pedido lo califica como incongruencia negativa. El juez debe resolver en forma expresa, positiva y precisa todos los alegatos que sustentan la pretensión y todas las defensas y excepciones interpuestas por el demandado.

Se infringe la congruencia si se toman en consideración hechos constitutivos no alegados por el actor. También si resuelve sobre la pretensión procesal en atención a hechos impeditivos o extintivos no alegados por ninguna de las partes, salvo que excepcionalmente el juez deba tomarlos en cuenta de oficio. O si se resuelve en atención a hechos excluyentes que el demandado no hubiese hecho valer.

Realizado este examen debe hacerse la congruencia exhaustiva entre lo alegado y lo probado. No basta hacer afirmaciones o alegaciones, deben exponerse los hechos que la fundamentan y éstos deben ser probados. El en su congruencia se pronunciara sobre lo que fue probado y lo que no fue probado, si la prueba fue suficiente o no, si se aplica alguna regla por ejemplo de la carga de la prueba, etc.

3.7. Sistema de la sana crítica o persuasión racional.

Dice Sentis Melendo refiriéndose al concepto sana crítica, “el concepto y la expresión nos pertenecen: son netamente hispánicos. Fuera de nuestros países, la sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, o mejor como expresión de esa valoración, no se encuentra”⁶⁰. Este sistema, pues, proviene del derecho español, si se quiere es la conjunción de las reglas de experiencia con el método lógico de la ciencia, lo que significa que el juez y, en general los abogados, deben manejar el arte de la argumentación como corolario de la aplicación de métodos lógicos para la elaboración de los juicios (proposiciones).

⁶⁰ SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1990, pp. 239 y ss.

Ahora bien ¿qué es la sana crítica, además de una expresión idiomática? Nadie nos lo ha podido decir: ni las leyes, ni la jurisprudencia, ni la doctrina. Sentis Melendo expresa lo siguiente:

Se identifica por algunos con la lógica; por otros con el buen sentido, extrayendo las reglas de la lógica, basándose en la ciencia, en la experiencia y en la observación; otras veces es la lógica crítica aplicada al proceso; el buen sentido; coincide con las reglas del correcto entendimiento humano; con la crítica o el criterio racional; se confía a la prudencia, rectitud y sabiduría de los jueces; debiendo en cada caso examinar las circunstancias que lo rodean.

El profesor Couture dice “las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano”⁶¹. En ella interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Por ello, se dice que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. No obstante debe saberse que la simple aplicación del silogismo jurídico no es suficiente para convalidar una sentencia. Debe, entonces, confrontarse el análisis lógico con la correcta apreciación de las máximas de experiencia. Agregaba con mucha claridad:

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

Por su parte, Parra Quijano dice que son pautas que elaboramos (para juzgar), utilizando como materiales el ambiente creado por el proceso en cuestión (pequeña historia del proceso), las máximas de experiencia y si es el caso las reglas técnicas, científicas o artísticas (prueba pericial).

Expone Fabrega que la sana crítica implica:

⁶¹ COUTURE, E. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, ob. cit. p. 270.

- 1) Las pruebas deben obrar, válidamente, en el proceso, esto es, haberse practicado con arreglo a las disposiciones legales.
- 2) La apreciación debe tener puntos objetivos de referencia y dejarse constancia de ello en el fallo.
- 3) Examen integral de cada medio de prueba, entrelazado con los distintos medios que obran en el expediente. El examen en conjunto requiere obviamente, análisis del valor probatorio de cada medio en sus particularidades.
- 4) La apreciación del juez está sujeta a control del superior.

3.8. Prueba y motivación de la sentencia.

La sentencia es el acto procesal por el cual el juez emite un pronunciamiento definitivo, estableciendo el derecho que debe aplicarse en la relación jurídica que presentaron las partes, y definiendo el alcance que tiene dicha resolución. En ella se vuelca el juicio del juzgador sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión procesal con el derecho y, en consecuencia, decide estimarla o rechazarla, poniendo fin al proceso. En la sentencia tiene que resolverse el problema planteado como objeto del proceso y las cuestiones que inciden en el sentido de la resolución sobre él, o también cuestiones de naturaleza procesal, que impiden un pronunciamiento sobre el fondo.

De suerte que en tal oportunidad, el juzgador hará un estudio exhaustivo de los hechos puestos a su conocimiento, valorará con las reglas procesales y la sana crítica la prueba producida por las partes y aplicará el derecho que considere pertinente. En casi todos los códigos procesales las normas que regulan la sentencia exigen que en la motivación se realice un examen crítico de las pruebas.

