

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Area de Derecho Procesal

Programa de Maestría en Derecho Procesal

La Eficacia de la Prueba Indiciaria en el Proceso

Penal Ecuatoriano

Lenin Pérez Medina

2007

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las norma de la Universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Dr. LENIN PEREZ MEDINA

Quito 2 de Enero del 2008

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Area de Derecho Procesal

Programa de Maestría en Derecho Procesal

La Eficacia de la Prueba Indiciaria en el Proceso

Penal Ecuatoriano

Tutor: Dr. Ernesto Alban Gómez

Esmeraldas

2007

“ABSTRACT”

La eficacia de la prueba Indiciaria en el Proceso Penal Ecuatoriano, a tomado una nueva dimensión en nuestro sistema procesal, ya que a partir de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, se ha orientado a garantizar la aplicación del debido proceso, en todos los parámetros que la constitución establece, en el presente trabajo estudiamos diferentes tópicos como presunción , sospecha , conjetura, vestigio, huella y rastro donde podría aparecer la prueba indiciaria, sin embargo nuestra legislación establece que deben ser varios unívocos y concordantes, sostengo que con el nuevo sistema un solo indicio realizado como prueba puede ser suficiente para condenar o absolver a una persona en el actual sistema, por el adelanto científico de la ciencia.

El nuevo sistema Procesal garantista de derechos, lo analizaremos desde varios puntos de vista, unos de carácter general otros constitucional y también en la parte adjetiva y sustantiva de la ley penal, entonces hablaremos de la prueba indiciaria en el Iter Criminis, en el nexo causal, en la versión preprocesal del sospechoso, en la reconstrucción de los hechos, la presunción de inocencia, en el in dubio pro reo, en la autonomía y decisión personal del Juez y en especial en la Cadena de custodia.

La estudiaremos en lasa diferentes teorías del delito como la finalista de la acción, la teoría de la imputación objetiva y el derecho penal del enemigo, es decir llegaremos hasta las últimas tendencias del derecho penal, con la única finalidad de tener una cobertura de este tipo de prueba en forma general.

DEDICATORIA

*Esta tesis la dedico a la memoria enixtingible de mi amado padre SEGUNDO
EFRAIN PEREZ HIDALGO.*

*Dios te entrego el mas fino pincel para mi creación, como olvidarte si tallaste tu más
dulce sonrisa en mi rostro.*

Padre en el confín del mundo nada ni nadie podrá borrar esa nuestra sonrisa

Tu hijo LENIN

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento infinito a la UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR, por haberme formado para el adelanto tanto personal como profesional en aras de alcanzar una verdadera justicia. En especial a sus autoridades, a mis maestros y compañeros que han forjado en mí el saber científico para compartirlo a mis alumnos y ponerlo en práctica en el engrandecimiento de nuestra sociedad.

Dejo constancia expresa de mi gratitud al Dr. Ernesto Alban Gómez quien con sus sabios conocimientos ha hecho posible la terminación de esta tesis

TABLA DE CONTENIDO

	<i>Paginas</i>
<i>Introducción</i>	9-10
Capitulo I	
LA PRUEBA INDICIARA EN LA DOCTRINA PENAL	
a.- Etimología, concepto y antecedentes.	11-17
b.- Importancia de la prueba indiciaria.	17-19
c.- Prueba indiciaria, vestigio, indicio, presunción, Sospecha, circunstancia, suposición, simulación y rastro.	19-36
d.- Valoración de la prueba indiciaria	36-37
Capitulo II	
LA PRUEBA INDICIARIA EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL	
a.- El Iter criminis en el campo indiciario.	38-40
b.- Nexo causal frente a la prueba indiciaria.	40-47
c.- La prueba indiciaria en las garantías constitucionales la presunción de inocencia.	47-54
d.- La versión preprocesal del imputado como elemento de la prueba indiciaria	55-59
e.- La reconstrucción de los hechos, garantía de prueba en el campo indiciario	59-65

f.- La prueba indiciaria, en el in dubio pro reo.	65-67
g.- en cuanto a la autonomía y decisión personal del juez.	67-69
h.- En la Cadena de custodia.	69-81

Capítulo III

INFLUENCIA CRECIENTE DE LA PRUEBA

INDICIARA EN LAS DIFERENTES TEORIAS DEL DELITO

a.- Con la teoría finalista de la acción.	82-86
b.- En la teoría de la Imputación Objetiva.	86-97
c.- En el Derecho Penal del Enemigo	97-102
Conclusiones	102-1046
Bibliografía	104-106

LA EFICACIA DE LA PRUEBA INDICIARA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO

Introducción

La prueba indiciaria se la ha aplicado desde el inicio de la humanidad, ha recorrido diferentes parámetros, iniciada en el esoterismo o brujería, ha llegado en nuestros días a un punto trascendente de relevancia por su aplicación en el campo técnico-científico, debido al gran avance de la ciencia en los diferentes campos del saber humano, principalmente en la Criminalística.

Mas aún nuestra legislación procesal penal también la ha tomado, por ser un principio probatorio del derecho universal, incluso se la aplica en la mayoría de países, en especial en el sistema del jus civile.

La prueba indiciaria se la acepta como tal una vez que los vestigios, rastros o huellas, se han cristalizado en el mundo probatorio, desechando la sospecha la presunción, la suposición o simulación, ya que estos indicios son precisos concordantes y unívocos entre si, esa decir reúnen los requisitos que la ley pide para su valoración.

El estudio de las diferentes teorías del delito coadyuva a la aplicación de esta prueba, también la estudiamos dentro de la dogmática penal, por su trascendencia y aplicabilidad, vemos que en nuestro código se encuentra normada o reglada en lo que es

la teoría casualista o finalista de la acción, sin embargo de ello las nuevas tendencias del derecho penal como la teoría de la imputación objetiva o el derecho penal del enemigo, de alguna manera también tienen una aproximación a ella, n mayor o menor grado.

La evaluación Científico procesal, de la prueba indiciaria, en la actualidad ha tomado un gran desarrollo, vemos como es su manejo, embalaje, preservación, hasta transformarse en prueba y ser evaluada, diremos que cuando es mal manipulada puede haber contaminación de la evidencia y causar la nulidad del proceso penal, todo esto esta inmerso en la cadena de custodia.

Los derechos Fundamentales tales como la presunción de inocencia y el in dubio pro reo, pesan sobre la prueba indiciaria, por ser derechos de genero de primer nivel y tener mayor aplicabilidad en las resoluciones de justicia, en cuanto al sospechoso, imputado o acusado, ya que están garantizados por la Constitución política del estado.

En definitiva la Prueba indiciaria será aplicada en el sistema inquisitivo en el sistema oral o mixtos, pero siempre deberá cumplir requisitos de legalidad para ser aceptada como tal, pero en la actualidad un solo indicio, realizado o cristalizado como prueba podrá ser suficiente para obtener una sentencia o condena de un delincuente, así el caso de una mancha de sangre comprobada a través del ADN que pertenece a cierta persona, será lo suficiente o contundente para llegar hacer justicia.

CAPITULO I

LA PRUEBA INDICIARA EN LA DOCTRINA PENAL

a.- Etimología, concepto y antecedentes.

Etimología.-

Podemos decir que la prueba indiciaria tiene su génesis con la palabra *indicio*, este a su vez en el vocablo *Indicium* del verbo *induco*, derivación de *indicare* que significa indicar, hacer conocer algo, mostrar, hacer saber. Algunos autores afirman que la palabra *indicio* significa *indicar, descubrir, dar a entender, revelar*.

Mittermaier, Jiménez de Asenjo y Brito Alves: “entienden que el origen se une a la palabra *index* que expresaba el dedo indicador, el objetivo o el hecho que se indica.”¹

Con un criterio dinámico, preferimos pensar que *indicio* proviene de *indicare* resultante de la contradicción de “*inde dicere*”, que denotaría el hecho pero iluminado por el argumento probatorio que de él obtiene el intérprete.

Concepto.

El primer hecho que debemos anotar, al iniciar el estudio sobre la prueba indiciaria, es la gran confusión de ideas, la profunda anarquía de opiniones entre los autores que han

¹ ROSAS, Yataco, La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004. Editorial Astrea. Lima-Perú. Págs.- 289, 290

escrito sobre la materia. Mittermaier y Bonnier hablan ya de inducción, ya de deducción, al referirse al proceso lógico indiciario.

Cabanellas define a la prueba indiciaria: *“la resultante de indicios, conjeturas, señales o presunciones más o menos vehementes y decisivas, aceptadas por el Juez como conclusión del orden lógico y por derivación o concatenación de los hechos. Es peculiar del procedimiento criminal, donde el culpable procura borrar todas las pruebas delictivas o desfigurarlas de modo tal, que la convicción plena o evidencialidad de los hechos resulte prácticamente inlograble.”*²

San Martín Castro dice *“que por prueba indiciaria se debe entender aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que son constitutivos del delito objeto de acusación pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos, la participación de los acusados; señales, además que ha de motivarse en función de un nexo casual, coherente entre los hechos probados (indicios) y el que se trata de probar (delito)*

Por su parte, Mixán conceptúa la prueba indiciaria como una actividad probatoria de naturaleza discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia concreta.

² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta 1989. Argentina Tomo VI. Pág. 501

*Cabanillas Barrantes, dice que la prueba de indicios esta basada en todo hecho cierto y conocido que lleva, merced a un razonamiento inductivo, a la determinación de un hecho desconocido, dando como resultado un hecho sintético, esto es, agregando a un ente algo nuevo que se descubre.”*³

En conclusión consideramos a la prueba indiciaria como aquella que se dirige a mostrar la certeza de un (os) hecho (s) (indicios), explicando a través del razonamiento basado en un nexo casual, lógico entre los hechos probados y los que trata de probar, debiendo éstos estar relacionados directamente con el hecho delictivo, existiendo una coherencia, concomitancia que descarte la presencia de los llamados **contraindicios**.

Dentro del léxico sutil con un carácter genérico en lo penal, las presunciones equivalen prácticamente a prueba indiciaria, entonces Gorphe declara que los civilistas hablan con preferencia de presunciones, los criminalistas de indicios, los juristas ingleses y norteamericanos de circunstancias. Comprendemos que prueba indiciaria es toda acción o circunstancia en relación con un hecho investigado, que permite inferir la existencia o las modalidades del delito, extendiéndose a todo tipo de pruebas, menos la testimonial.

Antecedentes

Podemos decir que desde tiempos muy remotos esta clase de prueba ha sido usada por los humanos y lo único que ha variado es la forma de interpretarla.

³ ROSAS, Yataco. La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004. Editorial Astrea. Lima Perú . Pág. 291

Dentro del campo penal diremos que: *“los indicios o prueba indiciaria tiene su origen en la magia, decimos que tiene una ley de semejanza y una ley de contacto. La magia homeopática tenía como sustento la ley de que lo “Semejante produce lo semejante” es el intento hecho por muchas gentes en todas las épocas de la humanidad para dañar o destruir a un enemigo dañando o destruyendo una imagen de este, por creer que lo que padezca aquella será sufrido por el enemigo y al destruir su imagen el perecerá*

Esto significa que una persona podía causarle la muerte a otra, valiéndose de cualquiera de las formas indicadas de la magia, ya que si bien el hombre primitivo en cierta forma aceptaba la muerte natural suponía que esta se producía por la violencia o por la magia”⁴.

Entonces los primitivos consideraban que la persona que mataba lo hacía por que odiaba a la víctima, su deseo de matarlo, su pensamiento se convertía en realidad por la omnipotencia de las ideas, entonces los primitivos consideran que si el hechicero, el brujo, quieren matar a una persona, les basta utilizar cualquiera de las formas de magia, deseando que el resultado se produzca tal como lo creen.

“Una de las demostraciones de que efectivamente los primitivos manejaban la prueba indiciaria la tenemos en Melanesia donde se estudiaba y se observaba detenidamente el

⁴ PARRA, Jairo Tratado de la Prueba Judicial Indicios y Presunciones. Editorial ABC.2005, Bogotá Colombia Pág. 3

cadáver como si el fuera el victimario y de cuyo estudio podían surgir los siguientes indicios:

1.- Encontrar en el hombre arañazos parecidos a las marcas de amor, como consecuencia de la relación sexual.

2.- Encontrar el cadáver con las piernas abiertas.

3.- Encontrar el cadáver lleno de piojos (el despiojamiento recíproco, constituye para los nativos una demostración especial de ternura)

4.- Haberse arreglado, lo cual significa que tenía una cita secreta.

6.- Si aparece en la piel alguna mancha de color rojo, negro o blanco, o cualquier muestra de color similar a los que adornaban las casas de los nobles, significaba que el difunto había decorado su choza de una manera jactanciosa despertando el enojo de su jefe.

7.- Tumores en forma de taro o deseo insaciable por este vegetal poco antes de la muerte, indicaban que el difunto tenía huertos de taro demasiado espléndidos o no pagaba suficiente tributo de este artículo al jefe de la tribu.

8.- Si se encuentra el cuerpo con la boca espumeante, esto demuestra que el difunto era demasiado adicto a comer de un modo opulento y fastuoso, o de jactarse de su comida.

9.- La piel suelta que cae formando pliegues, representa en particular el abuso de una dieta a base de cerdo o de tratos fraudulentos en la administración de cerdos que son monopolio del jefe y que solo se confían al cuidado de los hombres de menor importancia.

10.- *El jefe también castiga que un hombre no se atenga al ceremonial y no se incline suficientemente ante el, tal hombre será encontrado después en su tumba completamente doblado y la materia putrefacta fluyendo en hilillos de la nariz, representa en este código de brujería pos mortem, los valiosos collares de disco de conchas y por consiguiente un éxito demasiado grande en el comercio de Kula, mientras que hinchazones circulares en los brazos indican lo mismo en Mali (conchas para los brazos).*

11.- *Por ultimo, un hombre muerto por la sencilla razón de que el mismo es un brujo, produce, además del espíritu normal, un fantasma material que ronda la tumba y hace varias travesuras. A menudo el cuerpo de un brujo aparece desarreglado y desfigurado en su tumba.*

Luego se desplaza el estudio de las señales en el muerto, al análisis de todo lo que tuviera que ver con el presunto sospechoso, se buscaban las señales en su cuerpo, en los objetos de su propiedad, en sus armas.”⁵

Diremos que la mayoría de tratadistas estipulan como conclusión, que los primitivos creían que cuando se causaba la muerte a una persona, esta podía recobrar la vida si se encontraba el arma con la cual había sido muerta, por eso la escondían y se las recobraba pasado un tiempo cuando consideraban que los poderosos fantasmas se los muertos se habían desanimado, entonces en esta época no solo se investiga al muerto sino también la sospechoso para saber quien cometió el homicidio.

⁵ PARRA, Jairo Obra Citada Pág. 5 y 6

En el año 1215 se prohíben la ordalías, la Constitutio Criminalis Carolina, en 1532, admitía por supuesto la prueba indiciaria, pero se decía que no podía tomarse como fundamento por si sola para dictar una condena. Si los indicios eran graves lo que permitían era el interrogatorio del sospechoso bajo sufrimiento y tortura y la condena solo se pronunciaba después de haberse conseguido la confesión.

B.- IMPORTANCIA DE LA PRUEBA INDICIARIA.

Tiempo hubo en que se desconoció la importancia de la prueba indiciaria, en que se la consideraba como un atributo semidivino, como la más grande expresión de la sabiduría (juicio salomónico).

Desde le punto de vista de la evolución histórica de la prueba en el proceso penal, la importancia progresiva y descollante de la prueba indiciaria comenzó a concretarse desde la abolición del tormento que era empleado para arrancar la confesión que de acuerdo a la concepción ideológica era predominante pues era considerara la reina de las pruebas.

Desde entonces hasta nuestros días la prueba indiciaria ha recorrido un largo trayecto durante el cual su importancia ha ido creciendo cada vez más, así en la doctrina como en la legislación. Su papel tiende a hacerse cada vez más considerable, en razón de los descubrimientos científicos. Ese prestigio se acrecienta por doble motivo: no solo por el

mayor crédito acordado a los indicios, sino por la desconfianza que comienzan a inspirar pruebas antes estimadas en el alto grado, como la testimonial y la literal. Los progresos realizados por la ciencia, que han acrecido el viejo arsenal de los indicios, haciendo conocer nuevos y antes no sospechados (dactilogramas, caracterización de las manchas de sangre humana, etc.) y dándonos un conocimiento más completo de las leyes psicológicas y naturales, han traído como consecuencia elevar a la prueba indiciaria en la escala de las pruebas, presintiéndose desde ya el día en que llegará a ocupar en ella un puesto preeminente y en que se convertirá en la prueba por excelencia.

