

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

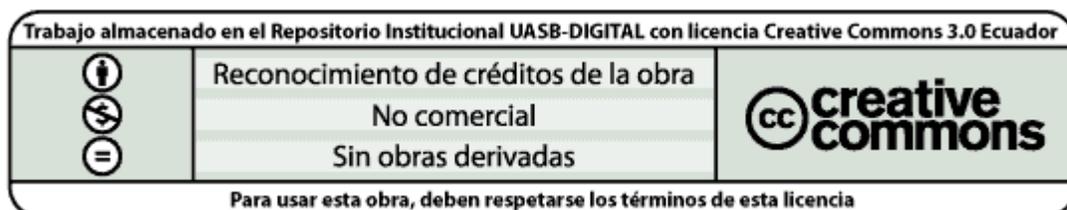
ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

INCIDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL, EN LA ETAPA DE JUICIO, EN LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL PRIMERO DE GARANTIAS PENALES DE SANTO DOMINGO DE LOS TSÁCHILAS, DURANTE EL AÑO 2013

Stalin Pavel Palacios Ortiz

2014



Yo, STALIN PAVEL PALACIOS ORTIZ, autor de la tesis intitulada “INCIDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL, EN LA ETAPA DE JUICIO, EN LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL PRIMERO DE GARANTIAS PENALES DE SANTO DOMINGO DE LOS TSÁCHILAS, DURANTE EL AÑO 2013”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 7 de abril del 2015.

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE MAESTRÍA
EN DERECHO PENAL

**INCIDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE LITIGACIÓN
ORAL, EN LA ETAPA DE JUICIO, EN LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL
TRIBUNAL PRIMERO DE GARANTIAS PENALES DE SANTO DOMINGO DE
LOS TSÁCHILAS, DURANTE EL AÑO 2013.**

STALIN PAVEL PALACIOS ORTIZ

TUTOR: Dr. Nicolás Salas Parra

Quito, 2014

Resumen

En el presente trabajo académico analizamos la aplicación de las técnicas de litigación oral durante la audiencia de juzgamiento, respecto a la falta de aplicación de las reglas de esta disciplina y cómo puede influir en la administración de justicia.

El análisis ha sido estructurado de la siguiente manera: en el primer capítulo se estudia la teoría de la litigación oral, estudiamos el alegato de apertura, la teoría del caso, la prueba, el interrogatorio, el conainterrogatorio, las objeciones; y, el alegato final, con el propósito de conocer dogmáticamente la litigación oral.

El segundo capítulo se recoge cuál ha sido el accionar de los sujetos procesales (Fiscalía y Defensa) durante las audiencias de juzgamiento, se analiza jurídicamente la manera de presentación de cada una de las fases que se desarrollan durante la audiencia de juicio, se analiza los aciertos y errores que cometen los sujetos procesales; se analiza la presentación práctica del alegato de apertura, el alegato final, los interrogatorios con el propósito de descubrir la realidad pragmática de la litigación oral en el Tribunal Penal; con el propósito de evidenciar prácticas erradas que puedan determinar una afectación de los derechos que representan los sujetos procesales; el análisis fue realizado en base de las estadísticas obtenidas de la investigación de campo.

El tercer capítulo tiene como propósito establecer como conclusiones las causas que menoscaban la defensa técnica que reciben las personas procesadas, cuya asesoría jurídica es brindada por abogados públicos o privados; establecer las posibles soluciones a fin de garantizar el derecho a la defensa técnica; ofrecer una fuente de consulta para la comunidad jurídica.

AGRADECIMIENTOS

A mi Dios, a mis padres, a mi hijo Alejandrino, a mi abuela y a mis hermanos.

ÍNDICE

	Página
Introducción.....	9

CAPÍTULO I TEORÍA DE LA LITIGACIÓN ORAL

1. Génesis del sistema acusatorio oral.....	11
1.1 La oralidad.....	13
1.2 Garantismo penal.....	15
1.3 La audiencia de juicio.....	18
1.4 Alegato de apertura.....	19
1.5 La teoría del caso.....	20
1.5.1 Elemento fáctico de la teoría del caso.....	22
1.5.2 Elemento jurídico de la teoría del caso.....	24
1.2 Práctica de la prueba.....	26
1.2.1 Prueba testimonial.....	28
1.2.1.1 El interrogatorio.....	29
1.2.1.2 El contrainterrogatorio.....	37
1.2.1.3 Las objeciones.....	47
1.2.2 Prueba material.....	51
1.2.3 Prueba documental.....	53
1.3 Alegato final.....	55
1.3.1 Réplica y contrarréplica.....	58

**CAPÍTULO II
LITIGACIÓN ORAL FORENSE**

2. Análisis empírico.....	59
2.1 Análisis de la litigación oral de la Fiscalía.....	60
2.1.1 La teoría del caso.....	60
2.1.2 El interrogatorio.....	64
2.1.3 El contrainterrogatorio.....	65
2.1.4 El alegato final.....	66
2.2 Análisis sobre la litigación oral de la Defensa.....	67
2.2.1 La teoría del caso.....	67
2.2.2 El interrogatorio.....	72
2.2.3 El contrainterrogatorio.....	76
2.2.4 El alegato final.....	78
2.3 Crítica a litigación oral en casos concretos.....	81
2.3.1 Delito de tenencia ilegal de droga.....	81
2.3.2 Delito de tentativa de asesinato.....	83

**CAPÍTULO III
CONCLUSIONES**

3.1. El debido proceso	85
3.2. La defensa técnica.....	85
3.3. Cumplimiento parcial de la hipótesis.....	87

3.4. Posibles causas que originan el problema	88
3.5. Ventajas que brinda la litigación oral y la teoría del delito.....	89
3.6. Posibles soluciones urgentes	90
3.7. Aporte a la comunidad jurídica.....	91
 Bibliografía.....	 92

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Ecuador del año 1998 estableció la adopción del sistema acusatorio oral, como sistema procesal penal para la administración de justicia, se estableció que la sustanciación de los procesos se lleve a cabo mediante el sistema oral. La oralidad constituye un método de averiguación histórica de la verdad, utiliza un sistema de audiencias, caracterizadas por llevarse a cabo con la presencia de los sujetos procesales, quienes realizan sus exposiciones y alegatos, el juzgador en cambio debe pronunciar su decisión oralmente y en la misma audiencia, basado únicamente en la información proporcionada por los sujetos procesales.

Ante este escenario no es suficiente solo conocer las técnicas de litigación oral sino que también tener un amplio dominio de la teoría del delito, la cual es la piedra angular que sirve de base o fundamento para el planteamiento o posición del litigante; el hecho objeto de juzgamiento debe ser analizado con cada uno de los presupuestos que conforman la teoría del delito, así tenemos: el acto, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la autoría y participación; es necesario que las técnicas de litigación oral sean fundamentadas con la teoría del delito, solo entonces se convierte en una poderosa herramienta jurídica con capacidad extrema de persuasión.

En el presente trabajo investigativo se analiza los fundamentos teóricos y bases conceptuales de la teoría de la litigación oral; el análisis empírico del presente trabajo investigativo se desarrolló en base al esquema finalista de la acción, el cual me parece interpreta y explica de mejor manera la norma jurídico- penal.

El segundo capítulo se analiza cual fue el accionar de los sujetos procesales (Fiscalía y Defensa) durante las audiencias de juzgamiento; se examina la presentación de cada una de las fases que se desarrollan durante la audiencia de juicio, como la presentación del alegato de apertura, el alegato final, los interrogatorios.

En el tercer capítulo se analizó la comprobación o no de la hipótesis planteada originalmente; se evidenció la práctica de aciertos y errores cometidos por los sujetos procesales; se investigó cómo la inaplicación de las técnicas de litigación oral influye en la decisión final de juicio, es decir, en las sentencias pronunciadas por el Tribunal Penal durante el año 2013.

CAPÍTULO I

TEORÍA DE LA LITIGACIÓN ORAL

1. GÉNESIS DEL SISTEMA ACUSATORIO ORAL

El maestro Luigi Ferrajoli considera que “[...] se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”¹.

Un sistema procesal penal es el medio, método o mecanismo jurídico que permite ejercer la potestad de administrar justicia, establece taxativamente el trámite procesal previo para dictar sentencia.

En el Ecuador, a través del Código de Procedimiento Penal del año de 1983, regía el sistema penal inquisitivo, el cual se caracterizaba por ser un procedimiento eminentemente escrito, el juez penal era un juez de instrucción del sumario, tenía el monopolio de la acusación penal; cuando por cualquier medio llegaba a su conocimiento sobre el cometimiento de un delito perseguible de oficio, dictaba el auto cabeza de proceso e instruía el sumario, ordenaba de oficio o a petición de parte la práctica de diligencias investigativas. Posteriormente, el Juez Penal, en base de sus propias actuaciones investigativas, dictaba el auto de apertura al plenario, el proceso escrito pasaba a la etapa del plenario, en donde tenía lugar una audiencia de juzgamiento ante el Tribunal Penal,

¹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 564.

órgano que tenía competencia para dictar sentencia, cabe puntualizar que esta etapa siempre fue oral.

Las legislaciones de países como Guatemala, Costa Rica, Estados Unidos motivaron la adopción del sistema acusatorio oral como nuevo método de administración de justicia, cuya implementación encontró una fuerte oposición por parte de la comunidad jurídica, consideraban que era desacertado otorgar facultades jurisdiccionales a los fiscales; pese a tal resistencia el sistema acusatorio fue adoptado mediante la Constitución del año de 1998, la cual estableció las siguientes disposiciones:

- 1) El Art. 194 decía: “La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación”²; y,
- 2) La disposición transitoria vigésima séptima decía: “La implantación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema”³.
- 3) El Art. 219 decía: “El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal”⁴.

² Constitución de 1998, derogada.

³ Constitución de 1998, derogada.

⁴ Constitución de 1998, derogada.

El Congreso Nacional motivado por la disposición transitoria antes mencionada dicta el 22 de diciembre de 1999, un nuevo Código de Procedimiento Penal, el cual viabilizó la instauración del sistema acusatorio oral como nuevo método de administración de justicia en materia penal.

La Constitución del 2008 señala que “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: [...] 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”⁵; y, que “La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal”⁶; es decir la Constitución del 2008 ratifica la vigencia del sistema acusatorio oral como método de administración de justicia en materia penal.

1.1 LA ORALIDAD

La oralidad constituye un elemento fundamental del sistema acusatorio, tiene su origen en la Constitución del año de 1998; consiste en un sistema de audiencias públicas que se caracterizan por llevarse a cabo con la presencia de los sujetos procesales y el juzgador, los

⁵ Constitución del 2008, Art. 168, vigente.

⁶ Constitución del 2008, Art. 195, vigente.

intervinientes exponen de manera oral sus peticiones y alegaciones; finalizada la audiencia el juez debe pronunciar su decisión de manera oral.

El Art. 194 de la Constitución del 1998 ordenaba que la sustanciación de los procesos se lleve a cabo mediante el sistema oral, sin embargo su vigencia sólo era formal, los procesos penales continuaba siendo escritos, es así que el Congreso Nacional, el 24 de marzo del 2009 reforma el Código de Procedimiento Penal del año 2000, incluyendo el Art. 5.3 que establecía: “En todas las etapas, las actuaciones y resoluciones judiciales que afecten los derechos de los intervinientes se adoptarán en audiencias donde la información se produzca por las partes de manera oral. No se excluye el uso de documentos, siempre que estos no reemplacen a los peritos y testigos, ni afecten a las reglas del debido proceso y del principio contradictorio. Queda prohibida la utilización por parte de los juzgadores de elementos de convicción producidos fuera de la audiencia [.....]”⁷; esta reforma legislativa consiguió efectivizar la vigencia material de la oralidad en materia penal.

El Debido Proceso para el autor Dr. Jaime Santos Basantes es una “garantía ciudadana de carácter constitucional, que debe aplicarse en todo tipo de procesos, es un principio jurídico procesal o sustantivo, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo [...]”⁸; efectivamente la Constitución del año 1998 instituyó el debido proceso, entendido como un derecho que contempla una serie de garantías procesales esgrimidas en favor de las personas procesadas y que los operadores de justicia obligatoriamente debían observar.

⁷ Art. 5.3 Código de Procedimiento Penal, derogado.

⁸ Jaime Santos, *El Debido Proceso Penal*, Quito, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p.13.

La Constitución del 2008 considera al debido proceso como un “derecho”, a diferencia de la Constitución del 1998 que sólo lo consideraba como una “garantía básica”; la Constitución del año 2008 profundizó y amplió la esfera de protección del derecho debido proceso, contemplado una serie de garantías procesales que finalmente conllevó a la instauración del garantismo penal en el Ecuador.

1.2 EL GARANTISMO PENAL

“El artículo 76 de la Constitución ordena que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, como en el caso de los penales, se asegurará las garantías que integran el debido proceso, garantías de la defensa para la persona procesada y garantías para las víctimas, que deben ser canalizadas a través de la ley penal”⁹. El Código de Procedimiento Penal decía “se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos”¹⁰. Actualmente el Art. 1 del COIP dice: “Este Código tiene como finalidad [...] establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso [...]”¹¹.

Para el autor Luigi Ferrajoli en su libro Derecho y Razón considera que sólo puede llamarse garantista a un sistema de enjuiciamiento penal cuando previo a la imposición de una

⁹ COIP, exposición de motivos.

¹⁰ Art. 5.1 Código de Procedimiento Penal, derogado.

¹¹ COIP, Art. 1, vigente.

condena se verifica el cumplimiento de varios principios jurídicos a los cuales ha denominado axiomas, estos tienen la función de racionalizar el poder punitivo estatal. Los diez axiomas según el autor Luigi Ferrajoli son los siguientes:

- 1.- *“No hay pena sin delito;*
- 2.- *No hay delito sin ley;*
- 3.- *No hay ley sin necesidad;*
- 4.- *No hay necesidad sin daño;*
- 5.- *No hay daño sin acción;*
- 6.- *No hay acción sin culpa;*
- 7.- *No hay culpa sin juicio;*
- 8.- *No hay juicio sin acusación;*
- 9.- *No hay acusación sin prueba; y,*
- 10.- *No hay prueba in defensa”¹².*

Para el autor Luigi Ferrajoli “el modelo garantista presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminal, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba

¹² Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 93.

empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos”¹³.

Los diez axiomas o principios han sido recogidos por nuestra Constitución. El cumplimiento de los seis primeros (retribución, legalidad, necesidad, lesividad, materialidad y culpabilidad) compete exclusivamente a la Función Legislativa; es decir que toda producción normativa que mantenga “inconformidad con las disposiciones constitucionales carecería de eficacia jurídica”¹⁴, dando lugar a la activación de los mecanismos estatales de control constitucional, ya sea a través del control abstracto ejercido por la Corte Constitucional, o el control concreto ejercido a través de los juez de garantías penales¹⁵.

Los últimos cuatro axiomas o principios (jurisdicción, acusatorio, prueba y contradicción) constituyen garantías procesales que deben ser respetadas en todo proceso judicial; cuyo cumplimiento compete exclusivamente a la Función Judicial; consiste en que todo procedimiento judicial que vulnere dicho axiomas carecen de valor probatorio, o producen la nulidad procesal, o generan la exclusión de pruebas ilegalmente actuadas.

En todo caso el juez deberá resolver el caso concreto como en derecho corresponda, garantizando la vigencia de los derechos de los justiciables, y sin olvidar que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia.

¹³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 103-104.

¹⁴ Constitución del 2008, vigente, Art. 424.

¹⁵ Art. 428 de la Constitución vigente: “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma”.

1.3 LA AUDIENCIA DE JUICIO

El proceso penal se desarrollaba a través de varias etapas procesales como son: instrucción, intermedia, juicio e impugnación.

La etapa de juicio tiene como finalidad llevar a cabo la audiencia de juzgamiento, para el efecto comparecen, ante el Tribunal de Garantías Penales, los sujetos procesales: fiscalía, defensa, acusación y procesado.

El día y hora previamente señalado por el Tribunal se reúnen el juzgador y los sujetos procesales, estos últimos plantean de manera oral y contradictoria sus solicitudes y alegatos; el juez anuncia su decisión jurisdiccional al finalizar la audiencia, decide condenar o absolver al procesado únicamente en base de la información proporcionada por los intervinientes.

La audiencia de juicio se desarrollaba en base de las siguientes sub-etapas:

- 1) Alegato de apertura
- 2) Practica de prueba
- 3) Alegato final
- 4) Réplica y contrarréplica

A continuación procederemos a analizar cada una de las sub-etapas, desde la perspectiva de las técnicas de la litigación oral.

Es necesario aclarar que la presente investigación tiene como objetivo examinar las diferentes audiencias de juicio llevadas a cabo en el año 2013, por lo tanto debemos

referirnos a las disposiciones del derogado Código de Procedimiento Penal; sin embargo excepcionalmente nos remitiremos a las disposiciones del COIP con la finalidad de profundizar el análisis comparativo y evolutivo de las disposiciones legales que regulan la audiencia de juicio.