El deber del juez de motivar la sentencia tiene un correlato con el derecho del justiciable de conocer porque se le sentencia. Se trata de un aspecto del debido proceso que configura para el ciudadano un derecho. No solo se ampara en el debido

proceso sino que forma parte de la tutela efectiva. El justiciable tiene que saber exactamente porque la sentencia obra en su contra, pues, este conocimiento le permite fundamentar la impugnación de la decisión y solicitar su anulación o corrección. Tiene derecho a conocer que se da o se tiene por probado en su contra.

Así pues, la motivación constituye un elemento crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. En la doctrina, Cuenca expresa que “la motivación es un conjunto metódico y organizado de razonamientos que comprende los alegatos de hecho y de derecho expuestos por las partes, su análisis a la luz de las pruebas y de los preceptos legales y el criterio del juez sobre el núcleo de la controversia”⁶².

La declaración de hechos probados con base a qué pruebas es un requisito de contenido de las sentencias, que ha de cumplirse en todas ellas y en todos los órdenes jurisdiccionales. Ahora bien, también se trata de que el juez deba indicar, exhaustivamente, que pruebas no son suficientes para probar algún alegato, y si se desecha alguna prueba las razones de su desestimación.

El juez en su sentencia deberá estar en correspondencia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en la resistencia. Por ello, deberá indicar que hechos están probados y cuáles no. Deberá expresar en ese sentido la relación existente entre los medios de prueba practicados y los hechos que han sido declarados probados. La verdadera motivación exige precisar, con relación a cada hecho probado, el medio de prueba del que se ha extraído la certeza sobre el mismo. Comenta Montero Aroca que sin poner de manifiesto esa relación coexiste verdadera razonabilidad en la sentencia y, por tanto, ésta no es producto de la razón sino de la voluntad.

El juez debe hacer un discurso o argumentación fáctica probatoria, cuando valora la prueba, es decir, debe explicar las reglas de experiencia que aplica. Cuando se está con el sistema de sana crítica, y que no exista una regla legal de valoración, la relación entre un hecho probado y un medio de prueba deberá expresarse la máxima

⁶² CUENCA, Humberto (1980), Curso de Casación Civil, Caracas: Edita Universidad Central de Venezuela, p. 132.

de experiencia en virtud de la cual el juzgador atribuye credibilidad a la fuente de prueba. No será suficiente la narración, sino que se debe dar cuenta de las razones porque se decidió en uno u otro sentido.

Finalmente, debe señalarse que el análisis de prueba debe ser exhaustivo, debe comprender todas las pruebas. Si se dejase de examinar alguna prueba se incurriría en el vicio de silencio u omisión de prueba. Este vicio puede considerarse como un vicio de inmotivación –doctrina tradicional-, pero se ha ido cambiando de criterio para considerarlo como un error de juzgamiento.

CONCLUSIONES

Al finalizar este trabajo de investigación, he podido llegar a las siguientes:

- Se ha podido conocer las garantías básicas del debido proceso en la Constitución ecuatoriana, las cuales son la base fundamental del sistema procesal penal ecuatoriano.
- Con el estudio se logró determinar los fundamentos del principio de inocencia, a través de la recolección bibliográfica, se ha podido conocer la importancia de este principio, puesto que todo ser humano tiene derecho a ser considerado inocente, hasta que se pruebe lo contrario, y en este caso, esa parte probatoria le corresponde a la parte acusadora, la cual debe a través de los medios de prueba, llegar a demostrar claramente que la persona, es culpable sin lugar a dudas, del cometimiento del delito.
- Dentro del proceso de la carga de la prueba, nuestro sistema procesal penal, en el Código, determina cuál es el proceso de pedido, presentación y valoración de la prueba, la misma que debe cumplir con el requisito de la legalidad, debe estar legalmente obtenida para poder ser presentada.
- Se estudió la valoración de la prueba dentro del proceso penal, lo cual le corresponde al Tribunal de Garantías Penales, una vez que las pruebas han sido presentadas en el juicio, de esta valoración, la cual debe ser con total apego a la interpretación sana y racional, depende la declaración de culpabilidad o inocencia del procesado.
- Finalmente, se debe anotar que la función de los medios de prueba en el proceso penal se encuentra directamente encaminada a tratar de obtener la verdad, pero no una verdad absoluta sino en alguno de los grados que al hombre le es posible conocer, traducida en una verdad formal o material,

que, si bien no es lo mismo, se encuentra aproximada a la verdad subjetiva y objetiva. En lo referente a la carga de la prueba penal, cuestión que algunos niegan en esta materia, pero que resulta factible pensar en su existencia en el proceso penal y se traduce en que la parte acusadora debe acreditar los elementos constitutivos del particular tipo penal imputado al procesado, así como las calificativas y su plena responsabilidad en la concreción del tipo penal que se le imputa, y la defensa por su parte tratará de acreditar alguna excluyente del delito, una causa de atipicidad o bien las correspondientes atenuantes.