El progreso tecnológico y científico ha permitido que la delincuencia deje rastros del hecho delictuoso que otrora no era detectable y que dejaba solo a los medios probatorios tradicionales como testimoniales, documentos, peritaje, etc. Hoy por hoy, la utilización de estos instrumentos criminalísticos nos permite identificar al autor así como detectar las huellas del delito producidos o dejados en la escena de los hechos. Esto no nos permite decir que la prueba indiciaria resulte fácil. Por el contrario, requiere de un recurso humano calificado en lo teórico y práctico, de una adecuada implementación tecnológica.

En un caso concreto la prueba indiciaria es capaz de generar convicción por si sola si concurren a plenitud los requisitos para su eficacia probatoria en otros casos ella concurrirá con los demás medios probatorios. Pero también puede conducir a un conocimiento meramente probable sobre el tema de prueba, peor aún si no se aplica un

discernimiento sereno, acucioso, o se le valora superficial y unilateralmente puede incurrir en un error.

Devis Echandía dice que en el proceso penal, una prueba fundamental e indispensable en la mayoría de los casos, sin la cual quedarían impunes innumerables delitos. Agrega que las técnicas modernas de investigación de huellas y rastros, de los distintos tipos de sangre y de escritura, etc. Han acrecentado enormemente la importancia y empleo práctico de la prueba por indicios.

Los dictámenes de los expertos en técnicas de investigación presentan un apoyo valiosísimo a la prueba indiciaria, por el cual algunos la consideran ya como lo principal en el proceso penal y una de las mejores en los demás procesos.

C.- PRUEBA INDICIARIA, VESTIGIO, INDICIO, PRESUNCIÓN, SOSPECHA, CIRCUNSTANCIA, SUPOSICIÓN, SIMULACIÓN Y RASTRO.

Estudiaremos varios temas o puntos que pueden tener o llevar inmerso una noticia criminis, tienen relación entre sí, se parecen, suenan similares, se confunden, jurídicamente pueden interpretarse de igual manera aunque su significado y aplicación sea diferente, en el nuevo sistema procesal penal conllevan una investigación preprocesal o procesal penal, de los cuales un solo de estos puede obtener una sentencia, o caso contrario servirá de descargo o absolución, del sospechoso, del imputado o acusado.

Prueba indiciaria

Para muchos la prueba indiciaria es artificial, por que la construye el juez, parte de un hecho que debe ser probado por los demás medios probatorios, por lo cual el juez aplica la regla de la experiencia, de la ciencia o de la técnica, por enfoque mental, encuentra un hecho indicado el cual sirve para la investigación. Sin embargo esta en el sistema procesal oral ha adquirido una gran relevancia e importancia.

Manuel Jaén Vallejo manifiesta *“En el proceso penal tiene una importancia extraordinaria este tipo de prueba, pues no siempre es fácil lograr una prueba directa del hecho y evidentemente, prescindir de la prueba indiciaria generaría la impunidad de no pocos delitos; incluso, en no pocos supuestos, la prueba indiciaria puede proporcionar una mayor certidumbre que una sola prueba directa”*.⁶

Esta clase de prueba ha tenido un gran recorrido, incluso durante mucho tiempo no se ha reconocido su importancia, se la creyó imperfecta, sin embargo de ello esta ha ido adquiriendo una mayor trascendencia, tanto en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina, tenemos que su evolución se debe a los adelantos científicos, pruebas como las huellas dactilares, lofoscopia, huellas de sangre, el ADN, perfiles del ADN, flujos corporales, de reacción nuclear, de la informática, del genoma humano o clonación, la

⁶ JAEN, Manuel. Derechos Fundamentales del Proceso Penal. Ediciones Jurídicas 2004. Medellín Colombia Pág. 220

acústica forense etc., han colaborado para su mayor eficacia, llegando a tener autonomía propia de procedimiento y técnica de aplicación.

Vestigio

Cabanellas plasma la siguiente definición: *“Rastro. Señal que queda de una cosa. Indicio. Memoria de los antiguos que se descubre en la transmisión de una generación a otra, por el ejemplo o la imitación.*

Los vestigios, ante la segunda parte frecuente en los delitos, que suele consistir en el intento de borrar esos signos reveladores de la perpetración o los que puedan identificar al autor, espolean a los investigadores para su búsqueda, examen o interpretación en el lugar de los hechos; especialmente cuando la víctima no sobrevive, caso típico de los hechos consumados, o cuando el hecho se ha cometido con ausencia de testigos, como los robos en el momento en que los lugares se encontraban solitarios.

En otros casos la pesquisa de los vestigios se dirige inmediatamente sobre los sospechosos. Así en la Policía de carretera y ante accidentes de la circulación, a obtener en los conductores pruebas del aliento, para determinar la posible ebriedad de los mismos o residuos de abusos con la bebida. Diligencia similar, aunque ya para establecer un dolo, y no una simple culpa, es la que recoge elementos que pueden

*revelar, en manos homicidas, por perdurar vestigios de pólvora, el uso reciente de una arma de fuego.....”*⁷

El vestigio es sinónimo de huella, rastro, por lo tanto está relacionado con la parte material del delito, es el signo mismo de la actividad del delincuente, en el cual se puede determinar los medios e instrumentos empleados para la realización del acto ilícito, incluso éste puede llevar a la identificación de un modus operandi de quien o quienes participaron.

Es trascendente el estudio del vestigio de la infracción, para el desarrollo de la investigación criminal, del proceso penal, como también para la administración de justicia.

Entendemos que vestigios son todos los rastros dejados por el delincuente, los cuales son preservados para ser llevados por el fiscal al tribunal, donde deben ser observados y percibidos, con la ayuda de la técnica, el conocimiento de los peritos, así tenemos ejemplos claros como las huellas dactilares, las huellas de sangre, las prendas de vestir olvidadas en la escena del crimen o de los hechos, es importante descubrir los vestigios de la infracción, su conservación o preservación en la cadena de custodia, para ser introducidos en el juicio, los cuales serán prueba, y demostraran la existencia de la infracción, la identidad y culpabilidad del infractor.

⁷ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta 1989 Argentina Tomo VIII Págs. 350 y 351

Walter Guerrero manifiesta: *“Los vestigios de la infracción, pueden dejarse en cualquier momento externo del camino del delito, es decir en la etapa de la proposición, de la conspiración, de la tentativa, de la consumación o del encubrimiento del ilícito. Lo importante es que la huella o la señal se encuentre relacionada de manera directa con el cometimiento del delito”*.⁸

Indicio

Debemos poner de manifiesto que al indicio se lo ha definido de diferentes maneras y realidades, conforme éste ha ido evolucionado, podríamos decir de acuerdo a la época de desarrollo del derecho penal, en un principio se lo ubicó dentro de lo que es la prueba indirecta, es decir dentro del mundo de la inducción y deducción, la reflexión, el raciocinio, donde se aplica la lógica formal.

Resulta necesario precisar, antes de entrar al tema propuesto, comprender el significado de indicio, su naturaleza y definición.

Indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. Es decir, que indicios son hechos, datos o

⁸ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta 1989 Argentina Tomo VIII Págs. 350 y 351

circunstancias ciertos y conocidos de los que se desprende, mediante elaboración lógica, la existencia de otras circunstancias, hechos o datos desconocidos.

Tal como lo expresa Mittermaier: *“un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural. Por eso es menester en la causa: El uno comprobado, el otro no manifiesto aún y que se trata de demostrar racionando del hecho conocido al desconocido.*

Aplicando el indicio al proceso criminal, es el hecho o circunstancia accesoria que se refieren al crimen principal, y que por lo mismo da motivo para concluir, ya que se ha cometido el crimen, ya que ha tomado parte de él un individuo determinado, ya, por fin, que existe un crimen y que ha sido de tal o cual modo consumado.

En una palabra: los indicios versan sobre el hecho, o sobre su agente criminal, o sobre la manera que se realizó. Atendida su naturaleza, según su nombre mismo lo expresa (index) el indicio, es por decirlo así, el dedo que señala un objeto, contiene en sí mismo un hecho diferente, si es aislado; pero que al momento adquiere gran importancia cuando el juez ve que tiene conexión con otro. Este a su vez, así descubierto, llama durante el curso de la información la atención de la Justicia sobre tal individuo, que, sin tal coincidencia, pasaría inadvertido, o también en el momento de la sentencia definitiva es pesado en la balanza de la razón y contribuye a afirmar poderosamente las

*posibilidades de la imputación. En tales momentos el Juez tiene por guía las leyes naturales manifestadas y garantizadas por la experiencia y el buen sentido.”*⁹

Presunción

La palabra presunción se deriva del verbo latino compuesto *praesumere* que significa tomar antes, resolver de antemano, anticipar, prever, presentir, conjeturar.

En relación con el conocimiento, quien presume es quien toma anticipadamente como sabido aquello que desconoce. También se afirma que la palabra presunción se deduce de los términos “*prae*” y “*umere*”, dando a entender que la presunción equivale a “prejuicio sin prueba”. Se puede decir, finalmente, que presunción equivale a suponer una cosa cierta sin que éste probada, sin que nos conste.

Históricamente la presunción tiene diferentes acepciones, por ejemplo “*en el período clásico romano, al juez podía convencerse por cualquier medio de prueba, inclusive utilizando la prueba indiciaria, se puede decir que el juez presumía en el sentido de suponer. Existían las presunciones hominis pero no como técnica legislativa. Podríamos decir que siempre que el hombre investiga presume.*

En el periodo imperial a partir del siglo I d.C., se rompen los moldes del antiguo derecho. Se plasma la idea de que la administración de justicia es una función estatal.

⁹ PARRA, Jairo Tratado de la Prueba Judicial Indicios y Presunciones. Editorial ABC 2005, Bogota Colombia Pág. 19

Ahora ya no son los jueces privados quienes deciden los litigios; son los magistrados, auténticos funcionarios públicos, quienes dirigen el proceso y carecen de poder para crear derecho.

Al derecho Justiniano se le atribuye la aparición de las presunciones legales. La comisión compiladora de Justiniano halló en los clásicos el termino praesumere, en el sentido de opinar. Interpolaron los textos produciéndose consecuencias en el proceso por primera vez en la historia y también en el derecho material. Como resumen de la época romana podemos decir, que en el derecho Justiniano aparecen las presunciones “iuris tantum”, no hay un sistema general de presunciones y no existen las presunciones “iuris et de iure”¹⁰.

En el derecho canónico se puede afirmar que las presunciones *jure et de iure* aparecen en el derecho canónico, fundamentalmente en las decretales de Gregorio IX. La labor de la doctrina es importante por que muchas veces convirtieron en presunciones *iure et de iure* a simple textos legales.

En la época medieval la presunción romana era fundamentalmente un recurso del legislador, anticipando una certeza provisionalmente. La presunción medieval, tiene como finalidad suplir la actividad mental del juzgador, imponiéndole máximas de

¹⁰ PARRA, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial Indicios y Presunciones. Editorial ABC 2005. Bogota Colombia Págs. 200 y 2001

experiencia y sistematizando por su valor las presunciones en legales y judiciales, éstas, en violentas, probables y leves.

La teoría legal de la prueba se preocupó por sustituir la prueba de indicios por presunciones y surgió la división tripartita de las presunciones hechas por los glosadores, de *praesumptiones iuris et de iure*, *praesumptiones iuris tantum* y *praesumptiones facti*, que están consagradas en el código de Napoleón.

El significado de presunción ha evolucionado a través del tiempo, así tenemos que: *Vito Gianturco*, afirma que “*el repetirse en forma normal los mismos fenómenos, de orden natural y psicológico, en determinadas circunstancias, según la experiencia estadística y las constataciones experimentales- probando y volviendo a probar-, induce a la consideración de que aquello “que sucede y ha sucedido continuará verificándose en el porvenir en las mismas circunstancias y bajo las mismas condiciones”.*

Nicola Framarino Dei Malatesta la define como “*el raciocinio de la presunción deduce de lo conocido lo desconocido, partiendo del principio de identidad, en tanto que el raciocinio del indicio infiere lo desconocido de lo conocido, mediante el proceso de causalidad”.*

Francesco Carnelutti, la entiende en dos sentidos: “*En primer lugar, como objeto utilizado para la deducción al definir el indicio basado en la experiencia y supone o presume la existencia de un hecho indicador y en segundo lugar, como la deducción*

misma. “Hay presunción cuando de la existencia de un hecho conocido se deduce la de un desconocido”.

Pietro Ellero, afirmo que “las presunciones no son mas que circunstancias probabilísimas tenidas como ciertas pero que, sin embargo, pueden ser contradichas”. En suma, es el testimonio ofrecido por el sentido común, diferente al indicio, debiéndose probar, aquella que da por comprobado solo con iluminar la mente del juzgador, por lo que al negarse, debe probarse lo contrario.

Lessona, citado por Rocha Alvira, definió: “La presunción como medio de prueba resulta, de un razonamiento por el cual de la existencia de un hecho reconocido ya como cierto, según medios legítimos, se deduce por el legislador en general, o por el juez en el caso especial del pleito, la existencia de otro de hecho que es necesario probar”.

El español Joaquín Escriche, sostuvo que: “la conjetura es la forma (...) como generalmente los hombres se conducen, o de las leyes ordinarias de la naturaleza; o la consecuencia que la ley o el juez de un hecho desconocido o incierto”.

Para Caravantes “La palabra presunción se compone de la preposición prae y el verbo sunco, que significan tomar anticipadamente; por que por las presunciones se forman o deducen un juicio u opinión acerca de las cosas y de os hechos antes de que estos se los demuestren o aparezcan por sí mismo”.

Antonio Rocha Alvira, dice se trata de “un juicio, formado sobre la verdad de algo, por la lógica, relación que muestra como otro hecho y dado por cierto. Es medio de prueba indirecto para conseguir la verdad y sustancialmente puede clasificarse como criterio, hijo de la razón, por oposición a los medios de prueba históricos, en que los hechos se reflejan en los sentidos. Como se establece la deducción, la presunción adquiere la categoría de indicio”.

Hernando Devis Echandía, predica que es “un juicio lógico del legislador o del juez (...), en virtud de la cual se considera como cierto o probable un hecho con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cual es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos “.

Orlando Alfonso Rodríguez “la presunción es el mecanismo, con estructura silogística-por el que se suponen hechos o actos de la vida, basado en el ordinario, lo común y de interés en concretas circunstancias de tiempo y espacio. Es producto de la actividad mental del hombre que, valido de una metodología lógico-racional, lanza juicios, conceptos genéricos que la experiencia indica, la mayoría de las veces, como acertados.

La presunción resulta de lo que ordinariamente ocurre, esto es, existen hechos semejantes determinados y ante circunstancias similares se dan efectos parecidos. Cuando se lanza un juicio, concepto, conjetura u opinión, previa actividad mental se ha

*buscado un hecho desconocido, partiendo de uno conocido, total o parcialmente, llevado por el principio de identidad. Se le toma como suposición, además considerar que una cosa es verdadera, excepto prueba en contrario; o, aceptar una tesis sin controversia ni impugnación, basada en una información lógica”.*¹¹

En la actualidad hay muchos autores que consideran que presunción e indicio son la misma cosa, su identidad es semejante. En cambio la gran mayoría de procesalistas, encuentra una clara distinción por cuanto estiman que el indicio es un medio de prueba autónomo; la presunción no tiene este carácter y capacidad en el obrar jurídicamente como prueba.

Sospecha

De sospechar, proviene del latín “*suspectare*”, *alter, suspicare*. V. *suspecto, suspicaz*. *Creer en la existencia de cierta cosa o circunstancia por alguna apariencia. La creencia se encuentra domiciliada en la mente del interprete, pero no existe un hecho en que apoyarse. Sirve para orientar una averiguación, pero no se puede tomar como indicio, por cuanto éste es un hecho que debe ser probado.*

Toda investigación conlleva un conjunto de fases sucesivas, entonces tiene un punto de partida y esta es la sospecha; etimológicamente la palabra sospecha significa mirar de abajo hacia arriba o lo que es igual mirar con recelo.