1.4 EL ALEGATO DE APERTURA

El alegato de apertura consiste en la presentación de un relato pequeño que consta de los siguientes elementos:

- 1.- Identificación de las personas que intervienen en el juicio (sujeto activo y pasivo);
- 2.- Mención de los elementos temporales y espaciales de la infracción (lugar, fecha y hora);
- 3.- Exposición de la teoría del caso¹⁶; es decir, la teoría del caso constituye un elemento del alegato de apertura; y,
- 4.- Mención de pruebas a presentar.

El Art. 286 del Código de Procedimiento Penal, vigente hasta el 10 de agosto del 2014, indicaba: “[...] el Presidente dará la palabra al fiscal, al acusador particular si lo hubiere y a la defensa del procesado, en ese orden, para que realicen sus exposiciones iniciales respecto a los hechos que son objeto del juzgamiento”.

El Art. 614 del Código Orgánico Integral Penal vigente, en adelante COIP, señala: “Alegatos de apertura.- “[...] el juzgador [...] concederá la palabra tanto a la o al fiscal, la

¹⁶ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación Penal y Juicio Oral*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 141-147.

víctima y la o al defensor público o privado de la persona procesada para que presenten sus alegatos de apertura, antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas”.

Ninguno de los dos cuerpos normativos ofrecen un concepto de alegato de apertura, tampoco señalan como se estructura, para ello es necesario recurrir a la doctrina, que como ya dijimos consiste en un corto relato sobre la mención de las persona involucradas en el conflicto social, los elementos temporales y espaciales, y la exposición de la teoría del caso.

1.5. LA TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso para los autores Andrés Baytelman y Mauricio Duce es un punto de vista desde donde se aprecia la información que arroja el juicio¹⁷, cada sujeto procesal tiene su particular punto de vista del hecho punible, para la Fiscalía el procesado es culpable, para la Defensa su cliente es inocente, por lo general constituyen dos versiones de los hechos totalmente opuestas entre sí, se contraponen la una con la otra; tan cierto es esto que para el autor Javier Jiménez Martínez se puede elaborar una definición de teoría del caso desde dos puntos de vista, así tenemos que para la Fiscalía la teoría del caso es la adecuación de la conducta al tipo penal y para la Defensa la teoría del caso es una estrategia que permite eliminar la responsabilidad penal de su defendido.¹⁸

¹⁷ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación Penal y Juicio Oral*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 22-23.

¹⁸ Javier Jiménez, *Aspecto Jurídico de la Teoría del Caso*, México DF, Editorial Ángel, 2012, p.82-83.

La teoría del caso es una explicación jurídica de por qué los hechos ocurridos deben generar una sanción penal para el responsable; es una explicación jurídica por qué no debe sancionarse al procesado¹⁹.

Los expertos recomiendan que el litigante elabore la teoría del caso desde que tiene conocimiento de los hechos debido a que la teoría del caso representa un mapa o brújula procesal que le permite al litigante obtener elementos de prueba que sean congruentes con su teoría y también le permiten desechar información irrelevante²⁰ o contradictoria; por ejemplo en caso de un homicidio la teoría del caso es que el procesado mató amparado en una causal de justificación que elimina la antijuridicidad del acto; para demostrar esa teoría se requiere buscar aquellos elementos que corroboren tal afirmación, resultaría irrelevante y una verdadera pérdida de tiempo buscar elementos que no ratifiquen esta teoría. Justamente por este motivo el autor Javier Jiménez considera que la teoría del caso tiene como funciones recolectar la información relevante e identificar las pruebas pertinentes para demostrar la teoría.²¹

El autor Herbert Benavente considera que la teoría del caso es una herramienta metodológica que facilita la articulación de información fáctica y jurídica²²; estos elementos proporcionan información penalmente relevante sobre los hechos y la norma penal aplicable al caso, la cual resulta indispensable a fin de que el juzgador administre justicia de forma correcta; a continuación se analizará los elementos fácticos y jurídicos que forman parte de la teoría del caso.

¹⁹ Hesbert Benavente, *La Aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*, Madrid, Editorial Bosch, 2012, p. 47.

²⁰ Hesbert Benavente, op. cit., p. 44.

²¹ Javier Jiménez, *Aspecto Jurídico de la Teoría del Caso*, México DF, Editorial Ángel, 2012, p.84.

²² Hesbert Benavente, op. cit., p. 45.

1.5.1 ELEMENTO FÁCTICO DE LA TEORÍA DEL CASO

El elemento fáctico consiste en la narración detallada y minuciosa de la conducta punible, del acto o acción humana que produjo resultados dañosos, que lesionó el bien jurídico constitucionalmente reconocido y penalmente protegido, es decir, es la narración del hecho objeto del respectivo enjuiciamiento; a los detalles del hecho fáctico la doctrina les ha denominado proposición fáctica, consiste en afirmar o negar un hecho concreto; por ejemplo, la idea central de la teoría del caso, desde el punto de vista de la Defensa, en tratándose de un delito de homicidio, consiste en afirmar que el procesado es inocente (idea central de defensa), la proposición fáctica consiste en afirmar que el día del crimen el procesado se encontraba internado en el Hospital del IESS, sometiéndose a una intervención quirúrgica de corazón abierto; lo cual constituye una proposición fáctica (afirmación) que descarta la adecuación de la conducta al verbo rector del tipo penal acusado.

Una proposición fáctica es una afirmación de un hecho que satisface o descarta la concurrencia de un elemento del tipo penal y/o de las diferentes categorías dogmáticas que conforman la teoría del delito, reformulado en lenguaje corriente que un testigo puede declarar²³.

Por ejemplo, si la Fiscalía acusa a una persona por el cometimiento del delito de robo, este tipo penal está conformado por varios elementos como son: cosa ajena, cosa mueble, sustracción, ánimo de apropiación, fuerza o violencia o amenaza; el Fiscal debe probar la

²³ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación Penal y Juicio Oral*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 20.

conurrencia de todos estos elementos, cada elemento del tipo debe ser demostrado para que el juzgador pueda emitir una sentencia condenatoria, caso contrario ratificará el estado de inocencia.

A las afirmaciones que se realiza dentro de la teoría del caso, la dogmática les ha denominado proposiciones fácticas, nos permiten conocer a detalle las circunstancias particulares de la infracción; nos permiten alegar sobre la concurrencia o ausencia de los diferentes elementos que conforman el tipo penal y las categorías dogmáticas de la teoría del delito, así como también sobre la autoría y participación; las proposiciones fácticas tienen como objetivo demostrar o descartar la responsabilidad del procesado; y, se caracterizan por ser eminentemente demostrables a través de los diferentes medios de prueba contemplados en la ley procesal.

Es necesario aclarar que durante la presentación de la teoría del caso no se debe demostrar ninguna proposición fáctica, ninguna afirmación hecha por los sujetos procesales, éstas deberán ser probadas, demostradas durante la sub-etapa de prueba, posteriormente deberá ser alegada su concurrencia o ausencia durante la exposición del alegato final.

La narración fáctica de los hechos debe responder las siguientes interrogantes básicas:

CUÁNDO, se refiere al elemento temporal; DÓNDE, se refiere al elemento espacial; QUIÉN, se refiere a la persona procesada; QUÉ, se refiere al delito cometido; A QUIÉN, se refiere a la víctima; CÓMO se refiere a las circunstancias del hecho, el instrumento

utilizado; PORQUÉ, se refiere a los motivos para cometer el acto; RESULTADO, se refiere al hecho lesivo.²⁴

1.5.2 ELEMENTO JURÍDICO DE LA TEORÍA DEL CASO

Para el autor Hesbert Benavente el elemento jurídico de la teoría del caso “consiste en identificar y seleccionar tanto la norma penal como la teoría jurídica a ser usados en el caso”²⁵.

Para identificar la norma penal a ser usada en el caso concreto, debemos ubicar el tipo penal aplicable al hecho; el tipo penal describe la conducta punible, el cual está conformado por una serie de elementos básicos que integran la conducta, y en caso de faltar alguno de ellos no se configura el tipo penal acusado²⁶.

Para descubrir el tipo penal aplicable a una conducta determinada, es necesario realizar un proceso intelectual por medio del cual vamos a interpretar el acto con la norma; por ejemplo, ocurre que un juez recibe dinero por parte de un tercero para que dicte sentencia en un proceso judicial que conoce, este acto debe ser interpretado con la norma jurídica, se trata de un proceso intelectual al cual se le denomina interpretación jurídica y permite descubrir cuál es la norma penal aplicable al caso; en el ejemplo propuesto se trata del delito de cohecho, tipificado en el Art. 280 del COIP.

²⁴ Hesbert Benavente, op. cit., p. 50.

²⁵ Hesbert Benavente, op. cit., p. 51.

²⁶ Osorio César, *Teoría del Caso y Cadena de Custodia*, Buenos Aires, Editorial Porrúa, 2011, p. 57.

Respecto de la teoría jurídica que forma parte del elemento jurídico de la teoría del caso, el autor Javier Jiménez señala que, todo litigante debe tener un amplio dominio de la teoría del delito, la cual es la piedra angular que sirve de base para el planteamiento de la teoría del caso; el hecho punible debe ser analizado con cada uno de los presupuestos que conforman la teoría del delito, así tenemos: el acto, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la autoría y participación²⁷.

El autor Hesbert Benavente señala que la teoría jurídica se refiere a la teoría del delito como una herramienta que permite analizar el contenido jurídico-normativo aplicables a la conducta; las diferentes escuelas como: Causalismo, Finalismo, Funcionalismo, contribuyen, coadyuvan a la interpretación de las normas jurídico-penales²⁸.

Para los autores Andrés Baytelman y Mauricio Duce, la teoría del caso está conformada por proposiciones fácticas que tiene como función satisfacer la concurrencia de los elementos del tipo penal. De lo anterior se deduce que excluyen la teoría del delito como parte de la teoría del caso, lo cual evidentemente constituye una equivocación.

Considero que la teoría del delito constituye el fundamento del Derecho Penal, la definición de infracción penal resume las categorías dogmáticas de la teoría del delito, la infracción penal es “la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en la Ley”²⁹.

Para que la infracción sea susceptible de punición debe cumplir con los siguientes requisitos:

²⁷ Javier Jiménez, *Aspecto Jurídico de la Teoría del Caso*, México DF, Editorial Ángel, 2012, p.81

²⁸ Hesbert Benavente, op. cit., p. 52.

²⁹ Código Orgánico Integral Penal, Art. 18, vigente.

CONDUCTA TÍPICA.- Toda Acción u omisión tipificada previamente como delito;

ANTI JURÍDICA.- La acción u omisión debe lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos; y,

CULPABLE.- El autor de la conducta debe ser imputable y haber actuado con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

SANCION.- Para la imposición de una pena el juzgador debe tener el convencimiento de la culpabilidad, caso contrario confirmará el estatus jurídico de inocencia.

1.2 PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Para el autor Hesbert Benavente el elemento probatorio “consiste en establecer las evidencias o material probatorio que corroboren la existencia de aquellas proposiciones fácticas que configuran los elementos de la teoría de jurídica seleccionada”³⁰.

Para el autor Carlos Solórzano la tesis jurídica necesariamente debe tener un componente probatorio para demostrar, con pruebas conducentes y pertinentes, que su historia es real³¹.

Para el Autor Javier Jiménez “el análisis probatorio consiste en establecer las evidencias que corroboren la existencia de aquellas proposiciones fácticas que configuran los elementos de la teoría del delito”³².

³⁰ Hesbert Benavente, op. cit., p. 56.

³¹ Carlos Solórzano, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, Bogotá, Editorial Nueva Jurídica, 2005, p. 88.

³² Carlos Cano, *Oralidad Debate y Argumentación*, p. 163, en Javier Jiménez, *Aspecto Jurídico de la Teoría del Caso*, México DF, Editorial Ángel, 2012, p.97.

La teoría del caso planteada por los sujetos procesales ante el Tribunal Penal, necesariamente tiene que ser demostrada, corroborada con pruebas que demuestren que sus alegaciones son verdaderas, para ello la ley adjetiva penal establece una serie de medios de prueba como son: testimoniales, documentales, periciales.

El juzgador se caracteriza por ser imparcial, cuando ejerce jurisdicción sobre un acto obligatoriamente debe tomar una decisión final, para ellos requiere de la comunicación clara de la teoría del caso, también de la práctica de pruebas que corroboren esa teoría, generando certeza o convicción judicial para inclinarse por una de las teorías.

Las técnicas de litigación oral establecen estrategias para la práctica de los medios de prueba, señalan la forma correcta en que se debe practicar el interrogatorio de testigos, la forma correcta en que se debe descreditar el testimonio de los testigos de la contra parte; explica la manera de incorporar prueba documental, la cual debe ser acreditada mediante el testimonio de un testigo idóneo; en fin , constituyen directrices que facilitan la acreditación de nuestra teoría del caso, éstas a su vez generan convencimiento.

La certeza del juzgador depende directamente del acervo probatorio aportado por los sujetos procesales, el cual debe acompañar la mayor cantidad de elementos de prueba posibles; solamente la tesis mayormente corroborada prevalece³³.

A continuación analizaremos detalladamente la práctica de los medios de prueba.

³³ Ibáñez Perfecto, *Prueba y Convicción Judicial en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2013, p. 93.

1.2.1 PRUEBA TESTIMONIAL

El testigo puede ser definido como una persona extraña al proceso penal, cuya declaración es solicitada por los sujetos procesales, tiene como finalidad la demostración de las proposiciones fácticas que compone su teoría del caso³⁴.

El Código de Procedimiento Penal clasificaba a la prueba testimonial en: “testimonio propio, testimonio del ofendido y testimonio del procesado”³⁵. Actualmente el COIP define al testimonio como el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal³⁶.

La prueba testimonial está constituida por la declaración que rinden en juicio las personas que conocen sobre la ocurrencia de los hechos objeto del juzgamiento, personas que percibieron con sus sentidos el cometimiento del delito o conocen de alguna manera los hechos objeto de juzgamiento.

El testimonio es un medio de prueba que se sirve del interrogatorio como del conainterrogatorio, para obtener la información penalmente relevante que posee el declarante. Toda persona que conozca de los hechos está obligada a declarar al tenor del interrogatorio y conainterrogatorio que formulan los litigantes con la finalidad de demostrar sus proposiciones fácticas.

³⁴ Génova Corominas, *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil*, Madrid, Editorial Bosch Editor, 2006, p. 348.

³⁵ Art. 117 Código de Procedimiento Penal, derogado.

³⁶ COIP, Art. 501, vigente.

ANALISIS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN RELACIÓN CON LAS DISPOSICIONES DEL CPP Y EL COIP.

El COIP señala que el testimonio es el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal³⁷; es decir, realiza la misma clasificación que ya contemplaba el CPP.

El CPP establecía únicamente la indivisibilidad del testimonio del procesado, actualmente el COIP establece la indivisibilidad de toda clase de testimonio, esto se deduce por cuanto fija la valoración de la declaración en base de toda la declaración, además que deberá ser corroborada con otras pruebas³⁸.

Pienso que la indivisibilidad del testimonio limita excesivamente la discrecionalidad judicial, bastaría la existencia de alguna pequeña contradicción sobre hechos secundarios, frecuente en testigos rústicos, para que pierda todo valor probatorio el testimonio.

1.2.1.1 EL INTERROGATORIO

Se ha conceptualizado al interrogatorio como una técnica que usa el litigante frente a su testigo propio, es decir, interroga aquel que ha solicitado la presencia del testigo y conainterroga la contraparte.

³⁷ Art. 501 del Código Orgánico Integral Penal, vigente.

³⁸ Art. 502.1 del Código Orgánico Integral Penal, vigente

El COIP respecto de la práctica de prueba testimonial señala que, la declaración de los testigos se sujeta al interrogatorio y contrainterrogatorio de los sujetos procesales³⁹. De igual manera el COIP define que el testimonio de peritos, respecto de las pericias que hayan practicado, consiste en sustentar oralmente su experticia, para lo cual responderán al interrogatorio y al contrainterrogatorio de los sujetos procesales⁴⁰.

Es importante mencionar que el juzgador únicamente puede pedir aclaraciones a los testigos, está prohibido interrogar, esto con la finalidad de no perder imparcialidad; cuando el juzgador realice preguntas aclarativas debe evitar formular preguntas abiertas o introducir nueva información, sólo puede pedir aclaraciones de información ya introducida a juicio por los litigantes.