RECOMENDACIONES

Propongo las siguientes recomendaciones:

- Resulta conveniente analizar a la fuente de prueba y los medios de prueba, a efecto de evitar confundir los elementos con que se prueba de aquellos con lo que se pretende probar, resultando claro que dichos conceptos aluden a situaciones diversas.
- El principio de presunción de inocencia ha sido formulado desde su origen, y así debe entenderse, como un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica, por ello se debe vigilar constantemente del cumplimiento de las garantías del debido proceso, de esta manera el Estado ecuatoriano, evitaría demandas ante organismos de derechos humanos nacionales e internacionales, lo cual daña la imagen de cambios en el sistema procesal.
- En el ámbito probatorio donde se ha denotado mayor relevancia la presunción de inocencia, en atención a la que la certeza de la culpabilidad del sujeto debe basarse en pruebas que lleven a tal convicción, de ahí la exigencia de prueba plena para sustentar una sentencia condenatoria.

BIBLIOGRAFÍA

- CERESO MIR, José. Temas Fundamentales del Derecho Penal, Editores Rubinzal – Culzoni, 2000.
- Juan Colombo Campbell, “Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de inocencia”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2007, p. 359. (consultable en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://www.bibliojuridica.org/revistas/> (visitado el 18 de agosto de 2011).
- Juan Jacobo Rousseau, El contrato social, México, Editora Nacional, 1979, p. 217.
- Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas, 3ª ed. facsimilar, México, Porrúa, 1988, p. 61
- Juan Javier Jara Muller, “Principio de inocencia: el estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal”, en Rev. Derecho (Valdivia). (online), ago. 1999, vol. 10 supl., pp. 41-58, <http://mingaonline.uach.cl>. (visitado el 18 de agosto de 2011).
- Sánchez Velarde, Pablo; "Comentarios al Código Procesal Penal; Edit. IDEMSA, Lima, 1994; p. 102; y SAN MARTIN CASTRO, CÉSAR; “Derecho Procesal Penal”. 2 Edición. Editora Jurídica Grijley. 2003, p.114.
- ORÉ GUARDIA, ARSENIO; “Manuel de Derecho Procesal Penal”, Ed. Alternativas. 1996, p.37
- CUBAS VILLANUEVA, VICTOR. “El Proceso Penal. Teoría y Práctica”, Palestra Editores, 1997, p.25.
- Velásquez Velásquez, Fernando. "Principios rectores de la nueva ley procesal penal", Bogotá, Edit. Temis, 1987, p.25.
- Maier, Julio B.; "Derecho Procesal Penal Argentino"; Ed. HAMMURABI, Bs As. 1989, p. 281.
- LONDOÑO JIMENEZ, HERNANDO; “Tratado de Derecho Procesal Penal. De la Captura a la Excarcelación”. Ed. Temis, 3 Edición. Santa Fe de Bogotá. 1993, p.266.

- Catacora Gonzáles, Manuel; "De la Presunción al principio de inocencia"; en VOX JURIS, Revista de Derecho Año 4 Lima, 1994, p.121 ss.
- SAN MARTIN CASTRO, CÉSAR; "Derecho Procesal Penal". 2 Edición. Editora Jurídica Grijley. 2003, p.116.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, La búsqueda de la verdad en el proceso penal, Editorial Hammurabi, Segunda Edición, Noviembre 2003
- TOMÉ GARCÍA, José Antonio, "Derecho Procesal Penal", colección Ceura, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pág. 498.
- Los Medios de Prueba en Materia Penal. Biblioteca Jurídica Virtual. Revista Jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/83/art/art8.htm>
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Barcelona, España, Bosch, 1985, p. 128
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, Teoría general del derecho procesal, México, UNAM, 1992, pp. 431-432. De igual manera, Santiago Sentís Melendo establece una distinción entre estos conceptos semejante a la postura del procesalista español, La prueba, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, pp. 141-165.
- SENTÍS MELENDO, Santiago, La prueba, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978
- Nájera Verdezoto, Susana. "La Prueba en Materia Penal", Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2009.
- Devis Echandía, Compendio de la prueba..., ob. cit., t. I, p. 273
- Nájera Verdezoto, Susana. "La Prueba en Materia Penal", Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2009.
- MONTERO A., J. (1998). La prueba en el proceso civil. 4ª Edición. Editorial Thompson-Civitas. Madrid, p. 137.
- MUÑOZ SABATE, Luis (1997), Técnica Probatoria, Bogotá: Editorial Temis: pp. 157 y ss.
- BUNGE, Mario (1983), La investigación científica, Barcelona: Editorial Ariel, p. 718.
- CARNELUTTI, F. (1993). Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Edit. UTEHA Reimpresión, tomo II, p. 450.