¹¹ RODRIGUEZ, Alfonso. La Presunción de Inocencia. Ediciones Jurídicas 2000. Medellín Colombia pagina 26, 27, 28 y 29

Sentís Melendo, *sobre el particular expresa Sospecha es un concepto eminentemente subjetivo. Se sospecha por una razón de sentimiento íntimo. La sospecha no es más que una averiguación, suposición, intuición, no tiene consistencia, cuerpo, estructura, ni tampoco una función clara, comúnmente se la llama palpito o una corazonada. No es un medio de prueba.*

Palpito es equivalente a presentimiento. Se trata de una posesión subjetiva, surgida de una fuente no conocida o que todavía no es el ser humano capaz de identificar. Esta afectación de la subjetividad, puede servir para investigar, pero de ninguna manera se trata de un hecho y por tanto sobre él no se puede edificar ni por lumbre una providencia.

Corazonada es equivalente a puro palpito.

Estas figuras muestran afectaciones subjetivas, que de ninguna manera generan prueba, pueden tomarse como indicios, solo que el investigador, quien averigua, puede orientarla siguiendo ese palpito, pero se reitera no es un hecho.

Gustavo Salazar al respecto dice: *“...podemos afirmar que la sospecha es la mas falaz y gratuita de las instituciones.....*

“La sospecha no es un hecho indicante.

La sospecha no es una conjetura.

La sospecha no es una hipótesis.

La sospecha no es un indicio... ”¹²

La sospecha puede revelarse del estado de ánimo del detenido, del imputado, del acusado; se manifiesta por actos, como simulación, nerviosismo, inseguridad, animosidad hacia la víctima; como mecanismos de defensa, gritos, expresiones fuertes, amenazas, etc. También está relacionada con la actitud o el comportamiento del individuo antes o después del delito.

Puede surgir de las propias declaraciones del acusado, hechos o actos sencillamente equívocos, adquieren un sentido sospechoso cuando el interesado da sobre ellos (delitos) una explicación falsa o inverosímil.

La sospecha sola o acompañada puede ser el punto de partida para una investigación, pero jamás servirá para conseguir una sentencia.

La suma de sospechas realiza la conjetura, que no es otra cosa de unir ideas, atar cabos, sigue siendo subjetiva y no constituye prueba.

Circunstancia

Cabanellas la define: *“Accidente de tiempo, lugar, modo o de otra naturaleza cualquiera, relacionada con la sustancia de un hecho o dicho. Requisito, condición,*

¹² SALAZAR, Gustavo. La Defensa del Procesado. Biblioteca Jurídica 2003. Bogota Colombia. Pág. 135

*estado, edad, parentesco, salud y demás particularidades que acompañan a un acto jurídico y le dan peculiaridad de realización u omisión que agrava, atenúa o exime, con respecto a la penalidad. En el Derecho Procesal accidente que concurre y que sirve para solicitar la condena o absolución. El libre arbitrio del juzgador, lo toma en cuenta o lo deja de lado para el fallo”*¹³

Tiene que ver con el modo, lugar y tiempo, como parte del escenario en el que se comete el delito, relacionada con la materialidad de la infracción.

Jeremías Bentham dice: *“Las circunstancias abrazan el estado de las cosas, o la conducta de las personas, las cosas son las que producen las pruebas reales, pero sea que se arguya según las cosas o según la conducta de las personas, esta especie de prueba es siempre la misma, siempre esta fundada en la analogía, en el encadenamiento de las causas y de los efectos, por esta razón hemos dicho que todas las pruebas reales eran circunstanciales”. “La distinción entre hecho y circunstancia es solo relativa a un hecho determinado. Todo hecho, con respecto a otro, puede llamarse una circunstancia.”*

¹³ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta 1989 Argentina Tomo II Pág. 145

Suposición

Cabanellas manifiesta “*Conjetura. Falsa presunción. Creencia. Autoridad. Falsedad. Impostura. Ficción. Argumento provisional basado en ser cierto lo que se indica*”.¹⁴

En nuestra legislación la suposición no tiene argumento o trascendencia de prueba, aunque ésta sea utilizada como formulación de hipótesis dentro de la investigación; es más, no podemos suponer la responsabilidad o inocencia de una persona.

Simulación

Cabanellas dice: “*Del Latín **simul** y **actio**, palabras que indican alteración de la verdad; ya que su objeto consiste en engañar acerca de la auténtica realidad de un acto. Ficción. Imitación. Hipocresía. Disimulación...Simulación de delito, paradoja legislativa, por cuanto simulación parece inexistencia; pero en este caso, por tipificación precisa, configura un proceder punible. Efectivamente, quien ante autoridad competente simule, a sabiendas, ser responsable o víctima de un delito y motivarse una actuación procesal será castigado..... Simulación delictiva, la actitud encubridora de la conducta o de las verdaderas intenciones que encuentra sanción penal....*”¹⁵

La simulación no consta dentro del campo indiciario en nuestra legislación, más bien la encontramos tipificada o como elemento constitutivo del delito Ejemplo la **estafa**

¹⁴ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta 1989. Argentina Tomo. VII Pág. 576

¹⁵ CABANELLAS. Guillermo. Obra Citada Tomo VII Pág. 429

Rastro

Siempre vamos a encontrar que esta palabra, tanto en su definición, cuanto en la identificación en la escena del ilícito o delito la tendremos en plural. Su denominación es de rastros, proviene del latín *rastrum*, **Enrique M Falcón** dice: *“es el vestigio, indicio de acontecimiento, señal que queda de una cosa.... Estos hechos dejan señales, dejan huellas, y esas señales y huellas son registros, fuentes de prueba que se fijan en los objetos o en la mente. Pero en una fuente probatoria es solo una posibilidad. Para que llegue a ser algo verdaderamente demostrado requiere que se la encuentre, que se la recoja, que se la demuestre, que sea completa, que sea pertinente y admisible y finalmente que sea considerada en la resolución final. De hecho, en un sentido muy extenso, podemos decir que todo hecho deja rastros, pero cuando hablamos de rastros en el proceso, nos queremos referir a las huellas, señales incompletas que si bien nos orientan en determinado sentido no constituyen de por si, una vez probados, elementos suficientes para llegar a la corroboración, sin embargo no se puede prescindir livianamente de ellos sin una consideración previa y su examen de conjunto. Los rastros pueden estar constituidos por objetos o declaraciones imperfectas, segmentados, incompletos en toda su integridad, o provenir todos ellos de medios probatorios completos como excedente de ellos o como sus integrantes, o bien con una combinación de todos ellos.”*¹⁶

¹⁶ FALCON, Enrique. Tratado de la Prueba. Editorial Astrea 2003 Argentina. Tomo 2 Pág. 463

Cabanellas define rastro de la siguiente manera: “*Vestigio de un hecho; y, en especial de un delito, que a la diligencia del instructor incumbe recoger, e interpretar a la sagacidad del juzgador. Señal. Indicio. Pista....*”¹⁷

El rastro siempre se encuentra dentro de la escena del delito, puede ser un casquillo, proyectil, colilla de cigarrillo, una mancha o gota de sangre, etc. Incluso puede llegar a identificar o determinar a un posible sospechoso o responsable, en conclusión podemos decir que ninguna época de la historia podemos hablar de delito perfecto sin la existencia de rastros.

D.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA

La valoración de la prueba es una actividad procesal eminentemente racional y necesaria. En el caso de la valoración de la prueba indiciaria existen hasta dos posiciones en la doctrina.

1. La prueba indiciaria como *de carácter secundario o supletorio*: algunos autores (Pisan, Siracusa, Florián) otorgan a la prueba indiciaria un valor subsidiario. Otros afirman que son idóneos para complementar la prueba de la autoría. Finalmente, se dice que esta tiene un valor probatorio relativo, al afirmarse que se trata de una prueba sujeta a una graduación, por ser indirecta.

¹⁷ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta 1989. Argentina Tomo. VII Pág. 14

2. La prueba indiciaria *tiene el mismo valor* que se le otorgan a las otras pruebas: es la doctrina dominante (Lucchini, Manzini, Mittermaier, Silva Melero) que la considera como una de las pruebas de mayor importancia dentro del proceso penal. Se dice que la prueba indiciaria rechazada por imperfecta, en contraposición a las llamadas pruebas legales es, no obstante, la más razonable cuando el nexo que debe mediar entre los supuestos conocidos y el hecho que se quiere demostrar es tan íntimo, que el raciocinio cree ver entre lo que aspira a probar y los medios de prueba una verdadera relación de causa a efecto. En suma, el valor de la prueba indiciaria es igual al de las pruebas directas.

Capítulo II LA PRUEBA INDICIARIA EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL

a.- El Iter criminis en el campo indiciario.

Partiremos haciendo un análisis del Iter criminis en forma sucinta, para relacionarlo con la prueba indiciaria. Los diferentes tratadistas, doctrinarios han establecido que este esta estrechamente enlazado con el camino del delito, teniendo su punto de partida en un proceso interno, sin embargo debemos distinguir o cuantificar el estudio de este en dos partes o fases, interna y externa, entonces el sujeto activo delibera, luego ejecuta el acto, muchas veces sin entrar en la fase de realización produce una manifestación intermedia, *”Excita a la rebelión, hace la apología del crimen, etc. En esta fase intermedia estudiamos el delito putativo, por que se trata de una ideación. Por ultimo, en la fase externa, incluimos primero los actos preparatorios; luego, la tentativa y la frustración.”*¹⁸

Para entender mejor el Iter criminis anotaremos el concepto de **Jiménez de Asúa** el cual manifiesta: *“El iter criminis supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en el hasta que consigue el logro de sus afanes, tiene dos fases fundamentales, interna y externa.*

¹⁸ JIMÉNEZ, de Asúa. Lecciones de Derecho Penal. Biblioteca Clásicos del Derecho Penal Oxford. 2003. México Distrito Federal. Pág. 332

La fase interna sólo existe mientras el delito, encerrado en la mente del autor no se manifiesta exteriormente.

La externa ya se manifiesta. Sale a la luz por actos, incluso de preparación.

En rigor, no existen más que estas dos fases, pero estudiándolas concienzudamente, interfieren entre ellas, como ya dejamos otras dos intermedias la resolución manifestada y el delito putativo. En la primera no existe todavía la fase externa, por que no se trata de actos materiales, más que de acción es expresiva de resolución proposición, conspiración, provocación. Tampoco en los casos de delito putativo hay una exteriorización de propósito de delinquir, por que el delito solo lo es en la mente del autor. Uno de ellos, el más importante, es el caso conocido en doctrina como error al revés”.¹⁹

En el Iter criminis la prueba indiciaria aparece o se materializa en la fase de ejecución o exteriorización del delito, por cuanto es ahí donde se la puede verificar, ya sea como rastro, vestigio, evidencia o cualquier forma que haya tomado.

Diremos entonces que esta prueba aparece en la exteriorización del ilícito, en la fase de ejecución del mismo, empieza con la tentativa del acto típico y antijurídico, en nuestra legislación la tentativa esta tipificada en el Art. 16 del Código Penal, aquí encontramos ya los actos preparatorios, se consumen o no estos, vinculados estrechamente con los rastros, vestigios o huellas.

¹⁹ JIMÉNEZ, de Asúa Obra citada Pág. 333

Dentro de las resoluciones manifiestas o en la fase intermedia del Iter criminis la vamos a encontrar en la proposición y conspiración, dentro de la proposición cuando se propone el cometimiento del ilícito a otras personas, es decir aparece en la participación por que indiciariamente seria suficiente prueba.

En la conspiración cuando se expresa la voluntad de dos o mas personas para la ejecución del delito, existen por lo tanto manifestación de voluntad que indiciariamente es prueba, se encuentra tipificada en el artículo 17 del Código Penal.

El iter criminis y la prueba indiciaria tienen una estrecha relación, por cuanto el camino del delito también puede ser el camino de la prueba, marcan un camino paralelo desde su inicio o ideación hasta su consumación, materialización ante un juez o tribunal.

b.- Nexo causal frente a la prueba indiciaria.

Nuestra legislación establece el nexo causal en el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, para el presente estudio lo desmenuzaremos comparativamente, con la prueba indiciaria, haremos un análisis sucinto, dice la norma: ***“Presunción de nexo causal.- para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario:***

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

- a) *Varios;*
- b) *Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre si;*
- c) *Unívocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y,*
- d) *Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente.”*²⁰

Dentro de este análisis establecemos que: *“Nexo quiere decir vinculo, unión, nudo de una cosa con otra.*

*Causal, viene de causa y es lo relativo a ella con lo que se relaciona. Por lo mismo nexo causal, serán los eslabones de una cadena para que se constituya en prueba de presunciones que deben responder a las condiciones preestablecidas por la ley”*²¹

Diríamos entonces que nexo causal es el enlace entre el delincuente y el delito, interrelacionado por la prueba sea indiciaria o de cualquier forma, que se presente o se haya desarrollado en el hecho criminoso.

b.1.- Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho.

²⁰ Código de Procedimiento Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones 2006, Quito Ecuador

²¹ TINCENO Fernando, Diccionario Conceptual de derecho, Editorial Temis Bogota Colombia 2001
Pág. 459

Dentro de este numeral los indicios tienen como propósito la demostración del daño causado, entonces se convierte en el primer elemento de valoración por parte del fiscal como también del juez, constituyéndose en la materialidad de la denuncia o la acusación, es el núcleo esencial del proceso, entonces sin la comprobación jurídica del delito no podremos continuar con el análisis de los indicios, así poder establecer autores, cómplices o encubridores como el respectivo grado de responsabilidad o participación.

En la prueba indiciaria hablamos de indicios materiales con lo que comprobamos la materialidad de la infracción, son parte esencial del delito, en ellos se exterioriza una conducta dada, esta enmarcada dentro de la causalidad o la relación causa efecto, siendo perfectamente distinguibles, sirven para demostrar y valorar los indicios.

b.2.- Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones.

Son hechos reales aquellos probados, como por ejemplo el reconocimiento pericial del arma de fuego, el casquillo del proyectil o el proyectil.

El **Dr. Zavala Baquerizo** señala: *“La presunción debe fundarse en indicios, este a su vez, debe tener por objeto un hecho, hecho que ha sido llevado al proceso por uno cualquiera de los medios establecidos por la ley”*.²²

Entonces la presunción es la resultante de indicios y estos a su vez se deben basar en hechos reales que demuestren la fidelidad histórica de los hechos en el proceso, los indicios surgen en el proceso con los medios de prueba estatuidos por la ley procesal.

b.3.- Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean: Varios, relacionados, unívocos y directos.

Este numeral establece los requisitos que deben reunirse dentro del proceso, para que los indicios sean suficientes y así argumentar una presunción.

Los indicios dentro del proceso se introducen por los diferentes medios de prueba, entonces los hechos dentro del proceso no llegan misteriosamente, así tenemos los testimonios, también la prueba material, los diferentes instrumentos, o cualquier acto procesal de prueba.

Se afirma que la prueba indiciaria puede llegar al proceso, en calidad de testimonios, informes, la investigación preprocesal o procesal, pero de cualquier manera debe asumir la calidad de prueba judicial, para establecer la existencia del delito y la responsabilidad

²² Zavala Baquerizo, Jorge, el Proceso Penal, Ediciones Edino 1998, Tomo III Pág. 1113

del acusado, estableciéndose el nexo causal, de conformidad con los requisitos o reglas establecidos en el Código de Procedimiento Penal

Tenemos que la prueba de indicios se la admite en dos casos:

- a.- Para demostrar la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y
- b.- Que hagan presumir que el sindicado sea autor, cómplice o encubridor del delito que es objeto del proceso.

Como podemos ver en este numeral se establecen diferentes requisitos o elementos, que deben darse, para que los indicios cumplan el objetivo demostrativo y probatorio de la investigación penal, por lo tanto estos deben reunir las siguientes características:

b.3.1 Que sean varios

En lo que respecta a nuestra legislación no determina cuantos indicios se requiere para obtener una sentencia condenatoria o la imputación a un sospechoso de cierto hecho criminoso, la ley procesal de manera general señala varios, lo que quiere decir mas de uno, es decir que a mayor presencia de indicios menos puede ser el camino de error, por cuanto la teoría manifiesta que un solo indicio puede llevar a conclusiones diversas, las cuales pueden fallar en la incriminación.