El objetivo del interrogatorio es acreditar las proposiciones fácticas que conforman la teoría del caso; por ello muy bien define el autor Carlos Solórzano al interrogatorio como “[...] un típico ejercicio de examinación es el que por medio de preguntas abiertas, se busca que el deponente entregue la mejor información en la audiencia, a través de la cual va a ilustrar al juez sobre los hechos que percibió directamente, o sobre conceptos técnicos en caso de que sea testigo técnico [...]”⁴¹, esta actividad probatoria se realiza con la finalidad de aleccionar al juzgador sobre las afirmaciones que realizamos inicialmente en nuestra teoría del caso.

³⁹ Art. 615 del Código Orgánico Integral Penal, vigente.

⁴⁰ Art. 505 del Código Orgánico Integral Penal, vigente.

⁴¹ Carlos Solórzano, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, Bogotá, Editorial Nueva Jurídica, 2005, p. 81.

CONCEPTO DE INTERROGATORIO

El interrogatorio consiste en la formulación de preguntas, abiertas o cerradas, planteadas a un testigo propio, con la finalidad es demostrar la teoría del caso.

Siempre debemos tener en cuenta que la formulación de preguntas debe realizarse de forma precisa, a fin de que el testigo conteste de manera taxativa la pregunta específica sobre un hecho en particular; el objetivo de toda pregunta formulada al testigo es demostrar la teoría del caso⁴².

OBJETIVOS DEL INTERROGATORIO

Testigo es todo individuo que conoce los hechos o alguna circunstancia de la infracción, el cual comparece ante el Tribunal Penal para declarar sobre los mismos hechos que le constan.

Los testigos deben declarar en función del interrogatorio formulado por los sujetos procesales; sin embargo, en la práctica jurídica ocurre que el litigante realiza una pregunta y el testigo se explayan hablando asuntos irrelevantes, ahondando en detalles inútiles, que nada tienen que ver con el hecho; esta práctica podría perjudicar la teoría del caso de alguno de los litigantes, quizá diga algo que no debía, pero en todo caso, siempre se trata de información irrelevante, que profundiza en excesivos detalles que terminan confundiendo al Tribunal y dilatan innecesariamente la duración de la audiencia.

⁴² Falcone Salas, *Las Técnicas del Interrogatorio e Incorporación de la Prueba en el Proceso Penal*. (Spanish). Revista Vox Juris [serial online]. January 2, 2007, (15):379-397. Available from: Academic Search Complete, Ipswich, MA. Accessed August 25, 2013. p. 388.

Para los autores Andrés Baytelman y Mauricio Duce, el interrogatorio tiene como principales objetivos el solventar la credibilidad del testigo, demostrar las proposiciones fácticas e introducir prueba material⁴³.

OBJETIVOS DEL INTERROGATORIO.- Los objetivos del interrogatorio pueden resumirse de la siguiente manera:

1.- SOLVENTAR LA CREDIBILIDAD.- La acreditación del testigo busca generar certeza de que la información que va a transmitir es verdadera; consiste en señalar las razones por las cuales los jueces del Tribunal deben confiar en que la declaración que brinda el testigo es verdadera; se realiza mediante la formulación de preguntas personales como el estado civil, generalmente el ser casado genera más confianza que ser soltero o divorciado, el ser padre de familia también es un sinónimo de responsabilidad y por ende será verdadera su declaración, si es profesional, empresario, catedrático, madre de familia.

A veces podría ser necesario acreditar el hecho de que la testigo fue empleada doméstica de alguno de los justiciables, con la finalidad de demostrar su conocimiento de los hechos, por cuanto conocía de las intimidades de la familia, por ejemplo escuchaba cuando el marido amenazaba de muerte a la mujer, sabía que la esposa tenía un amante⁴⁴.

Cuando se trate de testigos expertos (peritos) se debe realizar preguntas referentes o relacionadas con los conocimientos y experiencia que posee en la ciencia, arte u oficio; el método empleado en su pericia; los instrumentos utilizados en la experticia; la aplicación

⁴³ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, op. cit., 29.

⁴⁴ Carlos Solórzano, op. cit., p. 156.

de principios científicos⁴⁵; el margen de error de su experticia, la certeza de sus conclusiones⁴⁶.

2.- ACREDITACIÓN DE PROPOSICIONES FÁCTICAS.- Una vez que el Tribunal tiene la certeza de que el relato que escuchará será verdadero, se debe formular las preguntas abiertas o cerradas necesarias para que el testigo relate de forma cronológica, circunstanciada y detallada la ocurrencia de los hechos.

El interrogatorio constituye una herramienta fundamental para demostrar y probar la teoría del caso, el cual está compuesto por afirmaciones que satisfacen o descartan la presencia de elementos fácticos, jurídicos (tipo penal, teoría del delito) necesarios para que el juzgador pueda tomar la decisión que en derecho y justicia corresponda.

3.- INTRODUCCIÓN DE PRUEBA MATERIAL.- Los vestigios, huellas, instrumentos de la infracción deben ser reconocidos pericialmente, exhibidos en la audiencia, e introducidos a juicio mediante el testimonio de un perito y/o testigo idóneo; por ejemplo, el arma blanca recogida en la escena del crimen será introducida a juicio utilizando el testimonio del perito criminalístico que reconoció pericialmente la misma, y con el testimonio de la víctima que reconocerá el cuchillo con el cual le causaron las heridas. Este tema será profundizado más adelante cuando se aborde el tema de la prueba material.

⁴⁵ Carlos Solórzano, op. cit., p. 157.

⁴⁶ Reglamento de Peritos, vigente.

ESTRUCTURA DEL INTERROGATORIO

El interrogatorio debe estructurarse de forma cronológica⁴⁷, la cronología tiene relación con la ocurrencia sucesiva de los hechos, los hechos en el mundo exterior se suscitan de forma cronológica, es decir, de principio a fin; es lógico que para ganarse la lotería primero debió haber comprado el boleto, esa es la forma lógica en la que ocurren los hechos, de principio a fin.

El litigante debe formular preguntas al testigos con la finalidad de conseguir un relato cronológico, gradual y sucesivo; los testigos generalmente relatan los hechos de forma confusa, primero hablan sobre un punto, luego se saltan a otro punto, posteriormente regresan al primer punto, esto dificulta la comprensión del caso por parte del juzgador; se debe tomar en cuenta que el juez no conoce de los hechos sino hasta ese momento, en cambio los sujetos procesales vienen estudiando el caso varios meses atrás; la declaraciones confusas podrían hacer que la decisión judicial resulte errada; constituye una necesidad imperiosa que el litigante formule un interrogatorio con la propósito de conseguir un relato claro, preciso y cronológico.

PREGUNTAS UTILIZADAS EN EL INTERROGATORIO

El interrogatorio consiste en la formulación de preguntas a un testigo propio, con la finalidad de lograr un relato cronológico que demuestre la tesis planteada en la teoría del caso. En el interrogatorio se debe utilizar varios tipos de preguntas como las siguientes:⁴⁸

⁴⁷ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, op. cit., 31.

⁴⁸ Carlos Solórzano, op. cit., p. 166.

1.- PREGUNTAS DE ACREDITACIÓN.- Las preguntas de acreditación tiene como objetivo demostrar a los jueces que el testimonio será verdadero, se debe realizar preguntas que indaguen situaciones personales del testigo como por ejemplo, preguntar si se trata de un buen trabajador, una madre o padre de familia, un excelente estudiante; cuando se trate de peritos se debe preguntar acerca de sus conocimientos y experiencia sobre la ciencia, arte u oficio materia de la expertica.

Las preguntas de acreditación son necesarias por cuanto existen testigos que faltan a la verdad, desconocen los hechos, inventan coartadas con la finalidad de beneficiar a una de las partes, en muchas ocasiones el juzgador es engañado, por ello es imperiosa la necesidad de generar confianza en el juez de que el testimonio que escuchará es verdadero.

2.- PREGUNTAS DE INTRODUCCIÓN .- Son aquellas que introducen al testigo en el tema central del hecho investigado⁴⁹; ejemplo, ¿Señale qué conoce sobre el asesinato?; ¿Qué sucedió el 20 de octubre, a las 10h00?; ¿Señor policía relate cómo encontró la droga?.

3.- PREGUNTAS PARA DEMOSTRAR PROPOSICIONES FÁCTICAS.- Para demostrar la teoría del caso se debe formular preguntas ABIERTAS, son aquellas que permiten responder al testigo como él crea conveniente. La excelencia de las preguntas abiertas es que tienen el poder de generar mayor credibilidad⁵⁰.

⁴⁹ Carlos Solórzano, op. cit., p. 168.

⁵⁰ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, op. cit., 41.

Ejemplos de preguntas abiertas: ¿Qué ocurrió el 14 de agosto?, ¿En qué consiste una autopsia?, ¿Señor perito sírvase explicar al Tribunal cuál es la conclusión a la cual usted llegó en su experticia?.

En un caso hipotético de drogas el Fiscal le pregunta al testigo, diga todo lo que sabe sobre este caso, el policía responde: el 6 de diciembre del 2013, a las 18h00, dio cumplimiento a una orden de allanamiento de un inmueble, realizando la explotación del sitio, en un lugar que hacía como lavandería, encontró dos sacos de yute que en su interior contenían una sustancia vegetal verdosa posiblemente marihuana, que procedió a la detención de la procesada, que una vez realizada la prueba preliminar de campo, utilizando el reactivo duquenois dio positivo para marihuana, con un peso bruto de 50 kilos; el testigo relata todo lo que conoce sobre el caso con una sola pregunta, esto genera credibilidad.

En el interrogatorio también se puede utilizar preguntas CERRADAS, son aquellas que obligan al testigo a escoger una respuesta de pocas posibilidades; tienen como atributo ubicar al testimonio en un tema concreto.

Ejemplo de preguntas cerradas: ¿cuál es la marca de su vehículo?, ¿de qué color es su cabello?, ¿cuál es el nombre de su madre?, ¿en qué lugar específico de la casa encontraron la droga?.

Las preguntas cerradas permiten abordar un punto específico que interesa resaltar o puntualizar, el cual obligadamente debe beneficiar la teoría del caso y/o desacreditar la teoría de la contraparte.

4.- PREGUNTAS DE TRANSICIÓN.-“Son las que permiten cerrar temas y llevan al testigo de un tema a otro tema, con lo cual se garantiza que todos los tópicos queden

cubiertos”⁵¹; ejemplo, P. ¿Señor testigo ya relató la forma en que ocurrió el asesinato, ahora podría mencionar qué hizo el procesado luego de apuñalar a la víctima? R. abandonó el lugar a precipitada carrera.

5.- PREGUNTA FINAL.- “La pregunta final busca dejar la información en el punto más alto”⁵²; por ejemplo, para cerrar el interrogatorio se puede hacer que el testigo reconozca al procesado como su victimario, que reconozca el arma con la que fue herido, que reconozca los bienes que le fueron hurtados.

Respecto de los testigos expertos se puede preguntarles por ejemplo, si se ratifica en la conclusión de su informe (que el documento es falso, el testimonio de la víctima es creíble, el desgarró es producto de acceso carnal violento), cuantas experticias ha practicado durante su vida profesional, si reconoce su firma y rúbrica.

1.2.1.2 EL CONTRAINTERROGATORIO

El contrainterrogatorio tiene sustento constitucional en el principio de contradicción, contemplado en el Art. 76 numeral 7 literal h de la Constitución, el cual dice: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: h [.....] presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”⁵³.

⁵¹ Carlos Solórzano, op. cit., p. 169.

⁵² Carlos Solórzano, op. cit., p. 169.

⁵³ Constitución 2008, Art. 76.7. h, vigente.

Para el autor Rodolfo Fernández Romo, el principio de contradicción en el sistema acusatorio oral consiste en garantizar a los sujetos procesales la posibilidad de participar en la práctica de la prueba, proponer pruebas en contrario y refutar las pruebas presentadas por la contra parte a fin de hacer prevalecer sus pretensiones⁵⁴.

El testimonio goza de una especie de presunción de veracidad, el testigo antes de declarar debe cumplir ciertas formalidades como es la toma del juramento, se le explica y advierte sobre el delito de perjurio, constituye un ritual o protocolo jurídico que genera una especie de garantía o presunción de veracidad; sin embargo, muchos testimonios resultan falsos, inverosímiles, contradictorios, referenciales; por ello surge la necesidad de usar el conainterrogatorio como herramienta jurídica imprescindible para desacreditar el testimonio.

CONCEPTO DE CONTRAINTERROGATORIO

Tratando de esbozar un concepto de conainterrogatorio podríamos decir que el contraexamen es una herramienta de la litigación oral que, mediante la formulación de repreguntas, permite desacreditar el testimonio del testigo adverso, con la finalidad de arruinar su declaración, refutar sus dichos por contradictorios, falsos o inverosímiles.

⁵⁴ Rodolfo Fernández, *El Principio de Contradicción en la Jurisdicción Ordinaria*, La Habana, Editorial Universitaria, 2008, p.7-13.

OBJETIVOS DEL CONTRAINTERROGATORIO

El autor Vidal Campos considera que los testigos sólo informan en el interrogatorio parte de los hechos, no la totalidad de ellos; señala que los hechos que permanecen ocultos pueden ser de dos clases:

- 1 Las circunstancias o detalles de la infracción; y,
- 2 Los hechos que disminuyen la credibilidad del testigo.⁵⁵

Para dicho autor el objetivo del contrainterrogatorio consiste en develar estos hechos ocultos.

Considero que los testigos no sólo ocultan hechos, sino también exageran hechos y minimizan otros, por lo tanto, otro de los objetivos del contrainterrogatorio debería ser justamente el objetivo del contraexamen evidenciar la exageración o minimización de acontecimientos y circunstancias que rodearon a la infracción.

El juzgador no debe olvidar los testigos tiene cierto grado de parcialización; por ejemplo, supongamos que tres personas observaron personalmente el asesinato, el relato de un tercero es diferente al relato que ofrece la madre del occiso, y éste a su vez con el relato que ofrece la madre del procesado. Como objetivos del contraexamen tenemos los siguientes:

1.- DESACREDITACIÓN DEL TESTIGO ADVERSO.- Para los autores Baytelman y Duce el contraexamen tiene como objetivos:

- 1) Desacreditar al testigo; y,

⁵⁵ Vidal Campos, *El derecho a confrontación con declaraciones de un juicio anulado en el marco del proceso penal*, Revista Electrónica Semestral De Políticas Públicas En Materias Penales, EBSCOhost (accessed November 3, 2013), [http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A6.pdf], 2011, p.455.

2) Desacreditar al testimonio.

El Autor Carlos Solórzano considera que la desacreditación del testigo se la realiza haciendo alegaciones relacionadas con situaciones personales del testigo como son:

- a) La conducta anterior del testigo;
- b) Falta de imparcialidad o el interés que tiene en el caso, como son los “motivos que le asisten para mentir”,⁵⁶.

Bajo este contexto considero que, los litigantes podrían desacreditar al testigo adverso haciendo alegaciones relacionadas a la falta de imparcialidad. Al respecto el Art. 216 del Código de Procedimiento Civil, señala que por falta de imparcialidad no son testigos idóneos los siguientes:

1. *“Los ascendientes por sus descendientes, ni éstos por aquéllos;*
2. *Los parientes por sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;*
3. *Los compadres entre sí, los padrinos por el ahijado o viceversa;*
4. *Los cónyuges o convivientes en unión de hecho entre sí;*
5. *El interesado en la causa o en otra semejante;*
6. *El dependiente por la persona de quien dependa o le alimente;*
7. *El enemigo o el amigo íntimo de cualquiera de las partes;*
8. *El abogado por el cliente, el procurador por el mandante, o viceversa;*
9. *El tutor o curador por su pupilo, o viceversa;*
10. *El donante por el donatario, ni éste por aquél; y,*

⁵⁶ Carlos Solórzano, op. cit., p. 201.

11. *El socio por su coasociado o por la sociedad*⁵⁷.

El litigante también debe realizar alegaciones relacionadas a la situación personal del testigo; al respecto el Art. 213 del Código de Procedimiento Civil, señala que por falta de probidad no son testigos idóneos:

1. *“Los de mala conducta notoria o abandonados a los vicios;*
2. *Los enjuiciados penalmente por infracción que merezca pena privativa de libertad, desde que se dicte el auto de llamamiento a juicio en un proceso que tenga por objeto un delito sancionado con pena de reclusión, hasta la sentencia absolutoria, o hasta que hayan cumplido la condena;*
3. *Los condenados por falsedad, robo, perjurio, soborno, cohecho y el que ejerce la profesión de abogado sin título, mientras se hallen cumpliendo la condena;*
4. *Los deudores fraudulentos; y,*
5. *Los que, por aparecer frecuentemente dando testimonios en otros juicios, infundan la sospecha de ser personas que se prestan para rendir declaraciones falsas*⁵⁸.