- PALACIO, Lino E. (1975). Derecho Procesal Civil, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, tomo IV, p. 234
- MICHELLI, Gian Antonio, (2004), La carga de la prueba, Bogotá: Editorial Temis, pp, 488-489.
- TARUFFO, Michele (2002), La prueba de los hechos, ob. cit. p. 90
- Cafferata Nores, José I., La prueba en el proceso penal, 4ª. ed., Argentina, Editorial Depalma, 2001, p. 41.
- Pellegrini, A, Pruebas ilícitas, en Derecho Penal. Derecho Procesal Penal. (Buompadre, J., Coordinador), Abeledo, Perrot, Buenos Aires, 1997, 308.
- Clariá Olmedo, Jorge A, Tratato de Derecho Procesal Penal, Ediar, Buenos Aires, t. V, p. 6.
- Sentencia 25007 del 13 de septiembre de 2006 MP Alfredo Gómez Quintero, pág. 32. En: Bedoya Sierra, Luis Fernando. "La Prueba en el Proceso Penal Colombiano", Fiscalía General de la Nación. Escuela de Estudios e Investigaciones. Criminalísticas y Ciencias Forenses. Bogotá, 2008.
- Nájera Verdezoto, Susana. "La Prueba en Materia Penal", Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2009.
- COUTURE, Eduardo J: Fundamentos del derecho procesal civil, Segunda Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1951
- Código de Procedimiento Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2012.
- Ibañez, Perfecto Andrés, Los hechos en la sentencia penal. México: Fontamara S.A, 2005
- Nájera Verdezoto, Susana. "La Prueba en Materia Penal", Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2009.
- PARRA QUIJANO, J. (2002). "La prueba penal". en obra colectiva La prueba en homenaje a Devis Echandía. ob. cit. p. 644.
- FOUCAULT, Michel (1995). La verdad y las formas jurídicas. 4ª Edic. Barcelona: Edit. GEDISA p. 17
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2005), Prueba y verdad en el derecho, Edit. Marcial Pons, Madrid, p. 38.
- LA PRUEBA COMO SUSTENTO DE LA DECISIÓN JUDICIAL. Prof. Rodrigo Rivera M., Abogado egresado 1968 UCABET. Doctor en Derecho

Universidad de Salamanca. Sobresaliente Cum Laudae. Magíster en Planificación y Desarrollo Regional. Especialista en Derecho Procesal. Especialista en Derecho Constitucional. Especialista en Derecho Penal. Profesor Universitario. Autor de varias obras jurídicas. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Presidente del Instituto de Derecho Procesal Colombo-Venezolano.

http://www.iprocesalcolombovenzolano.org/doctrina/Prueba_de...doc

- MONTERO AROCA, J. (1998) La prueba en el proceso civil, ob. cit. p. 172.
- LA PRUEBA COMO SUSTENTO DE LA DECISIÓN JUDICIAL. Prof. Rodrigo Rivera M., http://www.iprocesalcolombovenzolano.org/doctrina/Prueba_de...doc
- PARRA QUIJANO, J. (2001). Manual de Derecho probatorio, ob. cit. p. 154 –156.
- MONTERO AROCA, J. (1998), La prueba en el proceso civil, ob. cit. p. 112.
- MUÑOZ SABATE, Luis. (1967) Técnica probatoria: estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso, ob. cit. p. 143.
- Parra Quijano, J.. Memorias XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Prueba y verdad en el proceso civil colombiano. Pág. 541
- MORELLO, Augusto. La prueba: tendencias modernas. 2ª Edic. Edit. Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2001, p. 40
- ROCHA ALVIRA, Antonio. De la prueba en Derecho, Ediciones DIKE, Medellín, Colombia, 1990, p. 97
- SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba, Editorial EJE, Buenos Aires, 1990, pp. 239 y ss.
- GUASP D., J y ARAGONESES, P. (2002). Derecho Procesal Civil. 5ª Edición. Madrid: Editorial Civitas, tomo I, p. 502.
- ALEXY, Robert (1995), Teoría del discurso y derechos humanos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ATIENZA, Manuel (1995) Tras la justicia, Barcelona: Editorial Ariel, p. 177.
- COUTURE, E. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, ob. cit. p. 270.
- CUENCA, Humberto (1980), Curso de Casación Civil, Caracas: Edita Universidad Central de Venezuela, p. 132.