Gianturco Vito Manifiesta: *“Consecuentemente varios indicios verosímiles, en su concurso, pueden constituir una prueba acumulativa probable y varios indicios*

*probables pueden al concurrir conjuntamente, completarse el uno con el otro y reforzar tanto su eficiencia probatoria, de conducir a la presunción racional y a la certeza”.*²³

La teoría moderna manifiesta que un solo indicio realizado como prueba puede ser suficiente para condenar a un individuo como por ejemplo la prueba del ADN, la prueba preliminar de campo PIPH en los delitos de drogas, por que Indiciariamente puede llevarse un proceso y en el transcurso del mismo confirmar si la sustancia aprehendida es o no es droga, o si es o no culpable con la prueba del ADN.

Ciertas legislaciones establecen claramente cuantos indicios deben reunirse, así en los países de Europa se dice que deben concurrir dos o tres indicios tal como la ley los define, incluso puede bastar solo dos, cuando quien ha sido acusado tuviere interés particular, o también cuando habiendo alegado hechos que debiliten los indicios, se encuentren jurídicamente demostrando lo contrario de los hechos. Entonces no podemos decir que los indicios tienen un carácter matemático sino de certeza, por que ellos establecen la verdad histórica de los hechos.

b.3.2 Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre si.

²³ GIANTURCO Vito, Los Indicios en el Proceso Penal., Editorial Temis Bogota Colombia 2001, Pág. 118.

Todos los indicios deben tener una relación entre si, entonces el juez tiene la obligación de revisar detenidamente cada indicio tomando en cuenta solo aquellos que tienen relación con el delito o el hecho criminoso.

Así tenemos que el indicio que carece de calidad de certeza se presenta cuando solo identifica ciertos hechos o circunstancias tales como indicar que el sospechoso estuvo en el lugar, pero de ninguna manera se demuestra su responsabilidad o participación en el delito acusado.

Zavala Baquerizo señala: *“La falta de relación del hecho con el con el objeto del proceso no le permite al primero constituirse en indicio desde el punto de vista procesal”. La relación no puede ser hipotética, incierta, imaginaria, arbitraria (Manzini); como tampoco puede ser consecuencia de la causalidad”*.²⁴

Entonces comprendemos que los indicios deben ser reales, armónicos entre si, los cuales tengan una concatenación lógica, que pesen en el lado objetivo y subjetivo de la imputación penal, por ser aspectos perfectamente identificables e inseparables.

b.3.3 Unívocos, es decir que, necesariamente todos conduzcan a una sola conclusión.

²⁴ ZAVALA Baquerizo Jorge, el Proceso Penal, Pág. 119

Partimos que la univocidad de indicios se entiende que todos deben estar reunidos y no pueden conducir a presunciones diversas, equivocadas, que determinen el apareamiento de mas de una conclusión, que lleven a la misma probabilidad de ser ciertas, en caso de destruirse la univocidad o la concordancia entre indicios, muchos autores hablan de la aparición de los conraindicios .

En lo relacionado a esto el juez esta en la potestad de calificar o cuantificar las diferentes fuentes, para poder valorar y llegar a la certeza de la verdad histórica del acto criminoso, como única conclusión.

b.3.4 Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente.

Solo cuando se presenta esta característica podemos decir que los indicios son varios, relacionados con el objeto del proceso, con los otros indicios unívocos y directos, es aquí donde alcanzan la calidad de indicios jurídicos, cuando no presentan estas características son simplemente hechos flotantes en el mundo natural.

c.-La prueba indiciaria en las garantías constitucionales la presunción de inocencia.

Las garantías constitucionales son derechos fundamentales de primer género, que están vinculadas estrechamente con el debido proceso, por lo tanto estas dejan de ser principio teórico, para transformarse en acciones prioritarias que garantiza el estado su fiel cumplimiento.

Tienen como denominador común el derecho internacional a través de los convenios y acuerdos que son reconocidos por el estado, como la Convención Americana de Derechos entre otros, incluidos aquellos de reconocimiento universal como la Declaración de los Derechos Humanos, los cuales han sido recogidos y consagrados por nuestra constitución, incorporándolos a nuestro derecho interno teniendo el grado de prevalentes en la legislación.

El indicio debe gozar del requisito esencial que se requiere para determinar certeza y destruir el estado de inocencia del acusado, ello es que el indicio sea inequívoco, lo cual significa que no admita duda o equivocaciones, según el diccionario de la Lengua Española.

Sobre este punto **José I. Cafferata Nores** en la obra **“La Prueba en el Proceso Penal”** expresa sobre las presunciones e indicios: *“según su nombre mismo lo expresa (índice), el indicio es, por decirlo así, el dedo que señala un objeto. Su fuerza probatoria reside en el grado de necesidad de la relación que revela entre un hecho conocido (el indiciario), psíquico o físico, debidamente acreditado, y otro desconocido (el indicado), cuya existencia se pretende demostrar. Para que la relación entre ambos sea necesaria, será preciso que el hecho indiciario no pueda ser relacionado con otro hecho que no sea el indicado, es lo que se llama “univocidad” del indicio. Si el hecho indiciario admite una explicación compatible con otro distinto del indicado o al menos no óbice para ella, la relación entre ambos será contingente: es lo que se llama indicio*

anfibológico”, y el mismo autor expresa cuales son las consecuencias de un indicio anfibológico, es decir, del que pueden inferirse diversas conclusiones: “puesto que el valor probatorio del indicio es más experimental que lógico, solo el unívoco podrá producir certeza, en tanto que el anfibológico tornará meramente verosímil o probable el hecho indicado. La sentencia condenatoria podrá ser fundada sólo en aquél, el otro permitirá a lo sumo basar en él un auto de procesamiento o la elevación de la causa a juicio.”²⁵

Orlando Alfonso Rodríguez manifiesta: *“La presunción de inocencia tiene directa e íntima relación con la prueba judicial, en la medida y proporción que aquella se mantiene, mientras no se le desvirtúe con la aportación en contrario de esta. Si el estado acredita válida y legalmente, la prueba para desvirtuar la premisa menor de la presunción, ese ciudadano, debe ser declarado en sentencia penalmente responsable, de lo contrario, sigue en la titularidad de su derecho primigenio. Para llegar allí es menester desarrollar un proceso judicial y practicar la prueba con todas las garantías constitucionales y legales.”²⁶*

Joan Pico I. Junoy, sobre este aspecto dice: *“el derecho a la presunción de inocencia solo puede ser desvirtuado cuando el juicio de culpabilidad se apoya en pruebas*

²⁵ CAFFERATA Norez José, La Prueba en el Proceso Penal, Ediciones Jurídicas Times, Bogotá Colombia, 2001, Pág. 107.

²⁶ RODRÍGUEZ Orlando Alfonso, La Presunción de Inocencia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez , Bogotá Colombia 2000 Págs. 273, 274.

legalmente practicadas (...), bajo los principios de contradicción, igualdad, publicidad, oralidad e inmediación”²⁷

En desarrollo de proceso judicial, la presunción de inocencia no amerita apoyo probatorio, opera por si misma de manera inmediata, dada la generalidad de que los hombres no delinquen, siendo lo excepcional que uno de sus integrantes infrinja el régimen jurídico.

Presumir la inocencia tan pronto surge la sindicación contra un ciudadano, que de inmediato es potencial sujeto pasivo de una acción estatal que eventualmente puede conducir a la desvirtuación de la premisa menor de la presunción, trae consigo la dispensa de no entrar a probar esa genérica condición de inocente, correspondiéndoles a los acusadores aportar la prueba para condenar. Es el desarrollo del axioma probatio incumbit ei qui dicit, non qui negat, que es lo mismo que, la prueba le incumbe a quien afirma, más no a quien niega.

La presunción de inocencia toma mayor trascendencia constitucional en nuestro país desde 1998, por ser parte del debido proceso en nuestra constitución, ser garantía de primer genero, es así que el artículo 24 numeral 7 cuyo texto literal dice: *“Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada”*.²⁸

²⁷ RODRÍGUEZ Orlando Alfonso Obra citada

²⁸ Constitución Política de la Republica del Ecuador, Corporación de estudios y publicaciones, 2006

Entonces trae como consecuencia lógica la obligación del estado para su protección a nivel de todas las esferas, más aun en el juzgamiento de los delitos y contravenciones, en materia penal, incluso coadyuvan a este principio los tratados internacionales suscritos por nuestro estado, esto vino a armonizar nuestro derecho procesal penal, por cuanto este postulado es un baluarte garantista de la condición de inocente de un ciudadano procesado, que no es una concesión del estado sino el fiel reflejo de las tendencias y postulados del derecho penal humanitario para la protección de los derechos humanos.

Las averiguaciones que se realizan a base de los indicios, deben ser llevadas al juicio previo el sometimiento de las normas constitucionales y procesales para que tengan validez jurídica, en caso de no cumplir con este requisito no sirve de nada la investigación del fiscal por ende tampoco al juez.

Viabilizamos entonces que en el campo punitivo, en lo que respecta a este tema no existe la distribución de la carga de la prueba, por cuanto esta es de entera responsabilidad del acusador, en este caso el estado, por su enunciación constitucional, dentro del marco del debido proceso, por lo tanto pesaría mas la presunción de inocencia a la prueba indiciaria, en un sentido matemático de peso, ya que está acreditada dentro de los derechos fundamentales primigenios de cada persona, es decir es innata, en cambio el indicio, la sospecha, la presunción todo el campo probatorio indiciario hay que plasmarlo de conformidad con los parámetros y requisitos que la ley

procesal exige para ser considerados como prueba, debe hacerse dentro de los cánones de constitucionalidad y legalidad.

Cuando hablamos de la prueba indiciaria frente a su valoración es decir en equivalencia con la presunción de inocencia en términos prácticos se cree que es suficiente que un parte policial diga por ejemplo “existen indicios” o participación en tal hecho delictivo o también podemos manifestar que resulta como elemento del indicio la regla de la experiencia, así diremos que también se la aplica a esta clase de prueba cuando se refiere a los requisitos formales de la prisión preventiva como determina el Art. 167 del **Código de Procedimiento Penal** el cual dice: *“Prisión preventiva.-Cuando el juez lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos.*

1.- Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública.

*2.- Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y,..”*²⁹

Así el indicio o la prueba indiciaria es un hecho que nos puede servir de prueba, debe estar plenamente probado, como la regla de la experiencia debe plasmarla, si no se explica la regla de la experiencia, la decisión se toma sin base probatoria por lo tanto se viola la presunción de inocencia. La prueba indiciaria es el hecho más la regla de la experiencia, si no se explica esta regla, como ya lo manifestamos la decisión no se esta tomando con base en prueba legal y regularmente aportada al proceso.

²⁹ Código de Procedimiento Penal, corporación de Estudios y publicaciones, 2006, Art. 167

El hecho analizado con diligencia, hace surgir la regla de la experiencia, este hecho bien captado por el fiscal o el juez, lo obliga a pensar, por cuanto el hecho por si solo obliga al funcionario a razonar, así tenemos por ejemplo que una persona afirma que le entregaron una encomienda para dejarla en el correo que no la verifico (explicación razonable), pero al llegar la policía descubre que esta camuflada cocaína, pero la detenida no sabe el nombre de la persona que le entrego después de afirmar que mantiene una relación sentimental con el por el lapso de algún tiempo (hecho, acontecimiento), esto obliga a pensar que no es normal que una persona deje una encomienda en el correo sin saber siquiera el nombre de su novio o enamorado (indicio de adaptación) indica que sabia de sobra su contenido y concientemente fue su acto.

Tenemos la cultura general de que indicio es lo mismo que sospecha, que intuición, que palpito, esto solo era valido en la antigüedad cuando la racionalidad era mágica, pero cuando esta racionalidad aparece nítida es ahí donde solo se habla de indicio, cuando tenemos un hecho demostrado en el proceso el cual interesa para la investigación.

Mostrar el hecho indicio y la regla de la experiencia permite ejercitar el derecho de contradicción y como consecuencia se da la aplicación a la presunción de inocencia, anotamos que se encuentra estrechamente relacionado con esta presunción, el derecho o principio de contradicción, el cual se puede ejercitar en el caso específico de la prueba indiciaria.

La presunción de inocencia es el correlativo procesal del principio de culpabilidad, se trata de una presunción iuris tantum, esto es, de una verdad a priori, que puede venir a menos si la prueba legal incorporada al proceso incluso la indiciaria convence de lo contrario. Es una garantía por cuanto limita el razonamiento del juzgador, quien a falta de elementos probatorios demostrativos de la culpabilidad del acusado, se remitirá a la inocencia como verdad legal, con esto se realiza la garantía de no condenar a persona alguna al menos que en forma fehaciente se demuestre su culpabilidad.

Con relación a la prueba indiciaria **CONDE PUMPIDO TOURON** afirma *que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en el proceso penal puede formularse sobre la base de una prueba de este tipo, si bien debe satisfacer al menos dos exigencias:*

1.- Los hechos base o indicios deben estar acreditados y no pueden tratarse de meras sospechas.

2.- El órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios llega a la convicción sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado” ³⁰

³⁰ CONDE Pumpido Touron, Ley de Enjuiciamiento Criminal, ley y legislación complementaria. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Sonepa. Vol. II Madrid 1998

d.- La versión preprocesal del imputado como elemento de la prueba indiciaria

El **Código de Procedimiento Penal** en el artículo 117 manifiesta: *“Clasificación.- La prueba testimonial se clasifica en testimonio propio, testimonio del ofendido y testimonio del imputado” concordantemente el artículo 119 el inciso tercero establece: “Sin embargo, el fiscal antes del juicio podrá recoger las versiones del sospechoso, del imputado, del ofendido y de terceros sobre los hechos y circunstancias materia de la investigación o de instrucción .Estas informaciones solamente tendrán valor de prueba, cuando sean ratificadas mediante testimonio rendido en la audiencia.”*³¹

El artículo 24 numeral 5 de la Constitución dice: *“Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aun con fines de investigación, por el Ministerio Público, por una autoridad policial o por cualquier otra sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el estado.....cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria”*³²

La versión preprocesal puede ser rendida en varias formas: una en la policía judicial en el caso de aprehensión por delito flagrante, otra cuando al sospechoso se le ha girado boleta de captura para efectos de la detención para investigación de conformidad con el artículo 164 del Código de Procedimiento Penal, y finalmente dentro de la indagación previa, para luego de esto en caso de encontrarse indicios suficientes ser imputado, pero

³¹ Código de Procedimiento Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006 Arts. 117 y 119

³² Constitución Política de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006 Art. 24 numeral 5

todo esto con la presencia de un abogado defensor, el cual es imprescindible, así se garantiza constitucionalmente el testimonio que contiene los indicios que forman parte de la prueba indiciaria.

Nuestro Código de Procedimiento Penal realiza la diferenciación entre testimonio y versión, ya que el uno se lo puede rendir solo en la etapa de juicio donde se hace prueba a favor del acusado, mientras el otro antes de este, lo denomina versión, adquiriendo calidad de prueba solo cuando ha sido ratificada en el tribunal, así mismo constitucionalmente le da la forma particular de interrogatorio con formalidades especiales como la presencia del abogado particular o del otorgado por el estado ya que caso contrario causa indefensión y la nulidad de lo actuado.

Resaltamos que la versión que rinda el sospechoso luego imputado libre y voluntariamente de forma espontánea ante el fiscal el secretario y agente investigador, llevada al juez o tribunal se presume verídica mientras no se prueba lo contrario, siempre que se encuentre plenamente probado la materialidad de la infracción, de conformidad con los diferentes indicios o presunciones resultantes del hecho criminoso, entonces dicha versión puede corroborar y conservar la prueba indiciaria, si por un lado tenemos una versión o declaración simple donde el investigado admita su participación o cuando la niega aparecerá la regla de la experiencia para determinar si esta es verdadera o falsa y así determinar su grado de participación, como valorar los respectivos indicios encontrados.

Nuestro legislador plasma en el Código Procesal la no auto incriminación en el artículo 81 que dice: **”Derecho a no auto incriminarse.**- Se reconoce el derecho de toda persona a no auto incriminarse”,³³

Más aun se garantiza los indicios por cuanto la versión preprocesal tiene el carácter de ser libre y voluntaria, queda establecida en la respectiva acta avalizada por el abogado defensor.