Es necesario aclarar que constitucionalmente está permitida la declaración voluntaria de cualquier persona que conozca de los hechos, en todo caso se debe tener la capacidad de discernir aquella tendencia de parcialización del testigo; por ejemplo, si se produjere un delito de carácter sexual ocurrido dentro del ámbito familiar, los únicos testigos idóneos para informar sobre la verdad histórica de hechos serán los miembros de esa familia, incluso la empleada doméstica que trabajaba para la familia, ella podría informar sobre los hechos pues permanecía en el domicilio ocho horas diarias, resultaría ilógico pretender desacreditar su testimonio por falta de imparcialidad.

⁵⁷ Código de Procedimiento Civil, Art. 216, vigente.

⁵⁸ Código de Procedimiento Civil, Art. 213, vigente.

2.- DESACREDITACIÓN DEL TESTIMONIO.- Podemos cuestionar la credibilidad del testimonio mediante alegaciones relacionadas con condiciones personales del testigo que afectan su capacidad de conocimiento de los hechos, como: ceguera, sordera, estado mental, consumo de alcohol; y, circunstancias externas como: ruido, distancia, oscuridad. Son situaciones que restringen el conocimiento de los hechos, dificultan la comprensión del testigo; y, generan duda en el juzgador sobre la veracidad de su testimonio⁵⁹. El hecho observado por el testigo presencial constituye prueba plena o directa; sin embargo, pese a ser su testimonio coherente y verosímil, el testigo tiene una deficiencia visual que le impedía ver con claridad el hecho fáctico, sus dichos terminarían perdiendo credibilidad.⁶⁰

DESACREDITACIÓN DE PERITOS.- El Art. 133.1 del Código de Procedimiento Penal definía como peritos a los profesionales especializados, o personas que por su experiencia aportan conocimientos específicos sobre su ciencia, arte u oficio.

Para el COIP peritos son “profesionales expertos en el área, especialistas titulados o con conocimientos, experiencia o experticia en la materia y especialidad, acreditados por el Consejo de la Judicatura”⁶¹.

El objetivo consiste en atacar la credibilidad del perito realizando repreguntas relacionadas con:

Falta de consideraciones técnicas o conocimientos científicos;

⁵⁹ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, op. cit., 58.

⁶⁰ Susana Nájera, *La Prueba en Materia Penal*, Tesis de Maestría en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, p. 32.

⁶¹ Art. 511 del Código Orgánico Integral Penal, vigente.

Falta de experiencia;

Falta de conclusiones;

Falta de empleo de un método científico;

Falta de certeza; y,

Falta de margen de error⁶².

La doctrina ha señalado que toda actividad humana tiene margen de error, por ende cualquier pericia también tendrá margen de error, si el perito manifiesta que su experticia no tiene margen de error, su testimonio perderá credibilidad.

Considero personalmente que la ciencia y la tecnología avanzan día a día, una prueba de ADN para poder determinar si el fluido corporal o cabello encontrado en la escena del crimen corresponde al agresor; la prueba de barrido electrónico para determinar la presencia de metales pesados que evidencian si la persona disparó un arma de fuego, las cuales constituyen pericias que carecen de margen de error.

3.- DEMOSTRACIÓN DE CONTRADICCIONES.- Se puede desacreditar al testigo advero demostrando la existencia de contradicciones entre declaraciones previas con su actual testimonio; por ejemplo, se debe comparar la versión rendida en la Fiscalía y “confrontarla”⁶³ con su actual declaración a fin de que explique la diferencia.

⁶² Carlos Solórzano, op. cit., p. 164.

⁶³ Carlos Solórzano, op. cit., p. 203.

La existencia de contradicciones causa pérdida de credibilidad, los jueces irremediablemente dudarán respecto de la veracidad del testimonio. En la práctica jurídica la falta de utilización de esta herramienta hace que el juez falle en base a la nueva declaración, ignorando la existencia de tales contradicciones⁶⁴.

No debemos olvidar que las declaraciones anteriores al juicio son todas aquellas producidas por el sistema penal, como por ejemplo, versiones rendidas ante la Fiscalía, partes policiales, informes periciales, diferentes actuaciones judiciales, las cuales no constituyen prueba documental, sólo pueden ser utilizadas para refrescar la memoria y/o sacar a relucir contradicciones⁶⁵.

4.- ACREDITACIÓN DE LA PROPIA TEORÍA DEL CASO.- Mediante la formulación de repreguntas realizadas al testigo adverso, se debe demostrar la propia teoría del caso⁶⁶; por ejemplo, en tratándose de un delito de lesiones causadas por un arma de fuego se podría repreguntarle al procesado si tenía permiso para portar armas, con la finalidad de demostrar que el procesado tenía en su poder el arma de fuego.

TESTIMONIO INVEROSÍMIL.- La verosimilitud del testimonio tiene relación a una declaración que obedece al sentido común, a la lógica y las reglas de la experiencia; es

⁶⁴ Vial Campos, *El derecho a confrontación con declaraciones de un juicio anulado en el marco del proceso penal*, Revista Electrónica Semestral De Políticas Públicas En Materias Penales, EBSCOhost (accessed November 3, 2013), [http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A6.pdf], p. 463-464.

⁶⁵ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, op. cit., 110.

⁶⁶ Carlos Solórzano, op. cit., p. 207.

inverosímil toda declaración ilógica, que contraviene las reglas de la experiencia y el sentido común⁶⁷.

Para entender mejor la declaración inverosímil es mejor hacerlo mediante un ejemplo, es común que los testigos de descargo afirmen que el procesado fue observado en un lugar distinto al que se cometió el crimen, el testigo de descargo señala que el procesado se encontraba el día 31 de febrero del 2011, a las 01h00, dentro de una discoteca, el Fiscal, en contraexamen, le pregunta que señale la ropa que usaba el procesado aquella noche, responde que usaba pantalón jean, camiseta blanca, zapatos negros, correa negra; resulta inverosímil o ilógico recordar, después de tres años, la ropa que usaba una persona en un día determinado; las consecuencia directa es la pérdida de credibilidad, los juzgadores dudarán de la veracidad de sus dichos.

ESTRUCTURA DEL CONTRAINTERROGATORIO

En el examen la obtención de información se efectúa de forma cronológica; sin embargo, para el caso del contraexamen es temático, debemos abordar un tema específico, aquel que nos interese profundizar, la repregunta debe dirigirse directamente al punto específico que nos interesa indagar⁶⁸; Ej., conrainterrogando a la víctima de un delito sexual se le podría preguntar: ¿diga cómo es verdad que su enamorado no sabía que usted era menor de catorce años?; en el ejemplo propuesto interesa indagar sobre el desconocimiento de la edad de la víctima por parte del procesado, intentando demostrar la existencia de error de tipo; en el

⁶⁷ Alejandro Decastro *La Impugnación de la Credibilidad de Testigos en el Sistema Penal Acusatorio*, Opinión Jurídica 7, pp. 165-174, Academic Search Complete, EBSCOhost, viewed 3 November 2013, 2008, p. 170.

⁶⁸ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, op. cit., 59.

ejemplo se realizó una pregunta temática que aborda directamente el tema específico que interesa indagar.

USO DE PREGUNTAS SUGESTIVAS

La doctrina afirma que la única manera de contra examinar a un testigo advero es mediante la formulación de preguntas sugestivas.

El Art. 286 del Código de Procedimiento Penal decía: “Las preguntas sugestivas estarán por regla general prohibidas en el interrogatorio solicitado por los sujetos procesales a sus propios testigos o peritos, pero serán permitidas para el contra examen”. Actualmente el Art. 502.17 del COIP dice: “podrán hacerse preguntas sugestivas durante el contra examen”; normas jurídicas que confirman la teoría de que un buen contraexamen solamente puede realizare mediante el uso de repreguntas de carácter sugestivo.

La pregunta sugestiva es aquella que sugiere la respuesta; por ejemplo, P. ¿Usted se llama Carlos?, R. Sí; P. ¿es verdad que usted observó a la supuesta víctima agrediendo físicamente al procesado? R. No.

Por lo general la pregunta sugestiva puede ser respondida con sí o no⁶⁹, esta técnica facilita su descubrimiento y por ende pude ser objetado por los sujetos procesales.

⁶⁹ Clases del Sr. Dr. Diego Zalamea, Catedrático de Litigación Oral, de la Universidad Andina Simón Bolívar.

1.2.1.3 LAS OBJECIONES

Las objeciones constituyen una herramienta de la litigación oral que tiene como propósito impedir que información ilegal sea introducida al juicio. Los sujetos procesales pueden objetar las preguntas realizadas por la contraparte, el juzgador debe resolver la objeción para que el testigo conteste o se abstenga de hacerlo.

El Art. 136 del Código de Procedimiento Penal establecía que cualquiera de las partes podía objetar actuaciones que violenten los principios del debido proceso o la formulación de preguntas ilegales. Una vez planteada la objeción el juez tenía la obligación de calificarla según la causal esgrimida, y resolvía si el testigo contesta o se abstiene de hacerlo.

Igualmente el derogado Art. 136 del Código de Procedimiento Penal contemplaba no sólo la posibilidad de objetar la formulación de preguntas ilegales, sino también cualquier intervención que violente el debido proceso, tales como:

1.- Presentación de pruebas que han sido declaradas ilegales; por ejemplo, el fiscal pretende incorporar como prueba documental el testimonio urgente de la víctima, el cual fue declarado ineficaz por el juez de garantías penales en la etapa intermedia.

2.- Presentación de testigos improvisados o de última hora; por ejemplo, el fiscal durante la presentación del alegato de apertura solicita al Presidente del Tribunal que autorice la declaración de un perito que no fue anunciado dentro del plazo legal por un lapsus calami.

3.- Comentarios relacionados con el silencio de la persona procesada; por ejemplo, el fiscal afirma que ha demostrado la responsabilidad penal del procesado con toda la prueba practicada y con el silencio del procesado.

4. Preguntas autoincriminatorias, capciosas, compuestas, impertinentes, repetitivas, irrespetuosas, vagas o ambiguas, aquellas que están fuera de la esfera de percepción del testigo, sugestivas excepto en el contrainterrogatorio; opiniones, conclusiones y elucubraciones, salvo en los casos de peritos dentro del área de su experticia; y,

5. Comentarios relacionados con el comportamiento anterior de la víctima⁷⁰; ejemplo, la Defensa señala que el testimonio de la víctima de un delito sexual no es creíble por cuanto se trata de una persona dedicada a la prostitución.

Trámite para las Objeciones.- El derogado Código de Procedimiento Penal nada decía respecto del trámite de las objeciones; actualmente el COIP establece el procedimiento que debe observarse cuando se presente una objeción, la parte que objetó debe fundamentar la objeción, el Presidente corre traslado al sujeto que formuló la pregunta ilegal para que informe sobre la pertinencia y legalidad de la pregunta, el Presidente del Tribunal califica la objeción y decide si el testigo contesta o se abstiene de hacerlo⁷¹.

⁷⁰ Art. 569 del Código Orgánico Integral Penal, vigente.

⁷¹ Art. 502.14 del Código Orgánico Integral Penal, vigente.

PREGUNTAS OBJETABLES.- Son aquellas susceptibles de impugnación, pueden ser de varias clases como las siguientes:

Auto incriminatoria.- Son aquellas que atribuyen responsabilidad penal del procesado en el hecho objeto de juzgamiento; Ej., se le pregunta al procesado que informe la forma cómo cometió el asesinato.

Capciosa o Engañosa.- Son aquellas que inducen a error al testigo; Ej., el testigo afirmó que el robo ocurrió a las 10h00; sin embargo, en el conainterrogatorio se le repregunta si en aquella noche del robo llegó a tiempo la policía.

Impertinente.- Son aquellas que no tienen ninguna relación con el hecho objeto de juzgamiento; Ej., en un caso de asesinato se le pregunta al testigo por cuanto ganó la selección de fútbol.

Compuesta.- Son aquellas que contienen varias preguntas en una sola, pretenden que cierta información pase desapercibida y afirmada de manera tácita; Ej. ¿Informe al Tribunal si usted cuándo escuchó los gritos de la víctima, observó al procesado saliendo de la casa ensangrentado y con el chuchillo en la mano, procedió a llamar a la policía?

Repetitiva.- Son aquellas que preguntas varias veces un mismo hecho ya preguntado y constatado por el testigo; Ej., por varias ocasiones a un testigo le preguntan cuántos hijos tiene.

Irrespetuosa.- Son aquellas que faltan al respecto al testigo; Ej., el litigante pregunta al declarante porqué es un mentiroso.

Vaga O Ambigua.- Es aquella pregunta confusa, oscura, mal planteada que dificulta la comprensión del testigo; Ej., informe al Tribunal que fue lo que dijo hace pocos momentos.

Fuera de la Esfera de Percepción.- Son preguntas relacionadas a hechos que no le constan personalmente al testigo; Ej., se pregunta al Policía Nacional que realizó la detención del procesado, cómo ha sido el comportamiento del procesado dentro del Centro de Rehabilitación Social.

Sugestiva.- Es aquella que sugiere la respuesta, que contienen la respuesta; por ejemplo, ¿NN es un buen trabajador?. Por lo general resulta difícil detectar una pregunta es sugestiva; sin embargo, los expertos consideran que si la pregunta puede ser respondida con un SI o un NO, se trata de una pregunta sugestiva.

El Art. 286. 3 del Código de Procedimiento Penal señalaba que las preguntas sugestivas estaban prohibidas en el interrogatorio; actualmente el COIP también prohíbe la formulación de preguntas sugestivas en el interrogatorio pero, establece las siguientes excepciones:

- Cuando se trate de una pregunta introductoria; y,

- Cuando se trate de una pregunta que recapitule información ya entregada por el mismo declarante⁷².

La pregunta INTRODUCTORIA es aquella que dirige o focaliza la declaración en un punto específico o determinado, para ello es necesario referirse a ciertos hechos; y, la RECAPITULACIÓN consiste en formular una pregunta basada en información ya entregada por el testigo; por razones de litigación a veces resulta necesario volver a referirse a esta información con la finalidad de que el testigo se ratifique o rectifique un hecho antes abordado.

1.2.2. PRUEBA MATERIAL

La mayoría de delitos modifican el mundo exterior, producen resultados, dejan huellas, señales; también los delitos pueden ser perpetrados mediante la utilización de armas, objetos e instrumentos; por ejemplo, la existencia de un cadáver, cuya muerte violenta fue producida mediante la utilización de un cuchillo, el arma constituye prueba material de la infracción.

El Código de Procedimiento penal señalaba que “la prueba material consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios o en los instrumentos con los que se la cometió todo lo cual debe ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa del juicio y valorado por los tribunales de garantías penales”⁷³. El Art. 286.5 del mismo cuerpo legal

⁷² Art. 502.16 del Código Orgánico Integral Penal, vigente.

⁷³ Código de Procedimiento Penal, Art. 91, derogado.

decía que “los objetos que pretendan ser incorporados como prueba, podrán ser exhibidos en el juicio”⁷⁴.

Actualmente el COIP ratifica la vigencia del principio de libertad probatoria que ya contemplaba el derogado CPP, es así que el Art. 454.4 señala que todos los hechos y circunstancias del caso se pueden probar POR CUALQUIER MEDIO que no sea contrario a la Constitución. Adicionalmente el Art. 616 señala que los objetos que pretendan ser incorporados como prueba pueden ser exhibidos y examinados por las partes en el juicio.

El Art. 89 del CPP decía que en materia penal las pruebas son materiales, testimoniales y documentales. Actualmente el Art. 498 del COIP dice que los medios de prueba son: el documento, el testimonio y la pericia.

Los objetos, documentos, armas, instrumentos y demás evidencia material relacionada con el cometimiento de la infracción o sus resultados constituyen elementos de prueba; los elementos de prueba requieren ser incorporados a juicio a través de un medio de prueba; el medio de prueba señala el procedimiento para la incorporación legal del elemento de prueba al juicio⁷⁵.

Los elementos de prueba que hayan sido recogidos de la escena del crimen debe ser incorporados a través del medio de prueba pericial, conforme lo establece el Art. 460.5 del COIP que dice: “La fijación y recolección de las evidencias, huellas, vestigios encontrados

⁷⁴ Código de Procedimiento Penal, Art. 286.5, derogado.

⁷⁵ Ricardo Vaca, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Quito, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 826-827.

en el lugar ingresarán en cadena de custodia para la investigación a cargo de la o el fiscal, quien dispondrá las diligencias pertinentes”, es decir, la evidencia material tomada de la escena del crimen debería ser ingresada a juicio a través del medio de prueba pericial; sin embargo aquellos elementos aportados por los sujetos procesales podrían ser directamente exhibidos en la audiencia de juicio, tal como lo determina el Art. 616 del COIP; no obstante la demostración de la autenticidad de los elementos probatorios y evidencia física no sometida a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente, conforme lo determina el Art. 457 del COIP.

En todo caso las técnicas de litigación oral ilustran que los objetos, armas, instrumentos, huellas del delito deben ser introducidos a juicio mediante el testimonio de un testigo idóneo; por ejemplo, el arma recogida en la escena del crimen será introducida a juicio utilizando el testimonio del policía que observó el arma y del perito que reconoció la misma.