Incluyen en las leyes especiales los indicios de entrega voluntaria o suministro voluntario de indicios, en este caso cuando existe la colaboración del detenido en otorgar información fidedigna para descubrir el delito o los delitos, es claro ejemplo lo determinado en el artículo 86 de la Ley de sustancias estupefacientes y Psicotrópicas el cual dice: **“Atenuante trascendental.-** *Quien hallándose implicado en infracciones previstas por esta ley suministrare a la Policía Nacional, Ministerio Público o Jueces competentes datos e informaciones precisas, verdaderas y comprobables, que condujeran a descubrir presuntos culpables de ilícitos previstos en ella, sancionados con pena igual o mayor que la contemplada para la infracción por la que se le juzga, será reprimido con un tercio de la mitad de la pena modificada por las atenuantes establecidas en el artículo precedente, en caso de haberlas, o de la que le correspondería en ausencia de ellas.*”³⁴

³³ Constitución Política de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006 Art. 24 numeral 5

³⁴ Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006 Quito Ecuador, Art. 86

Esto se lo realiza a través de una versión o entrevista la cual puede tener un resultado positivo para el sospecho incluso para el imputado en su libertad o en la rebaja de la pena.

La declaración preprocesal rendida en la policía judicial, tanto la doctrina como algunos tratadistas, manifiestan que tiene la calidad de denuncia, la cual no es medio de prueba, por ser este es un organismo auxiliar de la rama judicial y colabora con el Ministerio Público, la misma es un elemento en la construcción del indicio al interior de lo que puede ser un proceso judicial, siendo un hecho producido sin la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio,

así el autor español **Joan Pico Junoy** al respecto sostiene: *tanto el atestado policial, como las declaraciones que constan en el mismo no tienen eficacia probatoria, pues, únicamente, tienen valor de denuncia. En consecuencia, para que pueda considerarse prueba de cargo legítima deberá ser objeto de ratificación ante el órgano judicial y en el acto del juicio oral mediante la declaración testifical de los agentes policiales firmantes del atestado. Como excepción a todo lo dicho merecen destacarse ciertas diligencias policiales que la sensu son consideradas como pruebas periciales; nos referimos a la denominada prueba de alcoholemia (...); a los datos objetivos*

verificables (ejemplo: croquis e informes elaborados por la agrupación de tráfico de la guardia civil) que pueden constar por el atestado judicial”. ³⁵

El agente investigador debe ratificar su atestado de investigación policial en los respectivos tribunales, en especial lo escuchado en la versión preprocesal, comprobar o verificar los diferentes indicios o el indicio, que va hacer prueba en el respectivo tribunal cuando llega a el con su testimonio, la declaración preprocesal cuando ha sido adquirida por medio de la tortura, esta es una prueba obtenida en desmedro de los derechos fundamentales siendo nula de pleno derecho, por haberse obtenido con violación al debido proceso.

e.- La reconstrucción de los hechos, garantía de prueba en el campo indiciario

La prueba indiciaria comprende no sólo al indicio, sino a la inferencia que se hace y la conclusión que resulta de ella, la naturaleza jurídica de esta es de un medio probatorio indirecto o de inferencia del hecho indiciario, que surge de la experiencia humana.

La producción de una conclusión se establece como un silogismo y ella es la que tiene fuerza probatoria ya que la relación que establece la prueba indiciaria es la de *univocidad*, por la cual el hecho conocido admite como única explicación el hecho "indicado" o desconocido.

³⁵ RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso, La presunción de Inocencia, ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, Pág. 415

La relación sustancial entre la Prueba Indiciaria y la Prueba de Reconstrucción, se sustenta en que de la reconstrucción puede derivar indicios, de estas presunciones y de este último convicciones.

La reconstrucción de los hechos en el sistema Acusatorio Oral es facultativo del Fiscal así lo dispone el artículo 112 del **Código de Procedimiento Penal**, el cual dice:
“Reconstrucción del Hecho.- *En los casos en que el fiscal lo considere necesario, para el debido esclarecimiento de la verdad, practicara con la ayuda de la Policía Judicial la Reconstrucción del hecho para verificar si la infracción se ejecuto o pudo ejecutarse de un modo determinado, tomando en cuenta los elementos de convicción que existan en el proceso.*

*En esta reconstrucción el agraviado, el imputado, si voluntariamente quisiere concurrir, y los testigos, relataran los hechos en el lugar donde ocurrieron, teniendo a la vista, si fuere posible, los objetos relacionados con la infracción.”*³⁶

En el Sistema Mixto

Aquí esta reconstrucción puede ser realizada de oficio o a petición de parte, la diligencia se efectúa de manera oral y escrita debido a que en este sistema procesal priman, los siguientes principios de prueba: la contradicción, de inocencia, publicidad, oralidad del

³⁶ CODIGO de Procedimiento Penal del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones 2006 Quito Ecuador

juicio, igualdad procesal, prueba convencional y no convencional, pluralidad de instancia, revisibilidad de los fallos, juez natural, libre determinación de los alcances interpretativos en la valoración de las pruebas. La valoración de la prueba esta sujeta a la sana crítica racional o a específicas pautas legales.

La Definición de Reconstrucción de los Hechos

La reconstrucción de los hechos es la reanudación imitativa, descriptiva, testimonial y perceptiva de las conductas presumiblemente delictuosas perpetradas en determinables circunstancias.

Otros autores la describen de la siguiente manera: **Manuel Catacora Gonzáles** *"Es la diligencia en la cual se procura reproducir un hecho teniendo en cuenta la declaración de los protagonistas. Esto generalmente se produce cuando un sujeto inculpado reconoce haber efectuado un hecho y es necesario esclarecer algunas circunstancias"*.³⁷

Rodolfo Kádagand Lovatón *"La reconstrucción judicial, llamada también reconstrucción del hecho, consiste sustancialmente en la reproducción artificial del hecho delictivo, o de circunstancias y episodios de éste, o también de circunstancias y episodios atinentes a ciertos medios de prueba para verificar su exactitud, posibilidad o verosimilitud."* Víctor Cubas Villanueva *"Es decir repite el evento y para realizarlo requiere que previamente se haya recibido la instructiva, la preventiva y las*

³⁷ VILLANUEVA Haro Benito, La Reconstrucción de los Hechos y su Valor Probatorio en el Proceso Penal, ARA Editores, Lima Perú, 2003, Pág. 65

declaraciones testimoniales. En esta diligencia el Juez puede apreciar por sí mismo como se ejecutó el delito y la participación de sus actores, es una diligencia dinámica que se lleva a cabo en el lugar donde ocurrió el evento delictivo procurando que existan las mismas condiciones, de tal manera que se pueda apreciar la ubicación, la iluminación, visibilidad, las características de la zona, etc." **Cafferata Nores** "un acto procesal que consiste en la reproducción artificial e imitativa de un hecho, en las condiciones en que se afirma o se presume ocurrido, con el fin de comprobar si se lo efectuó o pudo efectuar de un modo determinado", **Domingo García Rada** "Esta diligencia persigue repetir el delito" **Eugenio Florián** "Consiste sustancialmente en la reproducción artificial del hecho delictivo, o de circunstancias o episodios de éste, o también de circunstancias y episodios atinentes a ciertos medios de prueba para verificar su exactitud, posibilidad o verosimilitud" **Carlos Creus** "Es la "teatralización" de las secuencias del hecho investigado, según las distintas versiones de sus protagonistas (incluidos imputados, víctimas, testigos) proporcionan, con el objeto de determinar la posibilidad (física) que se hubiese desarrollado del modo relatado" **Arsenio Oré Guardia** " Es el acto procesal que consiste en la reproducción artificial e imitativa del hecho materia del proceso en condiciones que se afirma o se presume que ha ocurrido, con el fin de comprobar si se efectuó o pudo efectuarse de acuerdo con las declaraciones y demás pruebas actuadas." **Mixan Mass** "un método de comprobación artificial que permite cerciorarse si es razonable admitir que el hecho imputado o un determinado comportamiento haya tenido lugar en las condiciones y en la forma aseverada en el proceso o inferidas del contenido de él" **Lanzilli** "aquellos actos en los

cuales poniéndose en acción causas idénticas o semejantes, se indagan los efectos que de ellos pueden resultar” ³⁸

Tratamos de verificar los hechos como sucedieron, reconstruyendo artificialmente o imitativamente, lo ocurrido en las condiciones en que se afirma o se presume ha ocurrido de cierta forma determinada, entonces buscamos la representación más exacta de los hechos materia de la imputación, donde concurren todos y cada uno de los participantes, aquellos indicios que han servido de premisa para la imputación fiscal quedan garantizados para el juicio, por que aquí se afirman como elementos de convicción para posteriormente en la etapa de juicio ser prueba.

El Dr. Ricardo Vaca Andrade *al respecto manifiesta: “A decir de Florián se trata de una representación tangible, aunque aproximativa de la realidad, con el propósito de revocar un proceso poniendo en juego todos los elementos materiales y personales que debieron contribuir a su formación. Los individuos y los objetos que se conjugaron para la producción del hecho, deberán ser puestos en movimiento en forma simultanea y coordinada, siguiendo los lineamientos en que se afirma o se supone que el acontecimiento ocurrió. Se trata en esencia, de una representación simulada del comportamiento que habrán observado los protagonistas del hecho a reconstruir.*

³⁸ VILLANUEVA Haro Benito, Obra citada

Como bien hace notar Nores, la sola reproducción del proceso no agota el contenido de la reconstrucción por que además se efectuara, simultáneamente, el reconocimiento del lugar, de personas y de cosas; e inclusive, se podría recibir o ampliar declaraciones, y, de ser necesario, levantar los planos, dibujar croquis, tomar fotografías etc. Desde luego que cada acción se ejecutará de acuerdo con la regulación específica de la ley procesal.

Cuando la reconstrucción es completa y bien ejecutada puede dar al juzgador una idea cabal de la forma como se realizaron los hechos y quienes son los responsables. En contra de este criterio se pronuncia Zavala Baquerizo cuando dice que “por múltiples razones facticas y jurídicas, la reconstrucción del hecho debe ser suprimida del texto legal, pues en nada auxilia a la correcta administración de justicia”,³⁹ opinión que no la compartimos por que consideramos que, bien llevada, puede ser un medio practico y eficaz para descubrir la verdad.”

Volvemos a repetir que esta diligencia bien realizada es una garantía de prueba por todos los movimientos realizados conjuntamente con los participantes, es así que es una garantía en el campo indiciario, si existen dudas el Fiscal al realizar esta reconstrucción de hechos fácticos tendrá una mayor visión de la situación criminosa para convertir en elementos de convicción todos y cada uno de los hechos o acontecimientos de la investigación.

³⁹ VACA, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal Vol. 2, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001, Quito Ecuador Pág 143.

f.- La prueba indiciaria, en el in dubio pro reo.

“El maestro FRANCESCO CARRARA, en cuanto a la duda refiriéndose a la hora del crepúsculo dijo que en tal evento: Se puede decir que el cielo esta en estado dudoso entre el día y la noche; pero nosotros, sin embargo, estamos positivamente ciertos de que aquello no es verdadero día ni verdadera noche si no crepúsculo”⁴⁰

El principio del in dubio pro reo es universal en el derecho penal, además una garantía procesal de carácter constitucional, el artículo 24 numeral 2 de la Constitución Política del Estado manifiesta: *“En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicara la menos rigurosa, aun cuando su promulgación fuere posterior a la infracción y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicara en el sentido más favorable al encausado”*.⁴¹

Nuestro legislador establece que la aplicación en caso de duda se da por conflicto entre dos leyes o entre dos normas, el principio in dubio pro reo se aplica, cuando de los medios probatorios se deriven elementos capaces de crear un estado de duda en el animo de los juzgadores, acerca de la autoría o participación del justiciable en los sucesos acusados ex-ante, de manera de que no todo razonamiento hipotético debe conducir necesariamente a crear un juicio de duda en el animo de los juzgadores, cuando se busca la aplicación del principio in dubio pro reo, la duda debe ser cierta,

⁴⁰ URAZAN Bautista Juan Carlos, El In Dubio Pro Reo, Leyer Editorial, Bogota-Colombia, 2001, Págs. 17,18

⁴¹ Constitución Política del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones.

esencial fundada, es decir sustentada en el análisis de los elementos probatorios, de tal magnitud que nos permita realizar una conclusión certera en uno u otro sentido. Entonces la prueba indiciaria debe ser objeto de un estudio en conjunto, lógicamente concatenado para determinar si ofrece una explicación válida de un hecho en duda.

La prueba indiciaria ha de valorarse de manera integral, con estricto apego a la lógica y a lo que derive de la experiencia, tomando asimismo en cuenta todos los elementos integrantes de cada indicio, temporales, espaciales, modales y los correlativos que puedan establecerse, en vez de fragmentarlos e intentar un examen aislado y desprovisto de sentido.

En todos los casos resulta aplicable el principio del in dubio pro reo, es decir que la parte acusadora, entendemos el Ministerio Público o querellante, no logran conseguir fijar en la mente del juzgador la veracidad del hecho ilícito, por medio de las pruebas sometidas a su conocimiento y valoración según las reglas de la sana crítica racional, un juicio de no certeza acerca de la responsabilidad criminal del imputado, se debe proceder a absolverlo aun ante la duda razonable, que pueda quedar latente, acerca de su participación criminal en los hechos acusados en su contra, hasta la declaratoria de culpabilidad, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido, entonces la prueba indiciaria debe superar la duda razonable, llegar a la certeza, como entendimiento lógico y sencillo del juez.

Este principio no solo opera para la interpretación de las normas de carácter procesal, también opera para la interpretación de las disposiciones de naturaleza sustancial, en mayor jerarquía la de carácter constitucional, por ende la prueba indiciaria debe romper la duda del juzgador, para que tenga desde su inicio una aceptación de peso para la imputación fiscal.

g.- en cuanto a la autonomía y decisión personal del juez.

El artículo “86 del Código de Procedimiento Penal establece: *Apreciación de la Prueba: Toda prueba será apreciada por el juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana critica.*”⁴² Paralelamente la ley establece la forma como debe apreciar la prueba, expresamente señala que es de acuerdo con las reglas de la sana critica, digo paralelamente por cuanto la autonomía o decisión personal del juez tiene un cúmulo de conocimientos y requisitos de formación ligados a la experiencia tanto personal como profesional, sin embargo esa decisión en el fondo no es tan personal ni tiene autonomía por que como hemos anotado la ley establece requisitos de procedibilidad que cumplir bajo el parámetro de la ley.

El estudio de la sana critica es muy amplio, se ha prestado para diferentes interpretaciones y largos debates en el campo jurídico, en cuanto al tema trataremos de dar una visión simple, entendible, entonces diremos como expresa **Enrique M. Falcón**

⁴² CODIGO de Procedimiento Penal del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006

en su tratado sobre la prueba, la Sana Crítica es: *“Para poder comprender la adecuación del concepto de sana crítica y su aplicación a los diversos procesos, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la sana crítica no es un elemento nacido del proceso, si no de la metodología científica aparecida con el iluminismo, y que su aplicación al proceso es una variante científica. Por ello podemos decir que la sana crítica es un método científico, que tiene por objeto formar, por su intermedio, certeza en el magistrado, respecto de los hechos, para poder decidir las causas. Obsérvese bien que la sana crítica incluye, dentro de sí, la consideración de los hechos fijados por prueba tasada, de modo tal que este modo de apreciación de la prueba excede la división tradicional entre prueba tasada y prueba no tasada, para constituirse en un método global de la causa, y este método debe ser adaptado a las reglas del sistema procesal al que se aplique. Recuérdese también que hemos dicho que el método se extrae de las normas legales y jurisprudenciales, de los principios y sistemas del ordenamiento a aplicar, para concluir con la aplicación de las reglas de la comunicación y la argumentación en el discurso final.”*⁴³

Con esto notamos que la decisión personal y autonomía del juez solo existe para el proceso, no para la valoración de la prueba, por que esta responde a principios del derecho y la ley, ya que cumple principios científicos, doctrinales, los cuales llevan a un mejor acervo valorativo por parte del juez, entonces la decisión personal esta en el peso o en el lado subjetivo de la prueba, así también del mismo modo en cuanto a la autonomía de este se encuentra enmarcado en los mismos parámetros.

⁴³ FALCON Enrique, Tratado de la Prueba Tomo I, Editorial Astrea 2003, Pág 601,602

h.- En la Cadena de custodia.

En nuestro sistema procesal actual no se ha legislado en cuanto tiene que ver con la cadena de custodia, después de pocos años de vigencia del Código de Procedimiento Penal se hacen esfuerzos para poder poner en práctica este sistema, en el presente trabajo trataremos de realizar un estudio somero por ser muy amplio su campo de acción.