1.2.3 PRUEBA DOCUMENTAL

Tanto el derogado Código de Procedimiento Penal como el COIP señalan que los documentos que pretendan ser incorporados al juicio como prueba documental, deben ser leídos en su parte relevante, previa acreditación y se debe dar cuenta de su origen⁷⁶.

La prueba documental esta constituía por documentos públicos o privados, por ejemplo, una carta privada, una publicación de prensa escrita, una partida de matrimonio o

⁷⁶ Art. 616, Código Orgánico Integral Penal, vigente; y. Art. 286.5 del Código de Procedimiento Penal.

defunción, una escritura pública, un pasaporte, una cédula de ciudadanía, documentos que constituyen prueba documental.

Tanto el Código de Procedimiento Penal como el COIP señalan que, los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, se podrán utilizar en el juicio con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones, siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio, en ningún caso deben ser admitidos como prueba documental⁷⁷; es decir, que los documentos públicos generados por el proceso penal no constituyen prueba documental, únicamente sirven para refrescar la memoria o sacar a relucir contradicciones.

En la práctica jurídica los fiscales incorporan como prueba documental versiones rendidas durante la instrucción fiscal, partes policiales, informes periciales, denuncias, los cuales son inadmisibles como prueba documental por constituir declaraciones previas producidos por el propio sistema penal; por ejemplo en el juicio por asesinato signado con el No. 23171-2014-0054⁷⁸, la Fiscalía agrega como prueba documental las siguiente declaraciones previas: “informe de inspección ocular técnica, informe de evidencias físicas, informe de audio y video, informe de reconocimiento del lugar de los hechos, autopsia médico legal, informe de microscopía electrónica de barrido”.

⁷⁷ Art. 454.6, Código Orgánico Integral Penal, vigente. Art. 119 del Código de Procedimiento Penal, derogado.

⁷⁸ Sentencia, juicio por el delito de asesinato, No. 23171-2014-0054.

La acreditación del documento requiere de la declaración de un testigo idóneo que declare respecto de la existencia del documento; por ejemplo, si requerimos introducir a juicio información relacionada la autopsia que estableció la causa de muerte del occiso, sería correcto presentar el testimonio del perito médico legal que practicó la autopsia; resultaría ilógico que sobre aquello nos informe un policía y sobre la detención del procesado nos informe el perito médico legal.

El uso de documentos no debe sustituir al testimonio; sin embargo, existen documentos públicos que no generan duda sobre su veracidad, por ejemplo, partidas de nacimiento, matrimonio, recortes de prensa, cédulas de ciudadanía, certificados del Centro de Rehabilitación Social, certificados de antecedentes penales, escrituras públicas, son documentos que gozan de credibilidad general, por lo tanto no necesitan ser introducido a juicio mediante el testimonio de las autoridades que los otorgaron⁷⁹.

1.3 ALEGATO FINAL

El alegato final constituye la fase procesal oportuna para presentar “argumentos jurídicos”⁸⁰. Los argumentos jurídicos son conclusiones a las cuales se arriba luego de practicada la prueba y con los cuales se demuestra las proposiciones fácticas que conforma la teoría del caso.

La conclusión jurídica resume la existencia y demostración de la proposición fáctica de cargo o descargo que fue esgrimida en la teoría del caso; ejemplo, en tratándose de un

⁷⁹ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, op. cit., 118-119

⁸⁰ Waldo Ortega, *Litigación Oral para el Proceso Penal*, Santiago de Chile, IRL editores, 2012, p. 219-222.

delito de lesiones, cuya lesión fue provocada con un arma corto - punzante, la víctima presentaba heridas defensivas en sus antebrazos, debidamente reconocidas por el perito médico legista, y la víctima también reconoció el cuchillo con el cual fue herida; la conclusión jurídica es justamente la existencia material de la lesión.⁸¹

El alegato final debe ser organizado de manera temática o cronológica, desde el punto de vista de la Fiscalía y la Defensa; el alegato final resume la información producida durante la audiencia de juzgamiento.

La Fiscalía generalmente presenta el alegato final organizado en función del orden de presentación de los testigos; ejemplo, escuchamos primero al policía que dijo tal cosa, luego al testigo que dijo tal cosa; esto produce la presentación de un alegato basado en pruebas aisladas, se debe mencionar todas las pruebas co-relacionadas entre sí, independientemente de que sujeto procesal las haya ofrecido⁸².

El alegato final debe resumir el esquema básico que utiliza el juzgador para administrar justicia, el cual conjuga tanto el tipo penal como la teoría del delito; es el siguiente:

1.- Elementos objetivos del tipo penal

a) Sujeto Activo

b) Sujeto pasivo

c) Verbo rector

⁸¹ Waldo Ortega Jarpa, *Litigación Oral para el Proceso Penal*, Santiago de Chile, IRL editores, 2012, p. 219-222.

⁸² Andrés Baytelman y Mauricio Duce, op. cit., 169.

d) Elementos valorativos

f) Elementos normativos

2.- Elementos subjetivos del Tipo penal

a) Conocimiento

b) Voluntad

c) Dolo

3.- Antijuridicidad

4.- Culpabilidad

5.- Autoría y participación⁸³.

Si se llegase a demostrar la concurrencia de estos presupuestos cabe una sentencia condenatoria, caso contrario surge la obligación categórica de confirmar el estado de inocencia.

El alegato final también es el momento oportuno para presentar argumentos doctrinarios y jurisprudenciales con el fin de persuadir al juzgador que incline la balanza de la justicia en favor de uno de los sujetos procesales.

⁸³ Esquema enseñado por el Dr. Pablo Encalada, catedrático de la UASB, en las clases impartidas durante la Especialización Superior en Derecho Penal.

1.3.1 RÉPLICA Y CONTRARRÉPLICA

La réplica es un mecanismo normativo, que permite a la Fiscalía impugnar, contradecir los argumentos jurídicos planteados por la Defensa durante la exposición de su alegato final; y, mediante la contrarréplica la Defensa refutará los argumentos replicados por la Fiscalía.

El objetivo de la réplica y la contrarréplica es contradecir los argumentos y conclusiones jurídicas expresadas por las partes procesales en el alegato final; sin embargo, es lamentable que en algunas ocasiones el litigante desaproveche esta oportunidad procesal para expresar insultos a la contraparte.

El Estado garantiza el derecho a la defensa del procesado, la defensa técnica es ejercida de forma independiente por los profesionales del derecho; los abogados deben ejercer la defensa con “autonomía científica, amplitud de investigación, libertad de expresión, que coloque al procesado en condiciones de igualdad frente a los órganos del Estados predispuestos para la persecución penal”⁸⁴

⁸⁴ Eduardo Jauchen, *El Juicio Oral en el Proceso Penal*, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 107.

CAPÍTULO II

LITIGACIÓN ORAL FORENSE

ANÁLISIS EMPÍRICO

Con el fin de estudiar la actuación de los sujetos procesales durante la audiencia de juicio, se analizó treinta y ocho actas de juicio, llevadas a cabo por el Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, durante el año 2013, las cuales aplicando la fórmula correspondiente constituyen la muestra representativa de la investigación de campo, cuya veracidad puede ser comprobada en la página web de la Función Judicial.

Las actas de audiencia de juicio analizadas en la investigación de campo son las siguientes:

- 1.- Delito de droga, No. 2013-0090;
- 2.- Delito de asesinato, No. 2012-0186;
- 3.- Delito de violación, No. 2013-0041;
- 4.- Delito de violación, No. 2013-0159;
- 5.- Delito de atentado al pudor, No. 2013-0002;
- 6.- Delito de robo, No. 2012-0204;
- 7.- Delito de falsificación, No. 2013-0078;
- 8.- Delito de concusión, No. 2013-0024;
- 9.- Delito de asesinato, No. 2013-0092;
- 10.- Delito de tenencia ilegal de arma, No. 2013-0102;
- 11.- Delito de ocultación de cosas robadas, No. 2013-0007;
- 12.- Delito de tentativa de violación, No. 2013-0023;
- 13.- Delito de robo calificado, No. 2013-0022;
- 13.- Delito de robo, No. 2013- 0065;
- 14.- Delito de robo, No. 2013-0067;
- 15.- Delito de ocultación de cosas robadas, No. 2013-0106;
- 16.- Delito de tenencia de droga, No. 2013-0026;
- 17.- Delito de robo, No. 2013-0080;
- 18.- Delito de tenencia de arma, No. 2012-0081;
- 19.- Delito de abigeato, No. 2011-0070;
- 20.- Delito de tentativa de violación, No. 2013-0023;
- 21.- Delito de tenencia de armas, No. 2013-0058;

- 22.- Delito de tentativa de asesinato, No. 2013-0169;
- 23.- Delito de asociación ilícita, No. 2011-0074;
- 24.- Delito de lesiones, No. 2013-0019;
- 25.- Delito de ocultación de cosas robadas, No. 2012-0140;
- 26.- Delito de tenencia de drogas, No. 2013-0095;
- 27.- Delito de asociación ilícita, No. 2013-0134;
- 28.- Delito de tenencia de droga, NO. 2013-0026;
- 29.- Delito de asesinato, No. 2013-0098;
- 30.- Delito de lesiones, No. 2011-0053;
- 31.- Delito de acoso sexual, No. 2013-0018;
- 32.- Delito de violación, No. 2013-0084;
- 33.- Delito de robo, No. 2013-0005;
- 34.- Delito de atentado contra el pudor, No. 2013-0002;
- 35.- Delito de asesinato, No. 2013-0001;
- 36.- Delito de robo calificado, No. 2013-0097;
- 37.- Delito de Falsificación, No. 2013-0057; y,
- 38.- Delito de asociación ilícita, No. 2013-0120.

2.1 ANÁLISIS SOBRE LA LITIGACIÓN ORAL DE LA FISCALÍA

2.1.1 LA TEORÍA DEL CASO

ELEMENTO FÁCTICO

La Fiscalía por lo general presenta la teoría del caso de la siguiente manera:

“Con fecha 3 de febrero del 2013, aproximadamente a las 16h00, en circunstancias que agentes de la Policía Nacional, se encontraban de patrullaje por el sector de la Cooperativa El Proletariado, sector Nueva Provincia, avenida D y calle1, diagonal a la tienda esquinera de “Don Rafa” han observado como tres individuos en actitud sospechosa, han procedido a identificarse como agentes de la Policía Nacional y han procedido a realizar un registro a cada uno de ellos, identificándose esta personas como [...], a quienes no se les encontró ningún tipo de evidencias, no así al señor que dijo llamarse [...] a quien se le encontró una funda plástica en la bermuda que andaba puesto, una funda plástica color negro, conteniendo en su interior una sustancia vegetal verdosa presumiblemente marihuana, razón por la cual y por tratarse de un delito flagrante, se había procedido a su detención y al traslado hasta la Jefatura Antinarcóticos,

para realizarle la prueba de investigación preliminar homologada; es así que ya en dicho lugar al contacto de esta sustancia con el reactivo químico duquenois, dio positivo para marihuana en 105 gramos de peso bruto; la Fiscalía dentro de esta audiencia demostrará tanto la existencia material de la infracción así como la responsabilidad del procesado, conforme con la prueba que se encuentra anunciada oportunamente.”⁸⁵

La Fiscalía narra el hecho fáctico basado exclusivamente en la información contenida en los partes policiales; debería reorganiza su teoría del caso en base de las diligencias investigativas recabadas durante la instrucción fiscal.

En la instrucción fiscal se practicó el análisis químico de la sustancia incautada, la cual permitió establecer que se trataba de marihuana; el señor fiscal no debe referirse a la prueba preliminar practicada por la policía, ésta únicamente sirve para evitar errores o excesos de la policía.

El señor Fiscal señaló que el peso bruto de la droga era de 105 gramos; sin embargo, durante la instrucción fiscal se destruyó la droga y se estableció que el peso neto era de 47.50 gramos; el peso neto de la droga constituye la información penalmente relevante.

La lectura del parte policial evidencia la improvisación del fiscal, la falta de preparación en el caso concreto, no se puede confiar en la buena memoria, en la capacidad de improvisación, la teoría del caso debe ser preparada con anterioridad⁸⁶; debe ser reformulada, reorganizada, pulida cuantas veces sea necesario, según así lo exijan los elementos de prueba que sucesivamente vaya obteniendo.

Cuando las o los fiscales presentan su teoría del caso mencionan una serie de detalles penalmente irrelevantes, los cuales se transforman en proposiciones fácticas que no cumplen con el objetivo de satisfacer la concurrencia de los elementos del tipo penal; por

⁸⁵ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito de droga, juicio No. 2013-0090.

⁸⁶ Cárdenas Rodolfo y Otros, *Derecho Procesal Penal*, México DF, Editorial Porrúa, 2012, p. 8.

ejemplo, afirman que el procesado estaba vestido de tal o cual manera; que el policía se encontraba patrullando en modo india uno, cuarto diurno; en tratándose de un delito de violación sexual afirman que el procesado también vende droga y porta armas.

ELEMENTO JURÍDICO

La Fiscalía sólo en un sesenta por ciento (60%) de los casos analizados, señala el tipo penal aplicable al acto que acusa; ejemplo:

“se concede la palabra al señor Dra. [...], Fiscal quien dice: El 14 de diciembre 2010 a las 17h40 en la cooperativa Che Guevara sector 2 de esta ciudad de Santo Domingo de los Tsáchilas el señor quien en vida [.....] de 25 años de edad fue acuchillado por el procesado, esto lo aseguraron testigos que estuvieron en el lugar así mismo este señor fue trasladado hasta el hospital Gustavo Domínguez donde fallece el 15 de diciembre del 2010 a las 09h30 , pero antes de antes de fallecer le indica a su madre y otras personas que el responsable de las lesiones hasta ese entonces que estaba con vida le había ocasionado el ahora procesado el señor [.....] que con los testimonios que ustedes van a escuchar la fiscalía va a demostrar la responsabilidad del procesado, así mismo se indica que hay un testimonio urgente que se ha receptado al señor [.....] quien no ha comparecido a esta audiencia pero en el momento oportuno se escuchara el testimonio del referido ciudadano por lo consiguiente solicito sean llamados los testigos y peritos requeridos para esta audiencia”⁸⁷.

Como se puede observar la señora fiscal no mencionó el tipo penal que pretende probar en la audiencia de juicio, habla sobre un fallecimiento pero no puntualiza el tipo penal específico que pretende demostrar.

⁸⁷ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito de asesinato, juicio No. 2012-0186.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL.- Los fiscales nunca se refieren a los elementos subjetivos del tipo penal; por ejemplo, en tratándose de delitos de robo o hurto no mencionan ni prueban tampoco el ánimo de apropiación; tampoco se refieren a conocimiento, la voluntad como elementos integrantes del dolo. Los fiscales centran su esfuerzo probatorio exclusivamente para demostrar la adecuación de la conducta al verbo rector del tipo penal.

TEORÍA DEL DELITO.- Los señores fiscales no utilizan la teoría del delito, no fundamentan sus actuaciones en base de los postulados de la teoría del delito; se llega a esta conclusión luego de haber presenciado más de 200 audiencias de juicio, lo cual es corroborado con todos los ejemplos citados en este trabajo investigativo.

PRÁCTICA PROBATORIA DE LA FISCALÍA

CONGRUENCIA DE LA PRUEBA DE CARGO.- En el cien por ciento (100%) de los casos analizados la prueba de la Fiscalía es congruente con su teoría del caso; ejemplo, en tratándose de un delito de violación sexual presenta el testimonio de los peritos que practicaron los exámenes ginecológico y psicológico, también presenta el testimonio de la víctima que da cuenta sobre la existencia de la infracción.

2.1.2 EL INTERROGATORIO

Acreditación de Peritos.- En el cien por ciento (100 %) de los casos analizados se observa que los peritos son debidamente acreditados; la Fiscalía realiza preguntas relacionadas con sus conocimientos científicos, preparación académica, experiencia profesional y la acreditación en el Consejo de la Judicatura.

Acreditación de Testigos.- La Fiscalía no realiza ningún tipo de acreditación cuando presenta el testimonio de la víctima y de otras personas que conocen sobre los hechos.

Acreditación de Propositiones Fácticas.- En el setenta y siete por ciento (77%) de los casos analizados la Fiscalía demuestra sus proposiciones fácticas, esto se deduce por cuanto en este porcentaje obtiene sentencia condenatoria.