En la cadena de custodia funciona el sistema de evaluación científico procesal, por ende vamos a encontrar diferentes conceptos, parámetros de acción de este tipo de evaluación, el análisis se coordinara con la legislación vigente de nuestro país, la doctrina y de ser necesario nos conectaremos con la jurisprudencia.

Rubén Darío Angulo González manifiesta: *“La cadena de custodia es el documento escrito en donde quedan reflejadas todas las incidencias de una prueba. En este documento se reflejan los movimientos y acciones ejercidas sobre la prueba.*

La cadena de custodia se basa en los procedimientos que aseguran la características originales de los elementos físicos de prueba, comenzando desde la protección de la escena, recolección, embalaje, transporte, análisis, almacenamiento, preservación, recuperación y disponibilidad final de estos elementos e identifica a los responsables en cada una de las etapas.

La cadena de custodia tiene como objeto demostrar que las muestras y objetos analizados, en cualquier tiempo, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos.

La cadena de custodia se debe llevar a cabo científicamente. Nunca se debe olvidar que este proceso compromete no solo a quien obtiene la evidencia en la escena de los hechos, sino también a secretarios, técnicos, jueces, fiscales, laboratorios, médicos forenses etc.

La cadena de custodia asegura la autenticidad de la evidencia, y optimiza la investigación criminal. Toda muestra o elemento probatorio deberá ser sometido al registro de la cadena de custodia. La cadena de custodia comprende aspectos muy complejos, por lo tanto se requiere ser muy estricto en el cumplimiento de las normas. La evidencia debe someterse al rigor científico, y debe tenerse en cuenta que lo técnico se refiere a los elementos que utiliza el método científico. La técnica son los procedimientos de actuación en las fases del método científico. En la recolección de evidencias se aplican las técnicas, teniendo en cuenta los procedimientos científicos y dando como resultado la cadena de custodia de la evidencia.

Cuando se recibe la prueba, la autoridad que tiene a cargo la investigación, debe estar en comunicación permanente con todas las personas que tuvieren que ver con la prueba, para aclarar toda duda que se le presente.

Se debe entender que todos los documentos de la investigación como las actas, los oficios y demás papelería que acompaña a la evidencia son también objetos de la cadena de custodia.

Los funcionarios como secretarías, escribientes, mensajeros, auxiliares y otros, deben conocer los procedimientos de la cadena de custodia, y llevar el control y registro de sus actuación directa dentro del proceso.

La cadena de custodia garantiza la seguridad, preservación e integridad de la evidencias. Establece la posesión de la evidencia en cualquier momento.

La cadena de custodia tiene por objeto garantizar que ninguna de las partes en el proceso judicial ponga en duda la integridad de la evidencia.

La cadena de custodia es la garantía procesal que afirma verazmente que el elemento de prueba en el juicio es el que fue recaudado o practicado, y que su integridad no ha sido sustituida o alterada a lo largo del proceso penal.”⁴⁴

La ciencia ha evolucionado en el campo del Derecho Penal, en especial en la valoración científico procesal, en la preservación de la evidencia, lo que se denomina la cadena de custodia, entendemos que localizamos el lugar del hecho criminoso, donde encontramos

⁴⁴ ANGULO Rubén Darío, La Cadena de Custodia en Criminalística, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogota D.C Colombia 2005 Págs. 1 y 2

y documentamos los indicios, los cuales serán examinados por personal especializado y calificado de los departamentos y unidades de Criminalística de la Policía Judicial, los cuales tienen como misión primordial proteger la integridad de los indicios y evidencias, si la integridad de la evidencia, y los indicios es puesta en duda puede ponerse en riesgo el proceso, quizá lograr la impunidad de un delito.

Diremos que la Cadena de Custodia es el conjunto de procedimientos tendientes a garantizar la correcta preservación de los indicios encontrados en el lugar de los hechos, durante todo el proceso investigativo, desde que se produce la recolección hasta sus valoración por la autoridad pertinente cuando se ha realizado como prueba.

Existen elementos trascendentes de la cadena de custodia así tenemos:

- 1.- El control, por medio del cual se identifica e individualiza los indicios o evidencias físicas, el seguimiento y registro de los procesos de entrega y recepción de las mismas.
- 2.- La seguridad, medidas físicas y administrativas establecidas para el resguardo de indicios o evidencias físicas en lugares determinados, a fin de evitar extravíos, hurtos, cambios, entre otros.
- 3.- Medidas de preservación, procedimientos dirigidos a garantizar la inalterabilidad de muestras, por indebido tratamiento de las mismas o por un incorrecto almacenamiento.

En nuestra legislación tenemos el marco legal que ampara la Cadena de Custodia así tenemos:

El artículo 219 de la Constitución Política del Estado otorga al Ministerio Público la prevención en el conocimiento de las causas penales, dirigir y promover la investigación preprocesal y procesal penal.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Ministerio General organizará y dirigirá un cuerpo policial especializado y un departamento médico legal.

El artículo 2, inciso tercero de la ley orgánica del Ministerio Público dispone que la Policía Judicial esté a órdenes del Ministerio Público para el cumplimiento de sus funciones.

El artículo 4, literales b) y d) de la ley orgánica de la Policía Nacional en concordancia con los artículos 54 literal c) y 56 del mismo cuerpo legal, otorga a la Policía Nacional las funciones de prevenir la comisión de los delitos, investigar las infracciones penales y la aprehensión de los presuntos infractores.

El Código de Procedimiento Penal en el libro cuarto, Título I, Capítulo I, artículos del 207 al 214, establece las funciones que debe cumplir la Policía Judicial como órgano auxiliar del Ministerio Público y de la administración de justicia.

El artículo 91 del mismo cuerpo manifiesta: *“La prueba material consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios o en los instrumentos con los que se cometió, todo lo cual debe ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa del juicio y valorado por los tribunales de justicia.* ⁴⁵

El artículo 209, inciso sexto, determina que corresponde a la Policía Judicial preservar los vestigios del delito y los elementos materiales de la infracción a fin de que los peritos puedan reconocerlos y describirlos de acuerdo con la ley.

El artículo 216, incisos dos y ocho, respectivamente dice que el fiscal deberá reconocer los lugares, resultados, huellas señales , armas objetos e instrumentos conducentes a establecer la existencia del delito e identificar a sus posibles responsables, conforme a lo dispuesto en el capítulo de la prueba material, además disponer que la Policía Judicial recoja, custodie y preserve los objetos, documentos e instrumentos que puedan servir para asegurar las pruebas del delito y la identidad de sus autores, y cuide que tales señales no se alteren, borren u oculten. De ser posible y necesario realizará u ordenará que se realice el levantamiento de un croquis del lugar donde se cometió el delito y se obtengan fotografías, grabaciones u otras pericias criminalísticas.

El reglamento de la Policía Judicial en el artículo 65 manifiesta.: *” Bajo la dirección de los fiscales, corresponde a los departamentos de Criminalística, acudir al lugar de los*

⁴⁵ CODIGO de Procedimiento Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006

hechos para proteger la escena del delito, buscar, fijar, levantar, etiquetar las muestras dando inicio a la cadena de custodia, y analizar todos los indicios, señales o evidencias sobre un presunto hecho delictivo, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.” ⁴⁶

“Protección y Valoración de la Escena.

Para poder determinar lo que ha sucedido y reconstruir lo acontecido en el lugar de los hechos, es importante estudiarlos, verificando y recolectando todos los indicios, lo cual es materialmente imposible cuando la escena no ha sido protegida, conservada adecuadamente, he allí la importancia de mantener una correcta cadena de custodia.

El Policía o agente que acude al lugar de los hechos, debe cuidar que ninguna persona toque, mueva o altere el lugar, es decir, proteger, preservar y asegurar la escena para evitar la pérdida o alteración de los elementos físicos indicios, para que todo indicio conserve su situación, posición y estado original, por lo que se debe realizar el siguiente procedimiento:

1.- El acordonamiento del lugar de los hechos así mismo impedir el acceso o entrada de personas extrañas o curiosas, propietarios o familiares, ya que pueden alterar la escena o contaminar la evidencia.

⁴⁶ Primer Taller Interinstitucional Contra el Crimen Organizado, Quito 16 de Agosto del 2007

2.-El fiscal o la Policía Judicial deberá tomar posesión de la escena y realizará una descripción escrita y detallada del lugar, dejando constancia de la persona que entrego la escena.

La observación de la escena.

Esta observación consiste en el examen completo, metódico y metucioso del lugar de los hechos, con el fin de encontrar todos los indicios posibles para determinar su relación con el hecho.

Para poder tener éxito en la observación es importante tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

- 1.- Programar las actividades que puedan llevarse a cabo en el lugar de los hechos.
- 2.- Especificar cuales son las situaciones y responsabilidades del personal que realizará la inspección.
- 3.- El plan de trabajo dependerá de las características generales del lugar, si se trata de un espacio abierto, cerrado o mixto.
- 4.- Actuar con calma, seriedad y profesionalismo.
- 5.- aceptar que no existe nada tan insignificante que no se considere importante.
- 6.- Establecer métodos de observación de acuerdo al tipo de escena.

Recolección, embalaje, rotulación y traslado de indicios al laboratorio de Criminalística o bodega de la Policía Judicial.

El personal de la Policía Judicial, ejecuta todas las acciones de orden técnico, con el fin de recolectar, embalar, rotular y transportar los indicios a los departamentos de Criminalística, unidades de apoyo criminalístico y/o Policía Judicial, ingresando al centro de acopio de evidencias bodega o almacén de evidencias, en condiciones de preservación, seguridad, de tal forma que se garantice la identidad, continuidad y registro de los elementos físicos según su naturaleza:

1.- Inicia con la observación y búsqueda de indicios, la fijación fotográfica y planimétrica del lugar de los hechos, y termina con la entrega de los indicios en el centro de acopio de evidencias.

2.- Quien entrega y quien recibe los elementos físicos, indicios o evidencias, deben verificar que el embalaje, rotulado, este perfecto e integro, registrando en el formato de cadena de custodia. En el caso de detectar alguna alteración en el embalaje y rotulado se debe dar parte al jefe, superior jerárquico o autoridad competente, dejando constancia escrita de ello en el formato, y si es posible se deberá fijar fotográficamente, la anomalía.

3.- El Fiscal o autoridad competente dispone del envío de los elementos físicos de prueba, ya sea al laboratorio, a la bodega de evidencias de la Policía Judicial o a la dependencia que haga sus veces, teniendo en cuenta los principios de pertinencia, utilidad y legalidad de la prueba.

4.- Los peritos de los departamentos de Criminalística y/o unidades de apoyo criminalístico, examinan los elementos físicos de prueba, indicios siguiendo las técnicas y procedimientos establecidos según el caso, y elaboran el informe pericial al Fiscal o autoridad competente, dejando constancia en el formato de cadena de custodia de su actuación.

Ingreso y custodia de los elementos físicos, indicios o evidencias en el centro de acopio, bodega o almacén de evidencias.

Esta se desarrolla con la finalidad de garantizar las condiciones de ingreso y almacenamiento de los elementos físicos, indicios o evidencias, en condiciones de seguridad y preservación.

El procedimiento a seguir será:

1.- El Fiscal o autoridad competente debe disponer u ordenar el envío de los elementos físicos, indicios o evidencias, que servirán como prueba, al centro de acopio de evidencias bodega, almacén, o dependencia que haga sus veces.

2.- El encargado de recibirlos, deberá hacerlo verificando su embalaje y rotulado, lo clasifica y ubica dentro del local, efectuando los registros correspondientes, formato de cadena de custodia y el sistema de registro manual o electrónico con que se disponga.

3.- Quien entrega y quien recibe los elementos físicos, indicios o evidencias, deben verificar que el embalaje y rotulado este perfecto e integro sin tachaduras, enmendaduras, desprendimientos, etc. Registrando en el formato de cadena de custodia.

4.- El custodio de los elementos físicos indicios o evidencias, cuando estos sean solicitados deberá adoptar el procedimiento establecido y llenando los formatos y registros correspondientes.

El custodio o responsable del centro de acopio, bodega o almacén de evidencias

Es una persona con conocimientos básicos en el archivo, registro y almacenaje de documentos y elementos físicos indicios o evidencias, su función específica será:

La recepción y entrega de indicios o evidencias mediante el registro adecuado de la información, tanto en el formato de cadena de custodia como en el registro de sistema manual o electrónico de la dependencia, considerando la naturaleza de los elementos, es decir, si son sólidos, líquidos o gaseosos, además deberá ubicarlos y clasificarlos según su volumen, peso, cantidad, clase de sustancia y riesgo que representa.

Tenemos por ejemplo: Fluidos corporales, semen, sangre, orina, saliva, entre otros, armas de fuego y municiones, armas, cartuchos, vainas, balas, postas, tacos, perdigones, etc., armas blancas y contundentes, prendas, impresiones, documentos, huellas digitales,

alimentos y drogas, material explosivo e incendiario, líquidos, pelos y fibras, sogas y cuerdas, jeringas, vidrios, entre otros, documentos, cassetes de audio, de video, etc.

Consideraciones para el éxito de la Cadena de Custodia

1.- En la recolección de indicios, siempre debe utilizar elementos de bioseguridad, embalaje en los recipientes adecuados, con el fin de asegurar y conservar las características originales de los elementos físicos.

2.- Identificar el indicio y/o evidencia tan pronto como haya sido tomada en posesión, dando a cada pieza un número de referencia y acompañando una anotación, sobre donde y cuando fue tomada en custodia, fecha y hora.

3.- En cada traslado o traspaso, el embalaje debe estar perfecto e integro sin cortes ni alteraciones.

4.- El rotulado del elemento físico no debe presentar tachaduras o enmendaduras, y debe identificar plenamente al elemento.

5.- El almacenaje de los elementos físicos, indicios o evidencias debe ser en condiciones ambientales adecuadas para conservar las características y propiedades originales de los elementos físicos, ubicándolos en el espacio apropiado para que no contaminen entre si.

6.- El formato de la cadena de custodia y el sistema de registro manual o electrónico debe ser llevado de una manera completa y organizada, identificando plenamente los traslados y traspasos, la identidad de los custodios y las acciones realizadas durante todo el proceso de cadena de custodia.

7.- Conservar un correcto inventario de indicios y/o evidencias en custodia.

8.- Devolver la evidencia a su propietario al final del proceso, con la documentación de descargo y la firma correspondiente de la persona que la recibe.⁴⁷

En la evaluación científico procesal la prueba indiciaria tiene gran importancia debido a la manera como se la maneja o se la preserva hasta llegar a ser realmente una prueba, con lo anotado vemos su grado de validez y trascendencia dentro del proceso penal.

Capítulo III INFLUENCIA CRECIENTE DE LA PRUEBA INDICIARA EN LAS DIFERENTES TEORIAS DEL DELITO

a.- Con la teoría finalista de la acción.

La *teoría finalista del delito o de la acción*. Para la explicación *causal* del delito la acción es un movimiento voluntario físico o mecánico, que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal conducta. La teoría

⁴⁷ Primer Taller Interinstitucional obra citada

finalista del delito entiende la conducta como un hacer voluntario final, en cuyo análisis deben considerarse los aspectos referidos a la manifestación exterior de esa finalidad. Más recientemente, las doctrinas funcionalistas intentan constituir un punto de encuentro entre finalistas y causalistas. Cabe destacar en esta línea Roxin en Alemania o De la Cuesta Aguado en España, entre otros.

la estructura finalista del concepto de delito, se inicia en el abandono del concepto de injusto personal, propio de la teoría finalista, para introducirse poco a poco en doctrina y jurisprudencia las aportaciones político-criminales de un concepto funcionalista del delito orientado a sus consecuencias. Quizá la aportación más significativa al concepto de delito del funcionalismo moderado sea la denominada "Teoría de la imputación objetiva" que introduce el concepto de riesgo en la tipicidad, buscando la moderación, en unos casos, de la amplitud de las conductas inicialmente susceptibles de ser consideradas como causa y en otros, la fundamentación de la tipicidad en base a criterios normativos en aquellos supuestos en los que ésta, la tipicidad, no puede fundamentarse en la causalidad como sucede en los delitos de omisión, algunas modalidades de delitos de peligro.