En el trece por ciento (13%) de los casos analizados la prueba de cargo resulta insuficiente para demostrar las proposiciones fácticas esgrimidas; por ejemplo, acusa por falsificación, robo, violación, asesinato, pero la prueba de cargo resulta insuficiente para demostrar la adecuación de la conducta al verbo rector en grado de tentativa; acusa por tentativa de asesinato pero, sólo demuestra la existencia de lesiones; acusa por tráfico de drogas, pero sólo demuestra tenencia; por ejemplo:

En el juicio por tentativa de violación, signado con el No. 2013-0023 la Fiscalía debía demostrar los requisitos contemplados en el Art. 16 del derogado Código de Procedimiento Penal, así como el elemento subjetivo común a toda tentativa como es la intención del sujeto activo, por lo tanto el Tribunal confirmó el estado de inocencia.

Prueba Documental.- Constituye práctica común de la Fiscalía incorporar como prueba documental partes policiales, informes periciales, denuncias, lo cual vulnera la oralidad del sistema. El Art. 119 del Código de Procedimiento Penal decía que en ningún caso se admitirán como prueba estos documentos; ejemplo, dentro de un juicio sobre tenencia ilegal de arma de fuego, el señor fiscal dijo:

“Como prueba documental solicito se incorpore el parte policial, el reconcomiendo del lugar de los hechos y reconocimiento de evidencias, el informe pericial balístico, y, el certificado del señor del Centro de Control de Armas de Pichincha [...]”⁸⁸.

Únicamente los documentos producidos fuera del sistema penal constituyen prueba documental, los documentos generados por el propio sistema judicial sólo pueden ser utilizados para refrescar la memoria o acara a relucir contradicciones.

2.1.3 EL CONTRAINTERROGATORIO

El contraexamen de la Fiscalía se practica una vez que fue evacuada toda la prueba de cargo; en este momento procesal los fiscales toman una actitud indiferente frente a la prueba de la Defensa, en el instante en que el Presidente les autoriza practicar el contraexamen dicen ninguna pregunta señor Presidente, su rol se torna pasivo.

⁸⁸ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito de tenencia ilegal de arma, juicio No. 2013-0102.

2.1.4 EL ALEGATO FINAL

El cien por ciento (100%) de los alegatos finales presentados por la Fiscalía es realizado de forma imperfecta, organizan el alegato, no de manera temática o cronológica, sino en base a dos premisas: materialidad y responsabilidad.

Los señores fiscales afirman que demostraron la materialidad de la infracción con los testimonios de tales y tales testigos, y que demostraron la responsabilidad con tales y tales testigos, luego hablan sobre el nexo causal, y solicitan sentencia condenatoria.

El alegato debe ser organizado de manera temática o cronológica, correlacionando todas las pruebas entre sí, sin importar si son de cargo o descargo, las cuales generan conclusiones jurídicas y éstas a su vez satisfacen la concurrencia de los elementos del tipo penal.

Existen casos dramáticos en los que ni siquiera se toman la molestia de enumerar los testigos que presentaron; a continuación se transcribe un ejemplo:

“Los hechos imputados a los procesados: G. B. P. y S. T. Z. Z., son aquellos que la Fiscalía en esta mañana de acuerdo al Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, ha demostrado la existencia o materialidad de la infracción tipificada y sancionada en el Art. 569 del Código Penal, así como la responsabilidad de los procesados en esta clase de delitos; delito que por cierto está conmocionando de manera grave a la sociedad de esta provincia, por cuanto se venía dando con mucha frecuencia en las vías de esta parte de nuestra patria; digo con mucha frecuencia, porque posterior a Enero, Febrero, ha bajado considerablemente el índice delictivo en esta clase de infracción, pues la policía ha logrado detener a seis bandas dedicadas a esta clase de delitos, el asalto a mano armada a los conductores de nuestro país, y principalmente a esta clase de camiones; cometieron un error las personas que cometieron el asalto al contestar el teléfono de la víctima, al indicarle al hermano que le llamó, que ya estaban llegando a Santo Domingo, eso dio la pauta para montar el operativo, por estas consideraciones en esta audiencia, habiéndose demostrado la materialidad y la responsabilidad de los acusados G. B. P. y S. T. Z. Z. han

adecuado su conducta al delito tipificado en el Art. 569 del Código Penal, por transportar bienes robados, en calidad de autores”⁸⁹.

El señor fiscal se refiere a los índices delincuenciales, afirma que ha demostrado la materialidad y la responsabilidad, sin embargo no señala las pruebas que le permitieron arribar a esa conclusión. Los expertos en la materia señalan que el alegato debe ser un resumen de la sentencia pero, este alegato dista mucho de eso.

2.2 ANÁLISIS SOBRE LA LITIGACIÓN ORAL DE LA DEFENSA

2.2.1 LA TEORIA DEL CASO

ELEMENTO FÁCTICO

La narración del hecho fáctico por parte de la Defensa es sumamente diverso; sin embargo a continuación se transcribe algunos ejemplos dramáticos:

1.- *“En representación de mi cliente [.....], se ha comenzado rechazando la infundada demanda que se ha presentado en contra de mi defendido, del delito de tentativa de violación cuando en verdad no se ha originado esa situación. Rechazo esta situación mi cliente esta injustamente detenido, por lo que durante esta audiencia demostraré esta situación”*.⁹⁰

En el ejemplo propuesto se observa la deficiente forma de presentar una teoría del caso; esforzándose para entenderla se puede decir que alega la inexistencia de la categoría dogmática “acto”.

⁸⁹ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, juicio por ocultación de cosas robadas, No. 2013-0106.

⁹⁰ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito sexual, juicio No. 2013-0041.

2.- *“El Art. 76, numeral 2, de la Constitución de la República, dice, se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal mientras no se declare su culpabilidad mediante sentencia condenatoria y ejecutoriada; la inocencia de mi defendido está completa, pese a que en la instrucción fiscal no tuvimos la oportunidad de justificar la inocencia, no se nos despachó los escritos presentados, al punto que no se le tomó ni siquiera la versión del procesado, la teoría del caso es la inocencia de mi defendido [...]”⁹¹.*

En este ejemplo propuesto la Defensa ofrece demostrar la inocencia de su defendido; la inocencia no se demuestra, se presume por mandato constitucional.

3.- *“El 08 de agosto del 2013, supuestamente sucedió un atentado al pudor de la menor [...] pero la fiscalía no ha dado cumplimiento al Art. 195, porque esta causa se encuentra pobre de elementos de probación por lo que en su momento ustedes tendrán que revisar con mucha cautela lo que se ha hecho la fiscalía”⁹².*

El abogado defensor no presenta proposiciones fácticas, no se refiere al tipo penal y sus elementos, no menciona ningún elemento negativo de la teoría del delito; se refiere al Art. 195 de la Constitución que trata sobre las atribuciones de la Fiscalía.

4.- *“Seguidamente se le concede la palabra al Ab. V. H. R., con el objeto, de que exponga la teoría del caso desde el punto de vista de la acusada [...] quien dice: Gracias señor Presidente señores miembros del Tribunal señor fiscal he oído lo que ha manifestado el señor fiscal y me pongo a pensar que esto más parece novela de acuerdo a lo que ha manifestado el señor fiscal claro que no era dueño del juicio en ese momento pero parece novela, como puede ser posible que dos personas que supuestamente se las está vinculando”⁹³.*

⁹¹ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito sexual, juicio No. 2013-0159.

⁹² Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito atentado al pudor, juicio No. 2013-0002.

⁹³ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito de robo, juicio No. 2012-0204.

En este último ejemplo se verifica un desconocimiento total del derecho penal en general y de las técnicas de litigación oral en particular.

ELEMENTO JURÍDICO

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL.- Los defensores centran la defensa técnica en la impugnación de la adecuación de la conducta al verbo rector del tipo penal; por ejemplo, alegan el involucramiento por equivocación, la oblicuidad de la conducta, el desconocimiento de las razones de la detención; a continuación se transcribe un ejemplo:

“Primero: el 19 de julio del 2011, jamás estuvo en la empresa L. F., realizando ningún tipo de negocio, llámese esto la venta de palma africana, jamás estuvo en ese lugar; Segundo: que no le conoció al señor [.....], ciudadano que ingresó a la empresa L.F., el 19 de junio del 2011, con la fruta a vender a dicha empresa extractora; Tres: nunca hizo uso doloso de estos dos famosos cheques materia de esta etapa de juicio; Cuarto: Que jamás estuvo en las manos de la acusada dichos documentos bancarios; Quinto: Que la hoy acusada no es una persona letrada, no ha acabado ni la escuela, mas sería ignorante creer que esta ciudadana pudiera hacer un trabajo técnico como es de alterar estos documentos bancarios; Sexto: Que jamás se le notificó con la indagación previa en la instrucción fiscal ha sido investigada en la presente causa; estos hechos vamos aprobar”⁹⁴.

Como se puede observar el defensor en síntesis alega la no adecuación de la conducta al verbo rector del tipo.

⁹⁴ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito de falsificación de documentos, juicio No. 2013-0078.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL.- Los defensores generalmente se refieren de forma tácita a los elementos subjetivos del tipo penal, esto se infiere por cuanto en su teoría del caso alegan que su defendido desconocía sobre la existencia de la droga, que su defendido fue engañado por una tercera persona.

Los defensores excepcionalmente se refieren de manera expresa a los elementos subjetivos del tipo penal, a continuación se transcribe un ejemplo:

“[...] mi defendida fue detenida en forma ilegal, en forma violatoria de todo derecho pues jamás existió el hecho fáctico que se adecuó al Art. 264 del Código Penal, motivo por el cual ha sido llamada a juicio y está sometida ahora a audiencia de juzgamiento; consecuentemente inexistencia de conciencia y voluntad, y al no existir conciencia y voluntad ausencia de acción consecuentemente ausencia de dolo; esa es la teoría del caso”⁹⁵.

TEORÍA DEL DELITO.- Los defensores no se refieren de forma expresa a la teoría del delito, cuando plantean la existencia de legítima defensa se infiere que alegan una causal de justificación que elimina la antijuridicidad del acto; cuando alegan falta de conocimiento por embriaguez se infiere que alegan la concurrencia de una causal de inculpabilidad; cuando alegan engaño por parte de terceros se infiere que alegan ausencia de dolo; cuando plantean la concurrencia del consentimiento de la víctima, se infiere que alegan la atipicidad de la conducta; a continuación se transcribe un ejemplo:

“efectivamente el 25 de septiembre del 2012, encontrándose mi defendido descansando en su domicilio, junto a la familia que constituía con la hermana del hoy fallecido junto a su tierno hijo, en el inmueble ubicado en la Coop. Guevara, sector N° 4, Barrio Los Laureles, Calle N° 56, a eso de las 0h00 y 00h40 minutos aproximadamente, se hace presente el señor [...], quien era cuñado de mi defendido, el mismo que con un arma blanca concretamente un machete, que portaba en su mano derecha procede a golpear la puerta de varilla que se encuentra antes de ingresar al

⁹⁵ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito de concusión, juicio No. 2013-0024.

domicilio, procede a golpear y a provocar a mi defendido pidiéndole que salga e insultándole que era un hijo de puta, marihuano, un maricón que le tenía miedo y le manifestaba permanentemente que salga para matarlo, el hoy occiso vivía de 4 a 5 cuadras de mi defendido, le insistía reiteradamente que salga si es que era hombre, para acabar con la vida de él, no contento con esta situación empieza a lanzar piedras sobre la cubierta de la vivienda, inclusive una de ellas traspasa dado el peso que tenía la cubierta de la vivienda, y cae cerca del niño que estaba en la cama, este tipo de situación obliga a mi defendido a salir de manera disuasiva a pedirle que se retire, dado que no se detenía a sus injurias y lanzando permanentemente epítetos injuriosos, mi defendido ya observándole que portaba un machete sale con una madera para defenderse, como defensa el momento que sale hacia la calle empieza la agresión física le lanza dos machetazos pero no le golpea a mi defendido por que estaba en buenas condiciones y el otro estaba embriagado, al tercer machetazo se cae al suelo circunstancias en que se produjo una gresca sin intención de quitarle la vida, [.....] producto de lo cual se producen una serie de lesiones, a lo mejor le provoca la muerte del ciudadano, un típico acto de defensa personal, de forma legal e ilegítima”⁹⁶.

PRÁCTICA PROBATORIA DE LA DEFENSA

CONGRUENCIA DE LA PRUEBA

La teoría del caso debe ser corroborada abundante prueba que demuestre su veracidad, sin embargo en ocasiones se evidencia contradicciones entre la teoría del caso y la prueba aportada por los defensores; por ejemplo:

TEORÍA DEL CASO: *“Mi defendido trabajaba para la señora [...] el mismo que tenía la obligación de trasladar una mercadería desde Guayaquil, hacia la ciudad de Quito; por lo que al llegar a Santo Domingo algunos individuos le hicieron detener la marcha, obligándolo a entregar el automotor, ha mencionado no estar involucrado, relatará lo sucedido”⁹⁷.*

TESTIMONIO DEL PROCESADO: *“En honor a la verdad el señor está mintiendo diciendo que yo estado manejando el carro al llegar a la finca, si estuve involucrado, no sé cómo me mezcle, pido disculpas a la Sra. [...]. Defensor no pregunta. Fiscal. 1) Usted dice que ha estado involucrado responda, R. Sí; 2) Transportó los bienes hasta la finca donde las dejaron encargados?, R. No, a mí*

⁹⁶ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito de asesinato, juicio No. 2013-0092.

⁹⁷ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito ocultación de cosas robadas, juicio No. 2013-0007.

me dejaron amarrado, me dijeron que me iban a dar algo una vez que se venda la mercadería, pido mil disculpas, les falté a ustedes y a la sociedad”⁹⁸.

El defensor público en su teoría del caso aseguró que su defendido se trabajaba como chofer, transportaba mercadería pero, en el trayecto había sido obligado a entregar dicho vehículo, sin embargo, el procesado admitió su total responsabilidad en el hecho y pidió disculpas; esto evidencia la incongruencia entre la teoría del caso con la prueba practicada.

2.2.2 EL INTERROGATORIO

Acreditación de Peritos.- En el cien por ciento (100 %) de los casos analizados se observa que los defensores nunca realizan preguntas tendientes a acreditar el testimonio de los peritos que presentan.

Acreditación de Testigos.- En el cien por ciento (100 %) de los casos analizados se observa que los defensores nunca realizan preguntas tendientes a acreditar el testimonio de los testigos que presentan.

Acreditación de Propositiones Fáticas.- La Defensoría Pública en el cero por ciento (0%) de los casos que patrocina presenta prueba que corrobore sus afirmaciones fáticas, salvo el testimonio del procesado, siempre y cuando no se haya acogido al silencio; la Defensoría Pública por lo general sólo se ocupa en demostrar atenuantes de la responsabilidad; ejemplo:

⁹⁸ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito ocultación de cosas robadas, juicio No. 2013-0007.

- a) Dentro del juicio por tenencia ilegal de drogas, signado con el número 2013-0021, el defensor público únicamente presenta como prueba el testimonio de la persona procesada.
- b) Dentro del juicio por tentativa de violación el defensor público no presenta ninguna prueba; ejemplo, “*Se concede la palabra al DEFENSOR DEL ACUSADO, Ab.[.....] PARA QUE PRESENTE LA PRUEBA: En razón que el acusado tiene su familia es Esmeraldas, no se ha podido recabar ninguna prueba, pide que por secretaría se certifique si ha tenido algún juicio en su contra en este Tribunal; incorpora un certificado de conducta. El secretario constata que revisado el sistema SATJE no consta más que la presente causa. Se declara abierta la fase del DEBATE [.....]*”⁹⁹.

La Defensa privada, sólo en el diez por ciento (10%) de los casos analizados demuestra satisfactoriamente su teoría del caso, cuyas afirmaciones son debidamente corroboradas con prueba testimonial, material y documental, brindando la posibilidad de que el Tribunal pueda inclinarse en favor de esa teoría.

Prueba Débil.- La Defensa por lo general presenta prueba débil o inconducente la cual no logra generar certeza; ejemplo:

En tratándose de un delito de tenencia de droga, la Fiscalía señaló que la procesada fue defendida tratando de ingresar droga, camuflada en el canal vaginal, a un centro de

⁹⁹ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito de tentativa de violación, juicio No. 2013-0023.

detención; la Defensa afirmó que lo hizo por cuanto había recibido amenazas de muerte por parte de una tercera persona; la procesada en el examen textualmente dijo:

“siempre sabía ir al penal baje del bus en Bella Vista, yo estaba en el penal comprando una cola para llevar, porque llevaba encebollados, dos señores me llamaban me hacen la conversa, me entregaron eso, me dijeron que si no lo hacía me iban a matar, que conocían a mis hijos y a mi marido que estaba preso, que si no lo hacía iban a matar a mi marido [...] ellos me explicaron como tenía que hacerlo, me dieron un preservativo, me dijeron que adentro iba a ver una persona que me iba a estar esperando”¹⁰⁰.

La declaración de la señora procesada constituye un medio de defensa, sin embargo debe ser corroborada con otros elementos de prueba que establezcan la veracidad de la coacción psicológica alegada; su testimonio por si solo constituye prueba débil o inconducente para generar certeza; el Tribunal declaró su culpabilidad.

Los defensores privados presentan varios testigos que declaran sobre ciertas afirmaciones fácticas pero, lo hacen de forma exacta, utiliza textualmente la misma terminología, lo cual evidencia una excesiva preparación de los testigos, lo cual tampoco genera convicción judicial.

Demostración de Atenuantes.- Muchos defensores centran su esfuerzo probatorio exclusivamente en demostrar atenuantes; la gran mayoría de testigos de descargo únicamente dan cuenta de la honorabilidad del procesado. A continuación se transcribe en su totalidad la prueba testimonial de la Defensa:

¹⁰⁰ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito de tenencia de droga, juicio No. 2013-0095.

“Se llama a declarar a la señora A. M. M., portadora de la cédula de identidad Nro. 1304949579, 63 años de edad, ecuatoriana, domiciliada en la Ucom 2, divorciada, ocupación administradora de hogar. DEFENSA.- ¿Qué tiempo conoce al señor M.? R. En mi casa vivió tres años, tranquilo durante ese tiempo. 2) ¿Conoce usted si ha tenido problemas judiciales anteriormente? R. No. 3) ¿Es o no apreciado su comportamiento? R. Sí. Se llama a declarar a la señorita C. L. Z. G., portador de la cédula de identidad Nro. 1313542662, de 23 años de edad, domiciliada en la Ucom 2, ecuatoriana, soltera, administradora de hogar. DEFENSA.- 1) ¿Qué tiempo le conoce al señor E. M.? R. Seis años. 2) ¿Ha conocido si ha sido procesado? R. No. Se llama a declarar a la señora C. L. C. M., portadora de la cédula de identidad Nro. 1720325701, de 31 años de edad, ecuatoriana, domiciliada en la Ucom 2, estado civil unión libre, administradora de hogar. DEFENSA.- 1) ¿Qué tiempo le conoce a mi defendido? R. 5 años. 2) ¿Ha tenido algún juicio penal en el tiempo que le conoce? R. No, nunca. 3) ¿Cómo lo consideran al señor M. en el barrio? R. Como un muchacho tranquilo”¹⁰¹.

Las atenuantes de la responsabilidad penal deberían ser demostradas mediante prueba documental, esto con la finalidad de no perjudicar psicológicamente a la teoría del caso de la defensa; los jueces podrían pensar que la Defensa se siente derrotada, que tácitamente ha aceptado su responsabilidad, que sólo busca clemencia.

Prueba Documental.- Los defensores solicitan al Tribunal que se reproduzca y tenga como prueba de su parte el auto de llamamiento a juicio, el acta de fragancia, versiones rendidas en la Fiscalía durante la instrucción y otros documentos que no constituyen prueba documental sino declaraciones previas, las cuales únicamente pueden ser utilizadas para refrescar la memoria o para sacar a relucir contradicciones; ejemplo:

“Señor presidente además solicito se introduzca la versión de [...] a fojas 28 del expediente institucional como también la versión de [...] de fojas 179 y 180, de la instrucción fiscal, así también como prueba la audiencia de calificación de fragancia que

¹⁰¹ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito de robo calificado, juicio No. 2013-0022.

*consta a fojas 389, como también la versión de [...] a fojas 559, donde deja claramente establecido de la responsabilidad donde se lo acusa [...]*¹⁰².

Cabe mencionar que estos documentos siempre suelen ser rechazados por el Tribunal debido a que constituyen prueba impertinente, las versiones vulneran el principio de inmediación y de contradicción.

2.2.3 EL CONTRAINTERROGATORIO

Demostración de Propositiones Fáticas en el Contraexamen.- Los defensores utilizan el contraexamen para indagar detalles sobre hechos y circunstancias particulares, con los cuales pretenden demostrar sus propias proposiciones fácticas, lo cual resulta una práctica demasiado peligrosa que puede generar resultados contraproducentes; por ejemplo:

La teoría del caso de la Fiscalía era que los procesados se habían sustraído, utilizando un arma de fuego, un bolso que contenía dos mil dólares en efectivo, quienes habían huido a bordo de un taxi. La teoría del caso de la Defensa fue que sus defendidos habían sido detenidos sin haberseles encontrado ningún tipo de evidencias en su poder. Declaró uno de los policías que realizó la detención de los procesados, en el examen ratificó la tesis de la Fiscalía; y, en el contraexamen dijo lo siguiente:

“Al contrainterrogatorio formulado por el Dr. B., en lo principal dijo: que todos los procesados fueron detenidos el 1 de Octubre, a las 14h20; que el lugar de la detención fue

¹⁰² Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito de robo calificado, juicio No. 2013-0065.

en la Av. Lelia por el sector del hospital del IESS; que la evidencia fue encontrada en el interior del vehículo”¹⁰³.

Es verdad que uno de los objetivos del contraexamen es la demostración de la propia teoría del caso; sin embargo en la práctica resulta complejo, arriesgado pretender demostrar las propias proposiciones fácticas utilizando el testimonio de un testigo adverso.

Repetición del Interrogatorio.- Repetir el interrogatorio constituye uno de los errores más graves que cometen algunos abogados defensores; la Defensa cuando contrainterroga a los testigos de cargo pregunta los mismos asuntos ya indagados por la Fiscalía, lo cual ratifica la tesis contraria; la Defensa indagan detalles adversos, pregunta detalles que se le pasaron por alto al señor fiscal.

A continuación se transcribe el testimonio del perito criminalístico F. I. P. A, quien realizó la pericia de levantamiento de cadáver:

AL EXAMEN DIJO: *“¿Indique cuál es su participación en el proceso dentro de la instrucción fiscal? R. se hizo el levantamiento del cadáver de J. E. Z. M., el 25 de Septiembre del 2012, a nuestra llegada se constata varias personas del lugar que se encontraban en el sitio, se encontró el cuerpo sin vida con varias heridas cortantes, donde expone piel tejido, sangre, como son hechos con un objeto de peso y filo, las heridas son bastante grandes y amplias, se le ve en la cabeza en la parte occipital, pabellón auricular, la región frontal, en el lado izquierdo de la región parietal delantera, heridas en el omoplato, en el brazo derecho, heridas de machete como indicio se encontró un machete ¿Dónde se lo encontró al machete? R en la casa de a lado donde estaba el cuerpo sin vida encontré el machete [...]”¹⁰⁴.*

AL CONTRAEXAMEN DIJO: *“¿cuál fue la actividad que realizaron? R. inspección ocular técnica, por el hecho violento que se suscitó en ese tiempo y esa hora alertados por la central de radio; ¿a qué hora llegaron? R. las 02h30 sector 4, de la Che Guevara,*

¹⁰³ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito de robo calificado, juicio No. 2013-0067.

¹⁰⁴ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito de asesinato, juicio No. 2013-0092.

ciudad de Santo Domingo, 02h50 llegamos al lugar y constatamos el hecho violento; ¿Encontró aun el cadáver en la vereda? R. sí.; ¿Estaba presente el fiscal? R no; ¿indique en qué posición estaba el cadáver? R. cubito ventral, se lo localiza a nuestra llegada; ¿Lo acomodaron a las fotografías? R. el domicilio donde se localizó el machete, el cuerpo estaba cubierto con sabana; ¿Cuál es la razón de hacer parecer un tatuaje? R. para saber si se encuentra como NN, para identificar por parte de los familiares; ¿habían familiares? R. si, justo era la casa que convivía con el señor; ¿alguien le converso si el señor vivía cerca? R. no- ¿se interiorizaron al lugar a una vivienda? R. el machete estaba en la casa; ¿tuvo contacto con el machete? R. le embalamos. ¿Tenía maculaciones o manchas el machete? R. el machete contenía planos óseos, si tenía maculaciones”¹⁰⁵.

2.2.4 EL ALEGATO FINAL

El veinte por ciento (20%) de los casos analizados, los abogados defensores, tanto públicos como privados, presentan argumentos jurídicos obtenidos de la prueba practicada en el juicio.

En el ochenta por ciento (80%) de los casos analizados, los abogados defensores no presentan argumentos jurídicos sino que basan su alegato en postulados normativos como los siguientes:

- Alegaciones relacionadas con la duda razonable;
- Alegaciones relacionadas con la falta de certeza;
- Alegaciones relacionados con el principio de inocencia;
- Alegaciones relacionadas con el derecho a la defensa;
- Alegaciones relacionadas con el nexo causal
- Alegaciones relacionadas con la sana critica;

¹⁰⁵ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, delito de asesinato, juicio No. 2013-0092.

- Alegaciones relacionadas sobre valoración de prueba
- Alegaciones relacionadas con el debido proceso
- Solicitan que se ratifique el estado de inocencia, pero que se tome en cuenta las atenuantes demostradas.

A continuación se transcribe un ejemplo:

“Ab. M. E.: Señor presidente al amparo del Art 302 del código de procedimiento penal es necesario hacer una analogía jurídica de la historia procesal en este caso que como abogado que me dedico a estudiar el derecho penal me da mucha pena señor presidente por cuanto para que se tenga el valor jurídico comenzando desde la acusación particular como decía anteriormente en la relación circunstancial de la infracción no constan los nombres de mis defendidos que hayan actuado en este proceso de investigación de asalto y robo a un vehículo no existe como también señor presidente como existen seis cuerpos y dentro de estos cuerpos lo que la policía y la fiscalía y el señor acusador manifiestan la responsabilidad penal como autores en un principio y lo que existe solamente es la versión del señor M. V. Q. M., que no se encuentra presente que consta aquí en dos fojas que son la 361 y 362, que si se puede establecer que inclusive ahí mismo dice en su versión que a M. Á. no lo conoce y que quien le entregó la camioneta a pepe,[...] es penoso como se administra justicia violentando procedimientos e induciendo a que se le condene a dos personas que no han cometido ninguna infracción como consta y puede revisar señor presidente son tres circunstancias repito señor presidente no hay absolutamente nada más cuando se vincularon a mis defendidos lo hicieron de una forma no permitida por la ley en el principio se los acusaba que son actores pero cuando lo llamaron a juicio cuando el señor fiscal con todo el respeto que se merece cambio la situación jurídica ya no eran autores ahora son cómplices que da esta circunstancia jurídica eso lleva a una analogía jurídica que hay la duda absolutoria señor presidente yo no creo que el tribunal pueda sentenciar a mis defendidos por dos versiones y una acusación que en la parte pertinente medular no consta que ellos sean los responsables; para continuar señor presidente es necesario seguir con las violaciones procesales comete el error jurídico la fiscalía conjuntamente con los señores policías y violentan el Art. 215 numeral 7 que ahí está la forma como debe el señor fiscal obtener la participación de mis defendidos cuando se los pretende involucrar no se cumplió con los requisitos inquisitivos de este artículo sino que fueron al Facebook sacaron fotos y con eso es todo señor presidente usted puede constatar en el proceso instruccional además señor presidente y señores jueces es necesario para que sea una sentencia acusatoria que exista exactamente la certeza aquí no existe la certeza señor presidente por tales razones la fiscalía ha hecho una interpretación extensiva prohibida por la ley por lo tanto también la fiscalía no se ha sujetado las personas que son testigos que en ningún momento ha dicho la fiscalía que hay voluntad o conciencia de mis defendidos para causar un dolo, no existe absolutamente nada de esto señor presidente las violaciones constitucionales están radicadas en el proceso toda vez que el Art. 82 de la constitución establece la seguridad jurídica, que seguridad jurídica podemos hablar señor

presidente señores jueces si como les vuelvo a repetir hay dos versiones y una acusación [.....] es necesario señor presidente que este tribunal penal que conozco a ustedes por muchos años establezca la ermelologica jurídica es una pequeña salida dentro de un proceso de una cosa que no tiene por donde salir, digo esto señor presidente porque si se aplicara si se aplicara la ermelologica jurídica ustedes estarían realizando técnicamente para que no se violente el derecho a la defensa, todo esto señor presidente es necesario establecer que la fiscalía a actuado de una manera incorrecta violentado el Art. 83 que en su parte final dice tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimiento que constituya inducción a la comisión del delito estamos perfectamente aquí observando que se trató de inducir que mis defendidos son responsables cuando la señorita K. L., en presencia de ustedes y de todas las personas estableció que no los conoce y que nunca han participado, pero la fiscalía sigue insistiendo que se los sentencie porque son cómplices [.....]el Art. 85, como también el Art. 88 establece que tiene que haber un nexo causal, ustedes son testigos señores jueces que nexo causal pude haber si en el proceso de 500 fojas la policía no hizo absolutamente nada la fiscalía no hizo absolutamente nada el acusador particular no hizo absolutamente nada [.....]por lo tanto no existe y se da vuelta a violentar en caso de que se los condene con este tipo de indicios, por lo tanto creo que no se va llegar a la simetría jurídica, entre lo que establece la pena y la responsabilidad otra cosa más señor presidente aquí en el tribunal es donde se configura donde hay que probar tomar los indicios pero tampoco en mis defendidos ha existido el iter criminis que es la vía virtual ellos no han hecho absolutamente nada para que tenga responsabilidad como establece la fiscalía el iter criminis que es la vía virtual debían ellos preparar y llegar a la consumación y no existe eso señor presidente se deja sin efecto y se determina que el núcleo delictivo que la fiscalía establece que son responsables se destruye con la declaración de la señorita K. L., donde manifiesta que no los conoce y que ellos no participaron en nada cuando esa versión de la señorita cuando ellos hicieron esta circunstancia no sé cómo por qué razón le hicieron argumentar esta situación de que ellos no los conoce por tal razón no hay indicio de responsabilidad penal, toda la investigación hasta en este instante es completamente conjeturable es conjetural ya que no se ya que no se ha comprobado la responsabilidad ni la materialidad yo no creo que la materialidad salvo lo que dicen los señores policías ellos su objetivo y su trabajo es ese la responsabilidad penal peor la materialidad señor presidente la materialidad nace insisto de tres circunstancias que son violatorias al derecho procesal por tal razón señor presidente es necesario que con este argumento y estos alegatos se tome en cuenta que mis defendidos no cometieron ninguna infracción por lo tanto solicito que se los absuelva como lo establece el Art 311 del Código de Procedimiento Penal”¹⁰⁶.

Cabe reiterar que los subrayados nos pertenecen, el presente caso constituye un ejemplo extremo sobre el desconocimiento total del Derecho Penal en general y de las técnicas de

¹⁰⁶ Acta de audiencia de juicio, Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, juicio por el delito de robo, No. 2013-0065.

litigación oral en particular; los abogados en su gran mayoría exponen el alegato final con fundamento en postulados normativos, no presentan argumentos jurídicos que son las conclusiones a las cuales se arriba luego de haber practicado la prueba, los cuales tienen como atributo dar cuenta de la concurrencia o ausencia de los elementos que conforman el tipo penal específico; y, los elementos de las diferentes categorías dogmáticas de la teoría del delito.

2.3 CRÍTICA A LITIGACIÓN REALIZADA POR LOS SUJETOS PROCESALES EN CASOS CONCRETOS.

A continuación se analizará la actuación de los sujetos procesales durante la audiencia de juicio en dos casos concretos, se analiza las teorías del caso de la Fiscalía y la Defensa, se analiza las pruebas presentadas y la resolución judicial, con la finalidad de evidenciar los errores o aciertos cometidos por los sujetos procesales.

2.3.1 DELITO DE TENENCIA ILEGAL DE DROGAS (juicio No. 2013-0095)

TEORÍA DEL CASO DE LA FISCALÍA.- Que con fecha 8 de abril del 2012, en circunstancias que agentes de la Policía Nacional se han encontraban realizando registro y vigilancia en el Centro de Rehabilitación Social de Varones, han observado a la señora A. C. R. R. en actitud sospechosa, le realizan una requisita encontrado en sus partes íntimas una

envoltura conteniendo una sustancia verdosa presumiblemente marihuana, dando un peso bruto de 78 gramos, que ha sido detenida en delito flagrante de posesión de droga.

TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA.- Que su defendida fue detenida en esas circunstancias, no niega su participación, ella actuó por amenazas y viene siendo objeto de ellas hasta el día de hoy, su defendida no opuso resistencia para que le realicen el cacheo.

PRUEBA DE LA DEFESNA

1.- **TESTIMONIO DE LA ACUSADA.-** En el examen dijo: que siempre iba al penal por que su marido está preso, aquel día unos señores le amenazaron, le dijeron que le iban a hacer daño, le obligaron a que ingresara droga a la cárcel, le dieron un preservativo y le dijeron que adentro le esperaba una persona. Al contraexamen dijo: que ella se bajó del bus, en el Penal dos señores le llamaron, le amenazaron que matarían a su esposo y a sus hijos si no lo hacía; que no conoce a las personas que le entregaron la sustancia, ni sus nombres, pero eran morenos y altos.