Estructura del delito

A partir de la definición usual de delito (*acción típica, antijurídica y culpable*), se ha estructurado la teoría del delito, correspondiéndole a cada uno de los elementos de aquélla un capítulo en ésta. Así se divide esta teoría general en: **acción** o **conducta**,

tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (aunque también algunos autores agregan a lo anterior, la **punibilidad**).

No obstante, aunque hay un cierto acuerdo respecto de tal definición, no todos le atribuyen el mismo contenido. Así son especialmente debatidas las relaciones entre sus diversos elementos y los componentes de cada uno de ellos.

La acción

La conducta humana (acción u omisión) es la base sobre la cual descansa toda la estructura del delito. Si no hay acción humana, si no hay conducta, no hay delito. Sin embargo, el concepto de acción engloba igualmente el de omisión, en la cual existe una conducta en la que conscientemente se evita una acción concreta.

Constituye el soporte conceptual de la teoría del delito y el eje de la consideración axiológica y natural del hecho punible.

El concepto de acción

Una de las principales funciones del concepto de acción es servir de límite o filtro para seleccionar previamente las acciones que pueden ser relevantes para el Derecho penal.

El concepto de acción ha experimentado una evolución en la que se han entremezclado puntos de vista filosóficos, político-criminales y dogmáticos.

Concepto finalista de acción

Mediante la anticipación mental y la selección de medios, el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia determinados fines. El dolo está en el tipo y no es conciencia del injusto.

Se subjetiviza el injusto y se desubjetiviza y normativiza la culpabilidad, los finalistas se basan en temas antológico-fenomenológicos que intentan poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano, anotando un concepto prejurídico de acción, para construir a partir de una constitución ontológica de la misma, un sistema que le viene previamente dado al legislador, de estructuras lógico objetivas con perspectivas permanentes e incommovibles.

Para **Welzel**, la acción humana es el ejercicio de la actividad final, y la "finalidad" o "carácter final" de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos.

Actividad final es, en consecuencia, una producción consciente de efectos partiendo de un objetivo, la cual supradetermina finalmente el curso causal externo.

Para Welzel, la acción humana esta encaminada a un fin objetivo. Según Welzel existen ciertos limites que el Derecho Penal debe tomar en cuanto a la acción, y es que el concepto de acción, propiamente tal, es suprajuridico.

La acción humana, como tal, tiene como fundamento el encaminarse hacia un fin determinado, por lo que la acción humana es una conducta dirigida a un determinado fin que incluiría elementos internos (motivaciones, intenciones, voluntad, análisis de medios, decisión) y elementos externos (los medios elegidos para encaminar la acción al fin determinado).

Welzel señala que no puede existir un concepto de acción creado por el Derecho Penal, sino que este concepto es antológico, esta idea de acción contraria plenamente a la teoría Casualista de la Acción.

En cuanto a la prueba indiciaria se pone de manifiesto con esta teoría que la definición general de delito es: Un acto típico, antijurídico, culpable, sancionado con una pena, entonces diremos en lo que se refiere a la tipicidad, la legislación adjetiva establece la norma, la cual estipula los indicios, es decir tiene relación con el nexa causal y sus diferentes requisitos normados en los artículos 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal.

Antijurídico, por ser un acto contrario a la norma, en el campo del derecho adjetivo, tiene relación con el bien jurídico protegido dentro del cual al violentar este parámetro aparecen los indicios es decir en la fase externa del hecho criminoso.

Culpable, se han valorizado los indicios por cuanto estos han adquirido la calidad de prueba, entonces el sujeto activo del delito ha obrado con voluntad y conciencia.

Sancionado con una pena, todos los indicios se han realizado como prueba, demuestran que la conducta del sujeto activo del delito realizó una conducta reprochable, por lo tanto se hace merecedor de una pena o sanción por parte del juzgador, entonces la prueba indiciaria tiene una profunda relación y desarrollo en la teoría finalista de la acción como hemos visto.

b.- En la teoría de la Imputación Objetiva.

Muchos tratadistas consideran a esta una verdadera teoría del delito como Jakobs, Roxin, entre sus mayores representantes, otros consideran que no es tal así lo manifiesta el profesor **Marcelo Sancinetti** cuando dice: *“la teoría de la imputación objetiva no es propiamente una teoría, en el sentido de que configure un cuerpo armónico de proposiciones teóricas homogéneas. Mas bien es el nombre con el que hoy son aglutinados diversos principios delimitadores o correctivos de la tipicidad de una*

*conducta punible, especialmente de aquellas formas de conducta que la ley describe de modo relativamente abierto...”.*⁴⁸

Sin embargo esta es una corriente que en el campo penal cada día toma fuerza para la aplicación y transformación de la ley penal en muchas partes del mundo, por ello tiene una estrecha relación con la prueba indiciaria como lo veremos en posteriores líneas de este estudio, de una manera sucinta analizaremos los principales parámetros o postulados de esta teoría relacionados con el tema de estudio como es la prueba indiciaria en el proceso penal de nuestro país, incluso hoy puedo decir que existen ya resoluciones de jurisprudencia al respecto, dictadas por la Corte Suprema de Justicia, sin olvidar que una nueva teoría del delito siempre por muchos años tendrá un debate sin fin que puede ser ventajoso para el derecho penal, en especial cuando se trata de juzgar la conducta de los seres humanos en sociedad.

Expondremos unos breves antecedentes, su descripción, esta teoría se impuso en Alemania a partir de los años 70 gracias al giro hacia una dogmática penal fundada políticamente, que ha permitido la superación del antiguo dogma causal. para determinar cuando se va a imputar una acción al sujeto, primero es necesario verificar lo que significa esta acepción, de acuerdo a lo siguiente: “imputación” o “atribución” se da cuando determinada acción humana y su resultado se encuadran en un tipo penal, y como consecuencia de tal encuadramiento se decide o no la existencia de

⁴⁸ SANCINETTI Marcelo, Teoría de la Imputación Objetiva, Universidad Externado de Colombia Bogota-Colombia, 1998, Pág. 101

responsabilidad penal, criterios de la teoría de la imputación objetiva: determinan la creación de un riesgo no permitido realización del riesgo no permitido en el resultado.

El alcance del tipo o fin de protección de la norma, la creación de un riesgo no permitido. para determinar que es el riesgo no permitido, primero vamos a dar una definición de lo que es el riesgo permitido. El riesgo permitido es una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante pero que de modo general está permitida. (Manejar observando las reglas de tránsito.) Por ejemplo: A conduce por la avenida observando todas las reglas de tránsito y atropella a B que se le atraviesa y muere, en este caso a no ha creado un riesgo no permitido porque la muerte de B no le es imputable. Únicamente en el supuesto de que condujera dicho sujeto a en estado de ebriedad o con exceso de velocidad entonces sí sería autor de un homicidio ya que crearía un riesgo no permitido y un peligro. Riesgo no permitido: cuando la ley prohíbe una conducta como abstractamente peligrosa, de modo tal, que la conducta entraña un riesgo no permitido: manejar ebrio, conducir vehículo con exceso de carga, etc.(el ejem: el chofer que sabe que no le funcionan los frenos y así se va para entregar la mercancía que transporta, él está creando un riesgo no permitido independientemente del resultado que se ocasione.) los cursos causales extraordinarios: sí hay peligro pero no son relevantes por improbables, inesperados o sorprendidos, por lo que no hay la creación de un riesgo no permitido. Ejem: el del sujeto que lleva a su tía al bosque en una noche de tormenta, con la esperanza de que le caiga un rayo y ésta muera y así poder heredarla. Así como el ejemplo del sobrino que sube a su tío al avión con la esperanza de que se accidente, éste se accidenta y muere, pero el subir al tío al avión no constituye una conducta

penalmente relevante y si el resultado se produjo éste no depende del sobrino sino de una probabilidad, del azar, que tanto puede como no darse. Prohibición de regreso se da cuando alguien que crea una determinada situación es garante de que otro no la continué hasta producir una consecuencia delictiva. Ejem: el comerciante de herramientas no responde de las consecuencias si vende sus mercancías a un ladrón que las utiliza para robar. el empleado de una gasolinera que llena el tanque de un vehículo no apto para el transito, no atañen por esa actuación las consecuencias que se deriven de su circulación posterior principio de confianza se trata de casos en que alguien es garante de la evitación de un curso de daño, pero dicho curso no se tornara nocivo si todos los intervinientes se comportan o se han comportado correctamente este principio excluye la imputación en la imprudencia cuando quien actuó conforme a derecho lo hizo confiando en que los demás también lo harían y como consecuencia de su conducta confiada, se produjo un resultado típico ejem: el medico utiliza un bisturí con la confianza de que habrá sido adecuadamente esterilizado cuando alguien recoge un vehículo del taller de reparaciones y confía en que los frenos han sido reparados por el mecánico, cuando los alpinistas escalan en grupo este principio otorga libertad de acción a pesar de un peligro de un desenlace negativo, pues de este peligro ha de responder otra persona, de la exposición y desarrollo de dicha teoría, esta teoría intenta determinar con carácter general las propiedades objetivas que han de concurrir en un comportamiento para que éste sea imputable a un autor para a partir de esta atribución, iniciar el análisis de la exigencia de responsabilidades penales.

Podemos decir que el riego no permitido indiciariamente, es aquella preparación o planificación previa para la ejecución del acto ilícito, es ahí donde se rompe el riego permitido es decir comienza a operar la tentativa, que indiciariamente ya deja sus huellas rastros o vestigios, incluso podemos manifestar que existe ya el azar dentro de este campo como vamos a ver a continuación.

La existencia del "azar" se ha dicho que la teoría subjetiva del ilícito, otorga demasiada importancia al concepto del "azar" pasando por alto que incluso en la "tentativa" inacabada el azar se encuentra presente. Esta crítica no merece mayores comentarios, pues de su propia formulación se desprende la inconsistencia. Si bien es posible que algo de "azar" se encuentre presente en la progresión de los pasos del plan del autor en la tentativa inacabada, ese "azar" resulta diferente de aquél existente entre la tentativa acabada y el resultado, donde de lo se trata es del "puro azar". De todas formas deberían los críticos explicar porqué imputan más azar, en lugar de reducirlo en el marco del injusto. El argumento de los críticos, parece por lo tanto tremendamente incompleto, pues aun existiendo una dosis de azar en el poder seguir adelante, con la ejecución "ella estaría siempre al menos acompañada de una voluntad rectora, la cual ya no puede estar más presente durante el tramo que corre entre el agotamiento de la tentativa y el resultado exterior. Dicho a la inversa, tras ello solo resta casualidad, mientras que antes de ello está siempre presente (al menos también) el aspecto volitivo de la motivación.

Esto da un valor trascendente a todos los indicios o prueba indiciaria, es decir con la simple planificación se puede vincular a individuo dentro del ilícito, incluso solo por el

simple hecho de planificar y no ejecutar el acto se ha roto el riego permitido y podría ser sancionado o penado de conformidad con esta teoría.

La inconsistencia de la teoría con la ley positiva, también se ha dicho que esta teoría no corresponde con el derecho positivo vigente. Esta crítica resulta por demás pobre, pues aquellos que la levantan suelen tener posiciones doctrinales que tampoco corresponden con la ley positiva vigente. Pero lo esencial es que justamente la teoría no debe porqué tener una correspondencia con un cuerpo normativo dado.

Pues si ello fuera cierto, antes de la creación de la norma no habría teoría, o al menos una válida que se correspondiera con la norma aún no sancionada. Luego de la norma no habría ciencia, pues toda construcción dogmática tendría que referirse a la norma dada: "quien se quedara en la explicación de las soluciones de un derecho positivo concreto no sería más que el intérprete de un texto. Por otro lado, los críticos pasan por alto que no hay en la actualidad ningún sistema legal que esté dominado por una teoría, sino que las regulaciones se van trasladando con la influencia de las diversas teorías que confluyeron en su redacción o sus reformas.

En todo caso la dogmática enseña que modelo debería seguir un legislador, si pretendiera sancionar un código armónico y coherente, por lo tanto esta crítica no alcanza trascendencia jurídica.

La teoría termina por sancionar los actos preparatorios, también se ha dicho que en la medida que se sostenga que la simple voluntariedad exteriorizada contraria a derecho es lo que fundamenta el castigo, se puede terminar sancionando cualquier acto preparatorio, contrariando la máxima "cogitationen nemo patitur". Esta crítica confunde el "dolo" con la "voluntad", pues si como se dijo anteriormente el "dolo" no es la "voluntad", sino que es el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, nunca pueden ser sancionados los actos preparatorios, pues los mismos no constituyen un "riesgo jurídicamente reprobado", ya en la etapa objetiva del injusto, desde esta posición la crítica parece estrecha y no merece mayores comentarios.

El resultado como exteriorización del dolo por otra parte se sostuvo que el "resultado" hace más perceptible la violación del norma, o que es la única prueba segura "de la peligrosidad que acuñaba la conducta ex ante". Esta crítica envuelve en su interior un "mito" que pretende solamente inferir el "dolo" con la existencia del resultado. Pero además no resulta cierta. En primer lugar si A y B disparan contra C y D a la cabeza y por efecto del azar C muere con el disparo de A, mientras que D queda cuadripléjico y con el proyectil (que arrojó B), alojado en la cabeza, no se explica desde que punto de vista el hecho de A que culminó en la muerte de C haga más perceptible la violación a la misma norma cometida por B, por el sólo hecho de la continuidad de la vida de D en esas condiciones. Por el contrario uno podría argumentar que la "violación de la norma" se hace más perceptible en el hecho de B, pues cualquiera que mire en el futuro a D (y como quedó), podrá advertir dicha violación, mientras que la acción de A sólo seguirá perceptible en el tiempo para los deudos de C. El segundo argumento es más corto que

el primero, pues si A dispara a B en la cabeza, y posteriormente B muere en la cama de un hospital el "dolo" de A estaba claro ex ante de la muerte de B, no cambia la imputación de su conducta por la muerte de B en el hospital, mientras A estaba en una celda. Por supuesto que no da lo mismo en los hechos que una persona continúe viva a que muera, pero si aquello que se imputa es el "riesgo generado" (objetivamente), de forma dolosa (con conocimiento), la existencia o no del resultado resulta indiferente para la imputación del injusto. Una sociedad no podría estar tranquila en su configuración normativa, si supiera que la norma que reza "no matarás" sólo deberá ser restablecida una vez que uno "ha muerto". En todo caso este argumento debería llevar a una mayor consideración de la punición por tentativa, pues la única forma de evitar la muerte es con la represión de las acciones que tienen entidad para generarla, esta crítica "es más bien una declamación no un argumento". El resultado como tendencia de la acción riesgosa también se ha dicho que el resultado es en definitiva aquello que fundamenta la acción "prohibida" realizada, y que por lo tanto "la acción exitosa es, ya antes de la producción del resultado, la objetivación lograda de un dolo, lo que no tiene éxito, no lo es, aun cuando en numerosos casos el logro no pueda ser sabido antes de la producción del resultado". Ciertamente la consumación demuestra que la acción era ya antes "capaz de resultado", pero esto no demuestra que no fuese capaz de fracasar "del mismo modo que la frustración no prueba por sí que la acción no tuviera igualmente capacidad (eventual) de resultado, lo cual en la llamada tentativa "idónea" sucede siempre". "El resultado exterior, al igual que el movimiento corporal exitoso, no puede asegurarlo el autor en el momento de motivarse, de desautorizar la norma; él puede motivarse siempre con tendencia a una meta determinada; que la meta sea alcanzada o

no, va más allá de su "defecto volitivo", y por lo tanto, tampoco puede tener lugar en el concepto del ilícito" .La repetida expresión de Gunter Jakobs respecto que: *"el comportamiento, si se le priva de su referencia al resultado, carece de toda vinculación con algo delictivo, esto es, no resulta posible constatar que esté prohibido, y también es completamente insulso en relación con el criterio de los "órdenes históricamente generados"*,⁴⁹ es plenamente válida para la configuración del riesgo prohibido, pero tremendamente pobre para justificar la imputación por resultados. Esto ha de ser así por cuanto la "referencia al resultado" es lo que permite por intermedio de los "órdenes históricamente generados" tener por configurada una acción dentro del marco del riesgo prohibido, cargar en la misma mochila el "azar" propio del mundo de la naturaleza consistente en la definitiva y efectiva producción o no del resultado es otro asunto. Aclarando el asunto A dispara sobre B con un arma, apuntando al pecho, los "órdenes históricamente generados" permiten decir que una acción de esta naturaleza es capaz de causar la muerte de B, y por ello ingresa dentro de la norma que reza en general "no mataras", y que se proyecta en el caso concreto como "no dispararás sobre otra persona apuntando al pecho" (esto es conocimiento del significado normativo), desde esta perspectiva estamos en presencia de un riesgo prohibido, y por supuesto que adquiere tal carácter por ser capaz de causar la "muerte" (referencia de resultado normativo). Por otra parte que la muerte efectivamente se produzca o que B se mantenga vivo, es algo que sobra en el análisis normativo, pues la contrariedad de A con el derecho se encuentra completa con la realización del disparo, como completa esta la referencia al

⁴⁹ JAKOBS Gunter, La imputación Objetiva, Universidad externado de Colombia, Bogota Colombia 1998 Pág. 21

resultado para tener por prohibida la acción riesgosa, el resto es naturalismo, propio del mundo de los mitos, de iure la norma que reclama la imposición del castigo esta tan quebrada con la bala saliendo del cañón, como lo habrá de estar en su trayecto, en su impacto y en sus ingobernables efectos. Mucho más curiosa es la explicación dada por Frisch para defender lo que denomina "*la imposibilidad de renunciar al requisito de la relación del peligro desaprobado en el resultado*". Este autor, que centra la importancia de la imputación objetiva de forma contraria a la aquí sustentada, expresa la importancia del resultado argumentando que sólo analizando el resultado se puede saber si el riesgo prohibido se ha concretado, pues a su forma de ver "*el resultado producido no puede definirse como injusto en el sentido de lesión del estado jurídico*",⁵⁰ es decir, conforme tal criterio, el riesgo sólo es prohibido si es el causante del resultado, de ahí que exponga como real centro de la teoría de la imputación objetiva la vinculación de la acción con el resultado. Y ciertamente el planteo resulta curioso, pues se pone el carro delante del caballo.