2.- Presenta dos testigos de honorabilidad; y,

3.- Como prueba documental presenta certificados de antecedentes penales.

RESOLUCIÓN JUDICIAL.- Fue condenada a ocho años de reclusión mayor.

CRÍTICA A LA DEFENSA

La Defensa presentó como teoría del caso la coacción psicológica que ha sufrido su defendida, quien había sido amenazada por dos personas para que ingresara droga al Penal. Como prueba de descargo presentó únicamente el testimonio de la señora procesada, quien afirmó haber sido objeto de amenazas por parte de sujetos desconocidos. El testimonio de

la señora procesada debía ser corroborado con prueba documental, pericial, material que demuestre la existencia de tales personas y amenazas; se pudo haber practicado un valoración psicológico a fin de determinar el grado de credibilidad de su testimonio; se pudo haber presentado un listado de llamadas telefónicas, mensajes de texto que evidencien la existencia de tales amenazas, copia de la denuncia respectiva, al no existir estos elementos de prueba sólo se trata de una coartada.

2.3.2 DELITO DE TENTATIVA DE ASESINATO (juicio No. 2014- 0014)

TEORÍA DEL CASO DE LA FISCALÍA.- Que la víctima se encontraba en su domicilio, al cual había ingresado intempestivamente su ex conviviente el señor PROCESADO, quien ha procedido a agredirle verbal y físicamente, toma un cucharón y le causa una serie de heridas en el cuerpo, trata de asfixiarle, muerde su cara y manos.

TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA.- Sólo discrepa el tipo penal acusado por la Fiscalía.

PRUEBA DE CARGO.- El testimonio de la víctima, dijo que tomó un cucharón de la cocina y le atacó con la punta del mismo causándole varias heridas; reconocimiento médico legal, presentaba heridas prescribiendo una incapacidad de diez días, ninguna de las heridas le pudieron haber ocasionado la muerte; valoración psicológica, la víctima presenta estrés post-traumático; reconocimiento de lugar de los hechos.

PRUEBA DE DESCARGO.- El testimonio del procesado, quien afirmó que se fue a tomar cerveza, que no recuerda nada, que se despertó al otro día detenido, le contaron que había intentado matar a su ex mujer; atenuante de la responsabilidad.

CRÍTICA LA FISCALÍA

El Art. 16 del Código Penal exige el cumplimiento de ciertos elementos: 1.- Que los actos sean idóneos y conducentes a la realización de un delito.- Actos idóneos, son aquellos capaces para producir la lesión del bien jurídico vida un cucharón no es idóneo para causar la muerte, la herida más grave se ubicó en la pierna, la perito médico legista, señaló que ninguna de las heridas le pudieron haber ocasionado la muerte; 2.- También debe verificarse el incumplimiento del delito querido por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, lo cual no ocurrió porque el procesado decidió unilateralmente detener el ataque;.

CRÍTICA A LA DEFENSA

La Defensa se allanó a los hechos fácticos esgrimidos por la Fiscalía, lo cual constituye un error, debió haberlos impugnado, solo contradice la calificación jurídica; no realizó ninguna argumentación respecto del incumplimiento de los requisitos de la tentativa; el procesado declaró que se encontraba en estado completo estado de embriaguez, no recordaba nada, esta tesis debió haber sido presentada en la teoría del caso; el estado de embriaguez priva del conocimiento, constituye una causal negativa de la categoría dogmática de la culpabilidad pero, se requiere que sea corroborada con otras pruebas; la prueba de descargo se limitó a demostrar la concurrencia de atenuantes.

RESOLUCION JUDICIAL.- La Fiscalía no pudo demostrar el cometimiento del delito de asesinato en grado de tentativa. La Defensa no demostró que actuó amparado por una causal de inculpabilidad. El Tribunal decidió condenar por el delito de lesiones agravadas.

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES

3.1. EL DEBIDO PROCESO.- Es un derecho constitucionalmente reconocido que, limita la actividad investigativa y punitiva del Estado. Si imaginamos una balanza de justicia, por el lado izquierdo coloquemos al Estado punitivo, representado por la Fiscalía, la Policía y la Ley Penal; por el lado de la balanza coloquemos al señor procesado, acompañado de un abogado corriente; la balanza siempre va a tender a desequilibrarse por el lado izquierdo¹⁰⁷; como contrapeso surge el Debido Proceso, que establece una serie de garantías procesales como reglas mínimas inherentes a todo proceso judicial, especialmente penal; una de sus finalidades es materializar la igualdad de armas entre las partes procesales.

3.2. LA DEFENSA TÉCNICA.- Es aquella que consiste en la asesoría letrada en derecho, que brinda un profesional altamente capacitado. El procesado goza del derecho irrenunciable de ser asistido por una persona formada en Derecho Penal, con capacidad de responder las exigencias que un juicio penal demanda¹⁰⁸, derecho que a su vez se relaciona con el principio de inocencia y con el derecho al debido proceso, juntos materializan el principio de igualdad de armas.

¹⁰⁷ Ricardo Vaca, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Quito, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p.1.

¹⁰⁸ Viana Hernández, *Asimetría en el Acceso a La Justicia: Un Paralelo entre la Defensa Privada y Pública a Partir del Nuevo Sistema Penal Acusatorio*, *Universitas Estudiantes* [serial online]. June 2010;(7):33-49, Academic Search Complete, Ipswich, MA. Accessed March 14, 2014, p. 47.

Como resultado del análisis empírico efectuado en el presente trabajo investigativo, evidencio que los fiscales se encuentran mejor preparados que los defensores para realizar con éxito una audiencia de juicio.

El ejercicio de la profesión abogado, por tratarse de un oficio eminentemente intelectual y práctico, demanda una profunda y constante preparación, conocimientos que deben ser especializados en Derecho Penal y del Derecho Constitucional, a fin de que el abogado se colme de las habilidades y destrezas necesarias para responder de manera exitosa las exigencias que la sociedad demanda.

Por el trabajo de campo y estadístico realizado en el presente trabajo académico, concluyo que, las personas que están siendo juzgadas en el Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo, sufren un deterioro o menoscabo del derecho a la defensa técnica.

El origen del menoscabo del derecho a la defensa tiene lugar por los errores que cometen los defensores durante el trámite de la audiencia, como los siguientes:

- No utilizan la teoría del delito para fundamentar su teoría del caso; la teoría del delito se compone de varias categorías dogmáticas como son: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Cada categoría dogmática tiene sus respectivas formas negativas que eliminan la responsabilidad penal; por ejemplo el consentimiento elimina la tipicidad, el estado de necesidad elimina la antijuridicidad, el error de tipo elimina la culpabilidad. No basta que la teoría del caso se presente únicamente respecto de hechos fácticos, sino que debe ser enlazada con la teoría del delito; por ejemplo, en tratándose de un delito de violación sexual

la Defensa alega que el acceso carnal tuvo lugar con el consentimiento de la víctima, sin embargo la Defensa no menciona que la concurrencia del consentimiento elimina la tipicidad del acto y por lo tanto el Tribunal tiene la obligación de confirmar el estatus jurídico de inocencia;

- No formulan la teoría del caso cumpliendo con los elementos, fácticos y jurídicos;
- No utilizan las objeciones;
- No desacreditan a los testigos de cargo;
- No acreditan a sus propios testigos;
- No demuestran sus proposiciones fácticas a través de los diferentes medios de prueba;
- No presentan argumentos jurídicos en el alegato final;
- Solicitan la reproducción, como prueba documental, de providencias y autos dictados con anterioridad a la etapa de juicio (acta de audiencia de formulación de cargos, auto de llamamiento a juicio).
- En el contraexamen de los testigos de cargo, repiten el interrogatorio formulado por la Fiscalía, lo cual perjudica gravemente los intereses de sus defendidos, pues fija doblemente la teoría de la acusación; y,
- Aceptan acuerdos probatorios que sólo facilitan el trabajo de la Fiscalía.

3.3. CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA HIPÓTESIS.- Respecto de la incidencia de las técnicas de litigación oral en la decisión final del juicio, considero que la hipótesis se cumple parcialmente; es cierto que existe desconocimiento generalizado de las técnicas de litigación oral, lo cual por supuesto menoscaba el derecho a la defensa técnica; lo cual se

traduce posiblemente en el alto porcentaje de sentencias condenatorias (77%); sin embargo la litigación oral, por sí sola, sólo constituye un canal de comunicación entre el juzgador y los sujetos procesales, facilita la entrega de la información e impide la introducción de información ilegal. La correcta o incorrecta aplicación o inaplicación de las técnicas de litigación oral no convierten a un culpable en inocente o, a un inocente en culpable.

3.4. POSIBLES CAUSAS QUE ORIGINAN LA DEFICIENTE DEFENSA

TÉCNICA.- Se trata de una cuestión estructural, las diferencias entre la Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado, en cuanto a recursos económicos y humanos; las violaciones al debido proceso por parte de operadores de justicia y policías; la actuación improvisada de todos los operadores de justicia, la inexistencia de requisitos que limiten la intervención de abogados inexpertos en las audiencias de juicio. Todos los intervinientes en el proceso penal contribuyen y favorecen, con acciones u omisiones, el menoscabo del derecho a la defensa técnica.

El Consejo de la Judicatura, a través de la Escuela de Jueces, realiza una constante preparación académica de sus funcionarios (jueces, fiscales), realiza cursos, talleres prácticos, seminarios obligatorios, presenciales o virtuales, toma de exámenes, evaluaciones periódicas; capacitación que sumada a la gran experiencia profesional que adquieren por la gran carga laboral que manejan diariamente, les permite acceder a elevados niveles de excelencia que se traduce en un mejor desempeño de su rol.

La Presidencia de la República promociona el desarrollo del conocimiento, afirma que el conocimiento nos permitirá arribar a una segunda y definitiva independencia, señala que el

conocimiento constituye la única fuente inagotable de recursos infinitos; considero que el Estado debe establecer la gratuidad en la educación de cuarto nivel, a fin de eliminar barreras que impiden el acceso a educación privilegiada.

3.5. VENTAJAS QUE BRINDA LA LITIGACIÓN ORAL Y LA TEORÍA DEL DELITO.- Las técnicas de litigación oral señalan las destrezas que deben caracterizar a un buen litigante, muestran la correcta presentación del alegato de apertura, de la teoría del caso, del interrogatorio, del contrainterrogatorio y el alegato final; sin embargo, por sí solas sólo constituyen un canal eficiente de comunicación entre el litigante y el juzgador; es necesario que las técnicas de litigación oral sean fundamentadas con la teoría del delito, solo entonces se convierte en una poderosa herramienta jurídica con capacidad extrema de persuasión.

La teoría del delito surge como un método explicativo que interpreta la norma penal, explica las categorías dogmáticas del delito, establece los casos de exención de la responsabilidad penal; constituye una herramienta jurídica que permite analizar el contenido jurídico-normativo aplicable a la conducta típica; las diferentes escuelas como: Causalismo, Finalismo, Funcionalismo, contribuyen, coadyuvan a la interpretación de las normas jurídico-penales¹⁰⁹, facilitan su entendimiento y aplicación práctica.

Siempre debemos defender el acto, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, categorías dogmáticas que constituyen verdaderas barreras que limita el poder punitivo del Estado; la teoría del delito establece los presupuestos que deben concurrir para considerar a

¹⁰⁹ Hesbert Benavente, op. cit., p. 52.

la conducta del delito y por lo tanto punible, igualmente, establece las circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal.

El litigante debe fundamentar su teoría del caso en los postulados de la teoría del delito, combinación jurídica que constituye una poderosa herramienta jurídica con capacidad persuasiva por excelencia, y permite alcanzar una decisión judicial justa; pero cómo alcanzar el tan anhelado sueño de justicia, considero que la educación y la auto preparación son medios idóneos para abandonar definitivamente la mediocridad.

3.6. POSIBLES SOLUCIONES URGENTES.- Considero que sería necesaria una reforma legal que faculte al Presidente del Tribunal de Garantías Penales y/o el Juez Ponente, en caso de evidenciar la falta de defensa técnica, declare la nulidad de la audiencia de juicio y se vuelva a pasar la misma pero, esta vez con un profesional especializado en la materia.

Considero que es necesario establecer requisitos o perfiles profesionales específicos, a fin de que no todo abogado pueda patrocinarse procesos penales, sólo así el Estado puede garantizar el derecho a la defensa técnica con estándares de calidad.

Pocas cosas durante el transcurso de la vida son tan duras y tristes como un juicio penal, el enfrentamiento entre las partes procesales y el juez que decide la disputa, lo cual definitivamente constituye una de las desgracias más graves que le pueden ocurrir a un ser humano, podría resultar privado de la libertad ambulatoria hasta por cuarenta años; es imperiosa la necesidad de recibir una defensa técnica de calidad, ejecutada por profesionales altamente capacitados.

3.7. APORTE A LA COMUNIDAD JURÍDICA.- La presente investigación constituye un aporte científico a la comunidad jurídica, en ella explico la manera correcta de asumir la defensa de un justiciable ha sido sometido a una audiencia de juzgamiento; explico los parámetros básicos que se debe desarrollar en las diferentes fases de la audiencia de juicio; señalo en que consiste la defensa técnica y el menoscabo de este derecho que están sufriendo los justiciables de la provincia de Santo Domingo; la presente investigación constituye una fuente de consulta para estudiantes y operadores de justicia, en donde podrán profundizar sus conocimientos en la materia y absolver consultas académicas; constituye un esfuerzo intelectual que busca la materialización del Estado Constitucional de Derechos y Justicia; constituye un trabajo académico que busca favorecer a la parte más débil del conflicto penal, el procesado.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes Primarias.-

Análisis por muestreo de 42 sentencias emitidas por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, en el año 2013.

Fuentes Secundarias.-

A) Bibliografía Doctrinaria

Baytelman, Andrés y Duce Mauricio, *Litigación Penal y Juicio Oral*, México DF, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2005.

Benavente, Hesbert, *La Aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*, Madrid, Editorial Bosch, 2012.

Cárdenas Rodolfo y Otros, *Derecho Procesal Penal*, México DF, Editorial Porrúa, 2012.

Corominas Génova, *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil*, Editorial Bosch Editor, Madrid, 2006.

García, José, *Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Responsabilidad Contractual del Estado*, Editorial, Quito, 2001.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2001.

Fernández Rodolfo, *El Principio de Contradicción en la Jurisdicción Ordinaria*, La Habana, Editorial Universitaria, 2008.

Jauchen Eduardo, *El Juicio Oral en el Proceso Penal*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

Jiménez, Javier, *Aspecto Jurídico de la Teoría del Caso*, México DF, Editorial Ángel, 2012.

Jaramillo, Carlos, *Oralidad Debate y Argumentación*, en Javier Jiménez, *Aspecto Jurídico de la Teoría del Caso*, México DF, Editorial Ángel, 2012.

Nájera, Susana, *La Prueba en Materia Penal*, Tesis de Maestría en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.

Ortega, Waldo, *Litigación Oral para el Proceso Penal*, IRL editores, Santiago de Chile, 2012.

Osorio César, *Teoría del Caso y Cadena de Custodia*, Editorial Porrúa, Buenos Aires, 2011.

Perfecto, Ibáñez, *Prueba y Convicción Judicial en el Proceso Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2013.

Solórzano Carlos, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, Editorial Nueva Jurídica, Bogotá, 2005.

Santos Jaime, *El Debido Proceso Penal*, Quito, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

Vaca Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.

B) Bibliografía Normativa

Código de Procedimiento Penal, derogado.

Código Orgánico Integral Penal, vigente.

Código de Procedimiento Civil, vigente.

Constitución de 1998, derogada.

Constitución 2008, vigente.

Reglamento de Peritos, vigente.

C) Bibliografía Digital

Campos, Vidal, *El Derecho a Confrontación con Declaraciones de un Juicio Anulado en el Marco del Proceso Penal*, Revista Electrónica Semestral De Políticas Públicas En Materias Penales, EBSCOhost (accessed November 3, 2013), [http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A6.pdf], 2011, p.455.

Decastro, Alejandro, *La Impugnación de la Credibilidad de Testigos en el Sistema Penal Acusatorio*, Opinión Jurídica 7, pp. 165-174, Academic Search Complete, EBSCOhost, viewed 3 November 2013, 2008, p. 170.

Hernández, Viana, *Asimetría en el Acceso a La Justicia: Un Paralelo entre la Defensa Privada y Pública a Partir del Nuevo Sistema Penal Acusatorio*, Universitas Estudiantes

[serial online]. June 2010;(7):33-49, Academic Search Complete, Ipswich, MA. Accessed March 14, 2014, p. 47.

Salas, Falcone, *Las Técnicas del Interrogatorio e Incorporación de la Prueba en el Proceso Penal*. (Spanish). Revista Vox Juris [serial online]. January 2, 2007, (15):379-397. Available from: Academic Search Complete, Ipswich, MA. Accessed August 25, 2013. p. 388.