El planteamiento total de Frisch, aunque algo más sutil, es casi lo mismo. Este último autor se escandaliza de no poder aplicar una serie de institutos (como el comportamiento alternativo conforme a derecho), si no se implicara al resultado en el marco del ilícito, pero en todo caso dichos institutos serán importantes si primero se justifica la necesidad de incluir el resultado en el marco del injusto, y no a la inversa, de lo contrario el argumento termina siendo circular, pese a su escándalo por "no pode

⁵⁰ SANCINETTI Marcelo, *Subjetivismo e imputación Objetiva en derecho Penal*, Universidad externado de Colombia, Bogota Colombia 1996

practicar la caridad". Que el "resultado" sólo puede ser definido como "lesión al ámbito jurídico" lo justifica su propia doctrina total que resulta coincidente con las previsiones del Código Penal Alemán que permiten imponer idéntica sanción al autor de un hecho consumado respecto de quien realizare una tentativa acabada finalmente frustrada.

La imputación objetiva puede ser considerada un cuerpo teórico solamente en cuanto a la definición de la conducta prohibida, como riesgo "prohibido", el resto (imputación del resultado al riesgo), sigue siendo un conjunto de postulados tópicos, carente de sentido para una correcta definición del injusto.

Los componentes de "conocimiento" que se deben establecer en el marco del tipo objetivo son aquellos que se definen como "conocimientos del significado normativo", mientras que en el campo subjetivo del tipo penal quedan los conocimientos "sobre los elementos del tipo".

Le hemos dado una visión a esta teoría con la finalidad de estudiar la prueba de indicios y vemos como resultado, que en esta se sancionaría y castigaría desde los actos preparatorios, siendo subjetivo diría las ideas, lo cual si resulta un tanto peligroso en la aplicación del derecho penal.

c.- En el Derecho Penal del Enemigo

Una de las mayores discusiones en el ámbito jurídico-penal de las últimas décadas, tiene como punto de partida dos puntos o distinciones esenciales, cuyo planteamiento se lo realizó en la primera obra de Jakobs, de contenido político-criminal, “es la que diferencia o distingue entre un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo, siendo la segunda de contenido jusfilosófico y luego dogmático, es la que distingue entre personas y no personas, para el derecho penal, una y otra de estas distinciones o diferenciaciones no se superponen por el contrario, en esta teoría sería posible su combinación, dando lugar a un derecho penal de ciudadanos para personas y un derecho penal de ciudadanos para no personas y un derecho penal de enemigos para personas así como un derecho penal de enemigos para no personas” .⁵¹

Este derecho penal surge como una postura en la dogmática penal que justifica la existencia de un derecho penal y procesal penal sin las garantías del estado social o constitucional de derecho, Jakobs para su teoría se basó en el estructuralismo de Luhmann sin ser ajenas a esta teoría los fenómenos excepcionales como el narcotráfico, el terrorismo o la inmigración ilegal, las cuales se ubican en la base de su justificación.

Solo de pensar en la clasificación anterior causa estupor o perplejidad, por cuanto es inconcebible pensar en la existencia de un derecho de ciudadanos para no personas y de un derecho de enemigos para personas, en el fondo esto se da por la ambigüedad en la distinción que se da de personas y no personas de Jakobs, ya que este considera no persona aquel sujeto que no defrauda expectativas normativas, por la sencilla razón de

⁵¹ JAKOBS/CANCIO, Derecho Penal del Enemigo, Editorial Temis, Madrid España, 2003

que no se le dirigen como por ejemplo el inimputable, por otro lado se considera no personas aquel sujeto que defrauda expectativas normativas, además no ofrece garantía cognitiva alguna de no volver hacerlo en el futuro, como es el caso del imputable peligroso, entonces diremos que el primero de los sujetos sería no persona a efectos de la no imputación de responsabilidad y el segundo en cambio sería no persona a efectos de la inaplicación de ciertos principios tuitivos, en particular algunas garantías político criminales materiales y procesales.

En realidad ninguna de las supuestas no personas antes mencionadas es considerada realmente en términos absolutos para el derecho solo vale para el caso del inimputable, se dice que este es reputado como no persona en el sentido de que no se le construye como destinatario de obligaciones jurídicas, pero se lo considera persona en el sentido de las reacciones facticas a las que es sometido se enmarcan con claridad en las garantías del estado del derecho. Sin embargo en el caso del imputable peligroso, que se le califique como enemigo, para mi es un abrupto jurídico, en absoluto implica que se le niegue el estatus de persona, sin embargo en muchas ocasiones Jakobs se ha referido al enemigo como no persona, pero mas allá de toda concepción teórica o filosófica contemporánea hablamos en el derecho penal de los enemigos trata al delincuente, sea este de la clase que sea con una absoluta no persona, este trato no prescinde de todas las garantías del estado de derecho, por que no se trata de un animal peligroso, por ello no hay ninguna regulación legal que responda a tal modelo, mas halla solo del nominalismo, que en estos casos se produce solo según indica repetidamente por el propio Jakobs, un adelantamiento de la intervención, la no reducción de la pena en

términos correspondientes y la limitación de garantías procesales, entonces decimos que se trata de una cierta reducción mayor o menor del *status civitatis* pero no del *status personae*, al supuesto enemigo imputable peligroso le alcanza o le cubre de modo pleno la protección que el derecho dispensa a las personas frente a otros terceros, entonces la enemistad es absoluta.

Así mismo debemos partir desde el mega concepto “Criminalidad Organizada”, pilar básico de la justificación a la aplicación de la teoría del derecho penal del enemigo que incluye denodadamente la lucha contra el terrorismo, la lucha contra el narcotráfico y la lucha contra el inmigrante ilegal, es decir la lucha en teoría excepcionales por la emergencia o lo anormal, de las mismas por las cuales la civilización occidental busca justificar y legitimar el hecho de dejar de lado sus más preciadas conquistas, tales como la universalización de los derechos humanos y los principios de un derecho penal y procesal penal liberal que se basa en el respeto a esos derechos humanos, ese derecho penal humanitario del cual Beccaria daba sus primeras lecciones.

Jakobs considera que el enemigo es un ciudadano que por su posición, forma de vida o quizás su pertenencia a una organización, ha abandonado el derecho no de forma incidental si no duradera seguridad cognitiva déficit que expresa a través de su conducta que lleva a la conclusión que al encontrarse palmariamente fuera del sistema no tiene derecho a gozar de todos los beneficios como si fuera una persona lo hemos manifestado en líneas anteriores, siendo el enemigo una no persona, así el derecho penal

del enemigo sigue otras reglas distintas a las de un derecho penal jurídico estatal interno.

Tras de este aparecen cuestiones que poco tiene que ver con la seguridad y la paz social, si no con fines totalmente opuestos a los que se dicen defender y de donde se hace la construcción teórica de identificar al enemigo como al que se encuentra fuera del sistema sin intención de regresar y que por tanto la estar fuera del sistema no le corresponde las garantías del sistema, identificando al enemigo como no persona y de esta forma el estado con su poder punitivo puede intervenir de la forma mas agresiva violando garantías y derechos que ya se encuentran consagrados en las constituciones y tratados internacionales por ejemplo confesiones bajo tortura, incomunicaciones prolongadas detenciones sin estar expresados los motivos y sin control del imputado o control judicial cumpliendo los principios del proceso penal y del debido proceso.

Bajo la creciente legislación de excepción encuadrada dentro de la construcción teórica del derecho penal del enemigo se están violando derechos humanos consagrados, esta construcción teórica ya tiene su anclaje en la realidad en especial, por la situación de los presos talibanes de Guantánamo, donde se hace realidad el de las no personas de los enemigos sin derechos tiene plena eficacia, o aquellos declarados combatientes ilegales sin derecho a defensa a juicio lo que yo llamaría presos en el limbo ni aquí ni allá.

A partir de determinada coyuntura política que no se puede analizar sin tener en cuenta la tendencia a la hegemonía o la totalización del capitalismo y sus necesidades de

acumulación, las legislaciones nacionales e internacionales ampliaron el concepto de terrorismo a extremos invirificables en franca violación a principios del derecho penal en su formulación típica y a principios de derecho procesal penal en su instrumentación procesal.

En este sentido no podemos dejar de recordar la teoría Hobbesiana, en el sentido de que quien no acepta las normas que surgen del contrato social puede ser eliminado sin injusticia, la noción del derecho penal del enemigo se enlaza con este extremo al negarle el carácter de personas a quienes pertenecen a cierto subgrupo de delincuentes por lo tanto a partir de la justificación teórica que le aporta la teoría estructural funcionalista de Luhmann, Jakobs se inclina por la innecesariedad de respetar los derechos humanos traducidos en garantías individuales en el proceso penal, de quienes participen de dicho subgrupo, es decir determinados sujetos al quedar al margen de las normas de funcionamiento de la sociedad, son no personas podríamos agregar posibles de ser eliminados sin injusticia.

Creo que dos sistemas de derecho penal discordes no pueden subsistir en un estado social de derecho el uno garantista por excelencia de derechos fundamentales y derechos humanos y otro puramente policial donde incluso condene la sospecha, la conjetura, la presunción o lo que diríamos un estado netamente policial es decir que la prueba indiciaria no cumpliría los requisitos para ser considerada tal, mas bien solo Indiciariamente se podría excluir a una persona de la sociedad y considerarla no

persona, así justificar la paz y el convivir social, lo que se convergería en un estado anárquico y el dominio de unos sobre otros.

Conclusiones

1.- El presente estudio ha servido para tener un mejor conocimiento de la prueba indiciaria, sus inicios, su desarrollo, la valoración, y como esta alcanza el grado de prueba en nuestra legislación.

2.- Se ha identificado la trascendencia jurídica de esta prueba, la seguridad que la legislación y la doctrinada le han otorgado para poder tener una mejor aplicación en el campo de la justicia.

3.- Se ha determinado que la sospecha, la presunción, la conjetura la simulación, no son prueba, tampoco son indicios, más por el contrario en el mundo jurídico no existen.

4.- La valoración de la prueba indiciaria se da cuando el juez mediante el sistema de inferencia analiza el conjunto de indicios que constan en el proceso, los cuales deben ser unívocos y concordantes entre si, es decir es mas de un indicio el que señala la ley, sin embargo en el sistema oral un solo indicio realizado como prueba puede ser suficiente para lograr una condena o hacer realidad la aplicación de justicia.

5.- La manipulación indebida o contaminante de la evidencia indiciaria puede causar la nulidad del proceso, cuando a esta se aplica la evaluación científico procesal.

6.- Instituciones como la presunción de inocencia, o el in dubio pro reo, al momento de su valoración o puesta en practica pesan sobre la prueba indiciaria por ser estos derechos fundamentales de primer genero garantizados por la constitución política del estado y constar en tratados internacionales de derechos humanos reconocidos por el estado.

7.- En lo referente de la teoría de la imputación objetiva en el campo indiciario, los indicios se conformarían como prueba cuando se haya roto el principio de la prohibición de regreso, pero su sanción podría ocurrir desde su ideación, es decir también se la enmarcaría en la actividad de la victima, en el principio de confianza y el riesgo permitido.

8.- En el derecho penal del enemigo la prueba indiciaria alcanza una trascendencia excluyente de la sociedad en cuanto a la persona involucrada en el ilícito, lo cual es peligroso por que solo con la sospecha o conjetura se puede aislar a condenar a un individuo a permanecer excluido de la sociedad y no garantizar su estatus de persona.

9.- La Imputación Objetiva ya se la ha comenzado a aplicar en nuestro sistema, ya existe jurisprudencia en aplicación de esta teoría.

10.- En nuestro sistema penal el derecho humanitario tiene plena vigencia con el respeto a los derechos humanos y el estado garantista de los mismos, por lo que no se podría aplicar teorías como la del derecho penal del enemigo.

Bibliografía

- 1.-ANGULO Rubén Darío. La Cadena de Custodia en Criminalística. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2005 Bogota-Colombia.
- 2.-CABANELLAS Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial 1989 VIII Tomos.
- 3.-CONDE Pumpido Tauron. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ley y Legislación complementaria Doctrina y Jurisprudencia. Soneda 1998 Madrid España Tomo IV
- 4.-FALCON Enrique. Tratado de la Prueba. Editorial Astrea 2003. Argentina.
- 5.-GIANTURCO Vito. Los Indicios en el Proceso Penal. Editorial Temis 2001 Bogota-Colombia.
- 6.-GUERRERO Walter. Derecho Procesal Penal. Pudelpo 1996. Quito-Ecuador IV Tomos.
- 7.-JIMÉNEZ de Asúa. Lecciones de Derecho Penal., Biblioteca Clásicos del Derecho Penal. Oxford 2003. México Distrito Federal.
- 8.-JAEN Manuel Derechos Fundamentales del Proceso Penal. Ediciones Jurídicas 2004 Medellín-Colombia.
- 9.-JAKOBS Gunter. La Imputación Objetiva. Universidad Externado de Colombia 1998 Bogota Colombia

- 10.-JAKOBS/CANCIO. Derecho Penal del Enemigo. Editorial Temis 2003 Madrid
- 11.-PARRA Jairo. Tratado de la Prueba Judicial Indicios y Presunciones. Editorial ABC 2005 Bogota-Colombia.
- 12.-PRIMER Taller Interinstitucional Contra el Crimen Organizado. 16 de Agosto 2007.
-
- 13.-RODRÍGUEZ Alfonso, La Presunción de Inocencia. Ediciones Jurídicas 2000 Medellín-Colombia.
- 14.-SALAZAR Gustavo. La Defensa del Procesado. Biblioteca Jurídica 2003. Bogota-Colombia
- 15.-ROSAS, Yataco, La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004. Editorial Astrea. Lima-Perú.
- 16.-SANCINETTI Marcelo. Teoría de la Imputación Objetiva. Universidad Externado de Colombia 1998 Bogota Colombia
- 17.-TORRES Chávez Efraín. Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal. Editorial Pudeleco 2004 Quito-Ecuador.
- 18.-TINCENO Fernando. Diccionario Conceptual de Derecho. Editorial Temis 2001 Bogota-Colombia.
- 19.-VILLANUEVA Haro Benito. La Reconstrucción de los Hechos y su Valor Probatorio en el Proceso Penal ARA Editores. 2003 Lima-Perú.
- 20.-ZABALA Baquerizo Jorge. El Proceso Penal. Ediciones Edino 1998. V Tomos.
-

Leyes

Constitución Política del Ecuador

Código Penal del Ecuador.

Código de Procedimiento Penal.

Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotropicas