

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR, SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL

**MEDIOS PROBATORIOS ADMITIDOS EN LA LEGISLACION ADJETIVA
PENAL DEL ECUADOR**

Dr. GUIDO VAYAS FREIRE

2009

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 normas 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 partes de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Guido Vayas Freire

Quito, 03 de Agosto del 2009

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR, SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL

**MEDIOS PROBATORIOS ADMITIDOS EN LA LEGISLACION ADJETIVA
PENAL DEL ECUADOR**

GUIDO VAYAS FREIRE

TUTOR: DR. CARLOS PAEZ FUENTES

QUITO, 2009

RESUMEN

El análisis de la prueba y de los medios probatorios en particular en materia penal, resulta de extrema necesidad para el profesional del derecho que desarrolla su actividad tanto en el libre ejercicio como dentro de la magistratura, pues en uno u otro ámbito se requiere que el Abogado profundice sus conocimientos en este tema, que le permita ejercer una eficaz defensa de su cliente ya sea en calidad de acusador particular o acusado, en el primer caso; y, una adecuada motivación de sus fallos en el segundo. El presente trabajo pretende aportar en la investigación de este ámbito jurídico, a través de la clarificación de conceptos respecto a la prueba penal, el análisis de los principios fundamentales que orientan la misma, los sistemas para su valoración y los medios probatorios admitidos por nuestra legislación.

La tesis se desarrolla en cuatro capítulos el primero de los cuales se refiere a las nociones generales sobre la prueba y su valoración, analizando en el mismo, aspectos primordiales referentes a la actividad probatoria y orientando el enfoque al ámbito penal, resaltando el análisis de la eficacia probatoria de los modernos medios de prueba como los videos y medios magnetofónicos. A partir del capítulo II se analizan en concreto los medios probatorios en materia penal, empezando por la denominada prueba material y su trascendental importancia en figuras delictivas que impliquen la muerte de una persona, y en las de aborto, envenenamiento, lesiones y contra la propiedad, al igual que la actuación pericial. En el capítulo III se examina la prueba testimonial, orientando la investigación hacia los tipos de testimonios que contempla nuestra legislación, en base al análisis de normas legales vigentes. En el capítulo IV se examina la denominada prueba documental y las excepciones a garantías constitucionales básicas como la inviolabilidad de la correspondencia, en los casos expresamente señalados en la ley.

DEDICATORIA

A MIS PADRES: CELOSOS GUARDIANES DE MI
DESTINO, FORJADO EN SU EJEMPLO
Y AMOR, QUE SUPIERON ENRUMBAR
MI VIDA POR EL CAMINO DEL BIEN Y
DE LA SUPERACION

A MIS HERMANAS: FUENTE INAGOTABLE DE APOYO Y
ALIENTO EN LA LUCHA COTIDIANA
POR ALCANZAR MIS METAS

AGRADECIMIENTO

AL SEÑOR DR. CARLOS PAEZ FUENTES,
DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD ANDINA
SIMON BOLIVAR, POR SU ASESORAMIENTO
VALIOSO EN LA ELABORACION DE ESTA
TESIS

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	9
-------------------	---

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA Y SU VALORACION

1.1	Concepto de la prueba	11
1.2	Legalidad de la prueba.....	13
1.3	Objeto de la prueba.....	14
1.4	Finalidad de la prueba.....	16
1.5	Criterios de valoración de la prueba.....	17
1.6	Oportunidad de la prueba.....	21
1.7	Principios de la prueba.....	22
	1.7.1 Principio de Formalidad.....	22
	1.7.2 Principio de Unidad.....	23
	1.7.3 Principio de Pertinencia.....	23
	1.7.4 Principio de Contradicción.....	24
	1.7.5 Principio de Publicidad.....	25
	1.7.6 Principio de Igualdad de las Partes.....	26
1.8	La ineficacia probatoria.....	26
1.9	El derecho a no auto incriminarse.....	28
1.10	Los indicios y las presunciones.....	29
1.11	Los medios probatorios.....	30
1.12	Videos, medios magnetofónicos y su eficacia probatoria.....	31

CAPITULO II

LA PRUEBA MATERIAL

2.1	Concepto.....	39
2.2	El reconocimiento.....	40
2.3	La actuación pericial.....	41
	2.3.1 Intervención de peritos.....	42
	2.3.2 Excusa y no recusación.....	46
	2.3.3 Contenido del informe pericial.....	47
2.4	La prueba material en varias conductas delictivas.....	49
	2.4.1 Muerte.....	50
	2.4.1.1 Identificación del cadáver.....	50
	2.4.1.2 Reconocimiento exterior y autopsia del cadáver	51
	2.4.2 Aborto.....	52
	2.4.3 Envenenamiento.....	54
	2.4.4 Lesiones.....	54
	2.4.5 Delitos contra la propiedad.....	56
2.5	Reconocimiento de instrumentos.....	58
2.6	Reconstrucción del hecho.....	58
2.7	Validez de los actos de reconocimiento no obstante la declaratoria de nulidad del proceso.....	59
2.8	Incorporación de la prueba material en la audiencia de juicio.....	60

CAPITULO III

LA PRUEBA TESTIMONIAL

3.1	Concepto.....	62
3.2	Importancia de la prueba testimonial.....	63
3.3	Protección de testigos.....	63
3.4	Recepción del testimonio.....	64
3.5	El testimonio en la etapa de juicio y el testimonio anticipado.....	65

3.6	Las versiones	67
3.7	Constancia del testimonio.....	68
3.8	Clasificación del testimonio.....	69
3.8.1	El testimonio propio.....	69
3.8.1.1	Concepto.....	70
3.8.1.2	Valor probatorio.....	71
3.8.1.3	Admisibilidad.....	73
3.8.1.4	El testimonio propio en función de quien lo rinde	74
3.8.1.4.1	Testimonio del menor de edad.....	75
3.8.1.4.2	Testimonio de personas residentes fuera del lugar de tramitación del proceso..	76
3.8.1.4.3	Testimonio de quien se encuentre imposibilitado físicamente.....	78
3.8.1.4.4	Testimonio de funcionarios que según la ley deben informar.....	79
3.8.1.5	Procedimiento a seguir al rendir el testimonio	79
3.8.1.5.1	Declaración individual y obligatorio...	79
3.8.1.5.2	El juramento.....	80
3.8.1.5.3	Preguntas de identificación personal	81
3.8.1.5.4	Los interrogatorios de las partes.....	82
3.8.2	El testimonio del ofendido.....	84
3.8.2.1	Concepto.....	86
3.8.2.2	Comparecencia obligatoria.....	86
3.8.2.3	Procedimiento a seguir al rendir el testimonio	88
3.8.2.3.1	Preguntas de identificación personal	88
3.8.2.3.2	Preguntas taxativas obligatorias.....	88
3.8.2.3.3	Preguntas de las partes.....	91
3.8.3	El testimonio del acusado.....	91
3.8.3.1	Concepto.....	91
3.8.3.2	Valor probatorio.....	92
3.8.3.3	Indivisibilidad.....	94

CAPITULO IV LA PRUEBA DOCUMENTAL

4.1	Concepto.....	96
4.2	Valor probatorio.....	98
4.3	Prohibición de reconocimiento de documentos.....	99
4.4.	La impugnación y el análisis pericial.....	100
4.5	Inviolabilidad de la correspondencia.....	101
4.6	El examen documental.....	103
4.7	Restricción de uso.....	104
4.8	Autorización judicial para interceptación, registro y reconocimiento de conversaciones telefónicas y grabaciones.....	106
4.9	Documentos que reposan en archivos públicos.....	108
4.10	Incorporación de la prueba documental en la audiencia de juicio...	109
4.11	Medios probatorios en el procedimiento de acción penal privada...	110
	Conclusiones y Recomendaciones.....	113
	Bibliografía.....	118

INTRODUCCION

Desde tiempos inmemoriales se ha pretendido determinar sustentos de justificación para atribuir a una persona la responsabilidad por un hecho delictivo, transcurriendo por ende la prueba por un tortuoso camino desde las denominadas etapas primitiva y religiosa hasta las llamadas etapas legal y científica propiamente dicha.

Lo cierto es que la prueba en el ámbito penal permite recrear un acontecimiento ocurrido en el pasado, que debe ser juzgado en el presente y que es determinante para el futuro de aquellas personas que han sido involucradas en el mismo. En la medida en que se establezcan dentro del proceso, justificativos plenos tanto de la existencia del delito como de la culpabilidad penal, se llegará a emitir una sentencia condenatoria; o a su vez, si se desestiman estos presupuestos se alcanzará la absolución del acusado.

Los medios probatorios que se establecen en nuestro actual Código de Procedimiento Penal juegan un papel determinante en esta tarea, los que en general han sido admitidos por la legislación comparada con este fin.

Al entrar en vigencia el sistema oral con el actual Código Adjetivo Penal se establecieron nuevas reglas de procedimiento y con ello variaron sustancialmente las etapas procesales determinándose concretamente las atribuciones, derechos y deberes de cada uno de los sujetos procesales en las respectivas etapas, resultando imperativo en consecuencia delimitar desde el punto de vista de la actividad probatoria el papel de la Fiscalía, en coordinación con la Policía Judicial, así como el del ofendido, imputado y Defensor Público.

¿En qué se diferencia la prueba propiamente dicha de los medios probatorios?, ¿cuáles son los principios que orientan la actividad probatoria?, ¿en que consisten los sistemas de valoración de la prueba, sus diferencias y cuál es aquel que rige en nuestro ordenamiento jurídico adjetivo penal?, ¿qué medios probatorios son admitidos en nuestra legislación procesal penal?, ¿en qué momento procesal se solicitan, ordenan, practican e incorporan las pruebas?, ¿que sucede con aquellas actuaciones probatorias que vulneran garantías constitucionales?, son algunas de las preguntas que tratamos de contestarlas en el desarrollo del presente trabajo investigativo.

Sobre este aspecto de derecho se han escritos diferentes obras tanto en el ámbito nacional como en el internacional, resaltándose que en el Ecuador en virtud de la vigencia del Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial No. 360 de 13 de Enero del 2000, y sus reformas, varios tratadistas de nuestro país se han permitido plasmar sus valiosos criterios en torno a este tema, los mismos que han sido recogidos en la investigación en torno al tema planteado, al igual que los autores de otros países, pero a la vez, se aporta con la opinión personal y la confrontación de puntos de vista en cada uno de los capítulos de la investigación.

La investigación se fundamenta prioritariamente en fuentes de información formales primarias o directas, tales como textos legales, libros, publicaciones, gacetas judiciales, registros oficiales, páginas en internet, etc., que han permitido recabar de primera mano datos en torno al tema de investigación. Por consiguiente el método utilizado es preferentemente el positivo documental – formal, en base al análisis de los textos legales respectivos, tratando de conciliar la opinión doctrinaria y recabar la mayor información posible de las obras de derecho que se han podido recopilar.

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN

1.1 Concepto de la prueba

Las sentencias judiciales deben fundamentarse en las disposiciones legales y en los méritos del proceso, siendo primordial en este último aspecto la prueba aportada por las partes en orden a la justificación de sus aseveraciones.

En el ámbito penal lo manifestado cobra mayor importancia, tomando en consideración que los hechos delictivos muchas veces son perpetrados con la intención de no dejar huellas o señales aparentes por parte de quien los comete, siendo imprescindible establecerse y comprobarse dentro del proceso penal tanto la existencia de la infracción como la culpabilidad de los acusados, entrando en juego por ende la relevancia de la prueba y los medios probatorios, en procura de obtener aquellos elementos de cargo y de descargo que permitan sustentar una acusación o desestimar las imputaciones que se formulen.

En doctrina se discute la diferencia entre prueba y medio de prueba, a tal punto que Jorge Zavala Baquerizo deja establecida la distinción entre un término y otro, manifestando que la prueba esta dada por el hecho, por la circunstancia fáctica, en tanto que, el medio de prueba es la vía de la cual se vale el juez en un proceso penal para conocer la verdad de un hecho sobre el que debe dictar una resolución, es decir, es el modo como el hecho es llevado al proceso¹, de ahí que el mismo autor cita a Francisco Carnelutti, quien precisa que “las pruebas (de probare) son hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado; la certeza se resuelve, en rigor, en una máxima probabilidad. Un juicio sin pruebas no se puede pronunciar; un proceso no se puede hacer sin pruebas”².

Resulta entonces de imperiosa necesidad determinar un concepto claro y concreto de lo que debe entenderse como prueba, para ello empezaremos citando a algunos autores que se han referido en torno a este tema, así:

¹ Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Editorial Edino, Guayaquil, 2004, p. 13.

² Citado por Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 13.

Lino Enrique Palacio concibe a la prueba penal como “el conjunto de actos procesales, cumplidos con el auxilio de los medios previstos o implícitamente autorizados por la ley, y encaminados a generar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad, de los hechos sobre los cuales versa la imputación”³.

Eduardo Jauchen por su parte conceptualiza la prueba como “el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir”⁴.

Walter Guerrero Vivanco dice que la prueba “es la demostración legal de un hecho determinado”⁵,

Hernando Devis Echandía sostiene en cambio que pruebas judiciales son “las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos”, diferenciándolas de los medios de prueba al establecer que estos últimos comprenden “los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos”⁶.

Jorge Zavala Baquerizo determina que “la prueba penal es el hecho surgido en el mundo de los fenómenos constitutivo de una infracción penal: homicidio, injuria, robo; en tanto que el medio de prueba es la forma o modo cómo el juez lleva al proceso el hecho constitutivo de infracción y a través del cual forma su conocimiento sobre la verdad histórica y de acuerdo con ese conocimiento dicta la resolución correspondiente”⁷.

Personalmente y estimando las definiciones enunciadas, considero que la prueba en materia penal no es sino el conjunto de justificativos que surgen en el devenir procesal

³ Palacio, Lino Enrique: *La prueba en el proceso penal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 12.

⁴ Jauchen, Eduardo: *Tratado de la prueba en material penal*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002. p. 19.

⁵ Guerrero Vivanco, Walter: *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Pudeleco Editores S.A., Quito, 2004, p. 13.

⁶ Devis Echandía, Hernando: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2002, p. 20.

⁷ Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 21.

para la comprobación tanto de la existencia de la infracción como de la culpabilidad de los acusados, o para desestimar estos aspectos, en orden a lograr el convencimiento del juez sobre la veracidad de los hechos que son sometidos a su juzgamiento, en tanto que los medios de prueba son los mecanismos, establecidos en la ley, a través de los cuales esos justificativos son llevados al proceso.

1.2 Legalidad de la prueba

Uno de los presupuestos fundamentales respecto a la prueba es el relativo a su legalidad, el cual implica que tanto la solicitud, disposición, práctica e incorporación de la prueba al proceso penal debe sujetarse estrictamente a las disposiciones legales vigentes, para que así la misma tenga pleno valor jurídico.

Precisamente las concepciones jurídicas que rigen la prueba se traducen en normas que permiten su efectiva vigencia y aplicación, siendo menester seguir los lineamientos trazados por dichas disposiciones legales en orden a alcanzar los objetivos procesales anhelados, debiendo recordar que ante todo se deben tener presentes las disposiciones Constitucionales, en cuanto a las garantías que se deben observar en la producción y recepción de la prueba.

Es por ello que el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal prescribe que la prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de dicho cuerpo legal; de no ser así, se presenta en relación a este tema la consideración de la nulidad procesal y de la ineficacia probatoria, ésta última que se halla recogida en el Art. 80 del Código de Procedimiento Penal, al vulnerarse garantías constitucionales, y a la cual nos referiremos más adelante, en título aparte.

No obstante, es preciso aclarar desde ya que la ineficacia probatoria conlleva la exclusión única y exclusivamente de la actuación probatoria ilícita para no ser considerada en la resolución correspondiente, y de aquellas actuaciones que se hubieren practicado como consecuencia de dicho elemento probatorio, sin afectar la validez del proceso, tal es el caso por ejemplo de que a una persona al rendir una declaración, utilizando la coacción, la amenaza y la tortura, se le obligue a revelar donde se encuentran las armas y el botín de un asalto, y posteriormente mediante un

allanamiento, practicado como consecuencia de la referida actuación ilícita, se encuentren dichas armas y botín⁸.

En cuanto a los casos de nulidad de la prueba, se debe recordar que conforme al Art. 330 del Código Adjetivo Penal, la nulidad procesal tiene lugar: 1. Cuando el juez o el tribunal de garantías penales hubieren actuado sin competencia; 2. Cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el Art. 309 del referido Código; y, 3. Cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa.

En ese sentido, los numerales de la disposición legal citada se refieren a solemnidades sustanciales que atañen a la esencia misma del proceso, los dos primeros que no pueden ser subsanados o convalidados, en tanto que el tercero sí; por lo tanto, la violación de una solemnidad específicamente prevista en la ley, que se considere trascendente o sustancial y que no se pueda convalidar, constituye los presupuestos fundamentales de la declaración de la nulidad del proceso penal.

Por consiguiente, en los numerales 1 y 3 del Art. 330 del Código Adjetivo Penal, se hallan comprendidos aquellos motivos de nulidad procesal en relación a la actividad probatoria, como por ejemplo la actuación sin competencia de un juez o tribunal de garantías penales, la solicitud y práctica de pruebas propiamente dichas en una etapa distinta a la etapa de juicio, con excepción de los testimonios anticipados, falta de notificación a los sujetos procesales con la solicitud y providencias respecto a la práctica de actuaciones probatorias, la falta de notificación a testigos para su comparecencia ante el Tribunal de Garantías Penales, etc., que sin lugar a dudas implican una violación al trámite previsto en la ley, que influyen determinadamente en la decisión de la causa y que conllevan por ende la declaratoria de la nulidad procesal.

1.3 Objeto de la prueba

⁸ Cfr. García Falconí, José: Manual de Practica Procesal Constitucional y Penal, s/e, Quito, 2002, pp. 103 y 104.

La prueba tiene como finalidad llevar al juez al convencimiento de que lo que ha llegado a su conocimiento es la verdad, lo cual en concreto lo veremos más adelante, pero en procura de ese objetivo se presenta la pregunta de ¿qué es lo que se puede probar?, es decir ¿qué puede ser materia de prueba?, surgiendo el tema del objeto de la prueba.

Hernando Devis Echandía dice que “por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba”⁹. En la misma línea el tratadista Nores expresa que “el objeto de la prueba es aquello susceptible de ser probado; aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba”¹⁰.

Por su parte Roxin concretando el objeto de la prueba en el ámbito penal sostiene que “mientras en el proceso civil, dominado por el principio dispositivo, solo necesitan ser probados los hechos discutidos, en el proceso penal, como consecuencia de la máxima de la instrucción, rige el principio de que todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial deben ser probados”¹¹, criterio que se lo recoge en el Art. 84 del Código de Procedimiento Penal reformado, al establecer que “se pueden probar todos los hechos y circunstancias de interés para el caso”.

El objeto de la prueba por ende en materia penal está dado por los hechos que revistan importancia para ser considerados por el Juez en la resolución que emita, en orden fundamentalmente a dos aspectos, la comprobación jurídica de la existencia del delito, así como de la culpabilidad del encausado, o a su vez la desestimación de estos aspectos.

En doctrina el objeto de la prueba ha sido considerado desde dos puntos de vista, de manera general y de manera específica o particular.

a) Objeto de la prueba en general

⁹ Devis Echandía, Hernando. Citado por Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 142.

¹⁰ Nores. Citado por Vaca Andrade, Ricardo: *Manuel de Derecho Procesal Penal*, Volumen II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001, p. 99.

¹¹ Citado por Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 143.

Desde una consideración general en el ámbito penal, se puede probar todos los hechos que sean susceptibles de hacerlo, y esto incluye hechos de la naturaleza, actos del hombre, etc.

Ricardo Vaca en este aspecto manifiesta que:

En principio, todo lo que es susceptible de prueba puede probarse en un proceso penal, así, por ejemplo, los hechos naturales (una tormenta, el clima, un rayo), o humanos, físicos (una herida, una lesión), o psíquicos (la intención homicida, la imprudencia o negligencia). Igualmente, la existencia y cualidad de una persona, de cosas o de lugares (el nacimiento o muerte, la bondad o peligrosidad de una persona, la existencia de objetos robados, el despoblado). También se pueden probar las “normas de experiencia común”, como los usos y costumbres comerciales o financieros. Lo que no se puede probar es la existencia de los hechos notorios, como por ejemplo, quien es el Presidente de la República; o de los hechos evidentes, como por ejemplo, si una persona que camina y habla está viva, salvo que sean controvertidos razonablemente. Tampoco debe probarse la existencia del derecho positivo vigente, ni aquellos temas sobre los cuales las leyes prohíben evacuar prueba, como la verdad de la injuria no calumniosa (que una persona es gorda, vieja, fea y que tiene defectos físicos)¹².

b) Objeto de la prueba en particular

Concretamente en materia penal deben probarse aquellos hechos que tienen importancia o trascendencia respecto de la finalidad del proceso penal, es decir aquellos aspectos que dicen relación con lo que en doctrina se conoce como el tema de la prueba, el cual conjuga dos elementos: la comprobación de la existencia de la infracción y la comprobación de la culpabilidad de los acusados, que en definitiva son los dos temas alrededor de los cuales se desarrolla la actividad probatoria, tratándose en ambos casos de prueba específica y no genérica, toda vez que se dirige siempre a la comprobación de un hecho específico que hay que individualizar en su esencia material y psíquica¹³.

1.4 Finalidad de la Prueba

Parte de la doctrina considera como finalidad de la actividad probatoria la comprobación o demostración de la denominada verdad real o material.

Para otra parte de la doctrina queda excluida esta consideración y, la finalidad de la actividad probatoria se halla circunscrita, “en términos que abarcan a todas las ramas del

¹² Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 100.

¹³ Cfr. Manzini. Citado por Zavala Jorge: op. cit., pp. 144 y 145.

Derecho, a producir en el ánimo del juzgador la convicción, no lógica o matemática, sino psicológica, sobre la existencia o inexistencia, la verdad o la falsedad, de los hechos de que se trata”¹⁴, y aplicada a la materia penal conlleva la convicción sobre la existencia o inexistencia del hecho incriminado y de la participación o no del encausado en su producción, lo cual puede determinar que el juzgador alcance la certeza, probabilidad o duda sobre estos aspectos, y que a su vez incida en las resoluciones que el juzgador deba dictar, ya sean autos de llamamiento a juicio o de sobreseimiento, en las variedades establecidas en la ley, sentencia condenatoria o sentencia absolutoria, entrando en consideración inclusive el principio del in dubio pro reo.

1.5 Criterios de Valoración de la Prueba

La actividad probatoria no tendría razón de ser sin aquel momento culminante en el cual el juzgador realiza una valoración de todos aquellos elementos introducidos al proceso por las partes, en procura de la justificación de sus aseveraciones, siendo importante en este sentido también las alegaciones realizadas por éstas últimas en torno a las pruebas practicadas, que a su vez pueden orientar al juez en esta delicada tarea de administrar justicia.

Pero la determinación de cómo el juez debe valorar las pruebas ha conllevado a que el sistema procesal penal adopte diferentes criterios con este fin, los cuales se han recogido en tres modalidades fundamentales: la íntima convicción, la prueba tasada y la libre convicción o sana crítica.

Íntima Convicción

En esta modalidad de valoración de la prueba el juzgador actúa por su convicción íntima, de acuerdo a lo que le dicta la intimidad de su conciencia, de allí su denominación, pues no tiene que sujetarse a un orden normativo sobre la forma de otorgarle valor a un determinado medio probatorio, ni tampoco tiene el deber de dar a conocer los fundamentos y razones que lo motivaron para dictar la sentencia en tal o cual sentido, siendo este procedimiento propio del juicio por jurados en el sistema

¹⁴ Palacio, Lino Enrique: op. cit., p. 13.

norteamericano o anglosajón, cuando a base de su íntimo convencimiento, el jurado al momento de resolver, debe expresar su conclusión afirmativa o negativa para cada uno de los puntos que sobre las cuestiones de hecho se someten a su decisión, sin necesidad de fundar, motivar o fundamentar su determinación, a tal punto que lo resuelto es vinculante, no obstante la aparente contradicción que pudiera presentar con las pruebas aportadas en el juicio¹⁵.

Este sistema por ende se basa en la sinceridad de conciencia y en la presunción de decisión apegada a la razón y la lógica, así como en el deber ciudadano de hacer realidad el ideal de justicia, aunque para ello no se tenga que expresar razones ni motivos.

Se critica este sistema en el sentido de que puede dar lugar a un arbitrio absoluto del Juzgador.

Prueba Tasada

En este sistema en cambio la valoración de la prueba se halla previamente determinada en la ley, es decir que en ésta última se encuentran los parámetros que deben guiar al Juez para la apreciación de los diferentes elementos probatorios, los cuales han sido establecidos por el legislador con antelación, para que así no se tenga que recurrir a una valuación subjetiva de dichos elementos.

La ley por ende va fijando los requisitos que deben reunir ciertos hechos para que se tengan por acreditados, o a su vez va asignando el valor que a cada elemento deberá otorgarle el juez, en base a los presupuestos que en ella se establecen.

En el Código de Procedimiento Penal de 1983 encontramos ejemplos en ese sentido, como cuando se establece que la declaración del coacusado carecerá de valor (Art. 108).

Se critica este sistema por que la valoración de la prueba se reduce a un procedimiento meramente formal, sin permitir un mayor rango de acción del Juez en su proceder y en

¹⁵ Cfr. Jauchen, Eduardo: op. cit., p. 46.

su poder de decisión ya que muchas veces tendrá que sujetarse estrictamente a lo que le dice la ley y no a su libre convicción, aún cuando una y otra se encuentren en evidente contradicción, de allí que se dice que para la aplicación de este sistema se requiere un Juez técnico, antes que uno versado en el dominio del ordenamiento jurídico.

Libre Convicción (Sana Crítica)

Como un sistema intermedio entre los extremistas de la íntima convicción y la prueba tasada surge el de la libre convicción que, en su denominación, para algunos autores, aparece confundido con el primero de los nombrados.

Este sistema conlleva la libre valoración de los elementos probatorios, al no estar preestablecida en la ley su valoración, y a la vez, la libertad de escoger los medios probatorios para la verificación del hecho. Además, sus características son la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano¹⁶.

Pero así concebido este sistema, la sana crítica aparece únicamente como una parte del mismo, en cuanto se refiere a la forma de apreciar la prueba, pero como vemos el criterio comentado va mucho más allá pues involucra también el principio de la libertad de la prueba, en cuanto a que se puede probar todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial y para ello se puede recurrir a cualquier medio probatorio admitido por la ley, debiendo por otro lado el Juez exponer las razones que le han llevado a dictar su resolución, con la suficiente motivación.

¹⁶ Cfr. Jauchen, Eduardo: op. cit., pp. 48 y 49.

Además, en el sistema de libre convicción se debe considerar la equidad en la valoración de la prueba, pues en virtud al principio procesal de inmediación, todo enjuiciamiento penal conlleva una pretensión punitiva y la oposición a la misma y el juicio de certeza debe alcanzarse con aplicación del principio valorativo que suponen también los elementos de descargo del procesado. De no hacerlo así la valoración resultaría claramente arbitraria por haber excluido toda valoración de la prueba de descargo aportada.

En el sistema de la libre convicción la valoración de la prueba comporta un análisis racional de la misma y las deducciones que sobre la culpabilidad y la inocencia se expresan, al aplicarse correctamente las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia.

El Tribunal debe realizar una valoración dirigida a preservar el derecho fundamental tanto a la presunción de inocencia consistente en comprobar la estructura racional de la prueba, por su acomodación a criterios de lógica, ciencia o experiencia, como para comprobar el carácter de prueba de cargo que permite la inferencia sobre la culpabilidad de una persona, lo que constituye una garantía del ciudadano frente al ejercicio arbitrario del poder judicial por que el Juez al estar libre de un sistema de prueba legal, no lo está de una valoración racional de la prueba.

Por ende el Tribunal que resuelva al apreciar los elementos probatorios, por ejemplo el testimonio prestado por el propio acusado, que sostiene que ha cometido la acción considerada como infracción penal no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir su culpabilidad prescindiendo de otros elementos probatorios¹⁷.

Este sistema al momento es el más idóneo, y los Códigos Procesales Penales modernos lo recogen, es así que nuestro Código de Procedimiento Penal en su Art. 86, determina que toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica, abriendo con ello la posibilidad para que los Jueces y Tribunales puedan

¹⁷ Cfr. Uriarte Valiente, Luis M. y Farto Piay, Tomas: *El proceso penal español – Jurisprudencia Sistematizada*, La Ley - Grupo Wolters Kluwer Espana S.A. - Nueva Imprenta, Madrid, 2007, pp. 677-682

sustentar sus resoluciones en los principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano, como fundamentos de la sana crítica, pero de manera motivada y con equidad, evitando con ello la arbitrariedad y el abuso.

No obstante lo manifestado, en el actual Código de Procedimiento Penal se pueden encontrar reglas de tarifa legal o prueba tasada como por ejemplo: Los Arts. 87 y 88 que determinan como una presunción puede llegar a formar convicción de un tribunal; el Art. 106 que, en los delitos contra la propiedad, exige prueba sobre la preexistencia de la cosa sustraída, y del hecho de que se encontraba en el lugar que se afirma estuvo al momento de ser sustraída; el Art. 140 que establece que la declaración del ofendido por sí sola no constituye prueba; el Art. 144 que regula la indivisibilidad del testimonio del acusado, etc.; normas que intentan introducir limitaciones a la libertad de razonamiento del juzgador y que conllevan dificultades para convertir a la etapa de juicio en el genuino centro del proceso, conforme la aspiración de los modelos acusatorios de enjuiciamiento penal¹⁸.

En todo caso de presentarse contradicción en cuanto a la valoración de la prueba por lo dispuesto en las normas antes citadas y la sana crítica del juzgador, éste último deberá guiarse por su libre convicción, pues según el Art. 86 ibidem, reformado, ninguna de las normas del Código de Procedimiento Penal se deben entender o apreciar en contra de la libertad de criterio antes señalada.

1.6 Oportunidad de la Prueba

La oportunidad de la prueba dice relación con los aspectos extrínsecos de la misma, y concretamente se refiere al tiempo que se concede para la presentación y práctica de los elementos probatorios, o al momento procesal determinado para el efecto.

Devis Echandía dice que “la presentación de la prueba está sujeta a condiciones extrínsecas de tiempo, modo y lugar, esto es, oportunidad y consecuente preclusión, idioma y forma oral o escrita, concentración en audiencia o en un período o término

¹⁸ Cfr. Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio: *Litigación Penal y Juicio Oral*, Fondo Justicia y Sociedad – Fundación Esquel – USAID, Quito, 2003, pp. 24 y 25.

para la presentación de los memoriales petitorios (según el sistema oral o escrito del proceso)”¹⁹.

Recordemos que conforme a nuestra legislación la prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones que el mismo Código de Procedimiento Penal establece; y, por ende, la prueba por regla general debe recibirse en la etapa del juicio ante los correspondientes Tribunales Penales, siendo éste el momento procesal oportuno para la práctica probatoria.

1.7 Principios de la Prueba

La prueba en cuanto a su presentación, desarrollo y práctica está sujeta a determinados principios que los recoge la doctrina, siendo los más trascendentes los siguientes:

1.7.1 Principio de Formalidad

Este principio se refiere a las formalidades que las normas procesales exigen para la práctica o aceptación de las pruebas, las cuales deben observarse estrictamente so pena de invalidarlas, y que en materia penal se subsumen en las garantías fundamentales del debido proceso, como premisa indispensable del ejercicio probatorio.

Al establecerse preceptos que orienten la producción y recolección de las pruebas se asegura que las mismas, al tenerlos presentes, sean válidamente reunidas; pues, lo contrario sería dar lugar a la arbitrariedad y a la anarquía.

Las formalidades permiten a su vez que las pruebas gocen de publicidad, que se conozcan en oportunidad, que no se lleven subrepticamente y, en fin, que ofrezcan garantías de probidad y veracidad; involucrando este principio dos aspectos, el primero respecto a que para que la prueba tenga validez se requiere que sea llevada al proceso con los requisitos establecidos en la ley, y el segundo que exige que en la obtención de la prueba se empleen medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para aducirla.

¹⁹ Devis Echandía, Hernando: op.cit., p. 267.

Así, según este principio la prueba está revestida de requisitos extrínsecos e intrínsecos, los primeros referidos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; y, los segundos que conllevan la ausencia de vicios como dolo, error, violencia y de inmoralidad en el medio mismo²⁰.

1.7.2 Principio de Unidad

En el ejercicio de la actividad probatoria las partes pueden aportar una variedad de pruebas, y recurrir a todos aquellos medios admitidos por la legislación procesal para sustentar sus alegaciones; no obstante esa diversidad, existe una unidad general de todas las actuaciones en cuanto a la finalidad misma de la prueba, cual es, obtener la convicción o certeza del juez.

Devis Echandía recalca que este principio “significa que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme”²¹.

En materia procesal de manera general cada parte pretende justificar sus pretensiones y excepciones, y en el ámbito penal aquello conlleva que se aporten elementos de cargo o de descargo, y que se presenten las pruebas de sustento tanto de la acusación como de la defensa en franca oposición o contradicción: sin embargo de aquello, los medios probatorios deben ser apreciados en su conjunto, de manera global, sin importar muchas veces los resultados que se obtengan de ellos, pues éstos no siempre pueden ser favorables a la parte que los aportó, de allí que se dice que “la prueba practicada pertenece al proceso, no a quien la pidió o la adujo”²².

1.7.3 Principio de Pertinencia

²⁰ Véase Devis Echandía, Hernando: op. cit. pp. 117 y 118.

²¹ Devis Echandía, Hernando: op. cit., p. 110.

²² Devis Echandía, Hernando: op. cit., p. 290.

El principio de pertinencia de la prueba se refiere a la adecuación de esta última a los hechos que son materia de investigación en la causa respectiva, es decir la relación existente entre el elemento de prueba con los hechos que se indagan, para así construir la verdad histórica.

Ahora bien, en materia penal los elementos probatorios pueden hacer referencia o aludir al hecho que constituye el objeto del proceso, o bien a la participación que en él ha tenido el encausado. Pero además, se debe recordar, que la prueba puede ser directa o indirecta según que de ella se obtenga una referencia del delito mismo, o bien de algún hecho que haga posible inferir o conocer indirectamente de aquél, estando en ambos supuestos frente a pruebas pertinentes; debiendo en todo caso, cuando se presenten dudas, estarse por un criterio amplio que considere pertinente al elemento probatorio. Prueba impertinente será, por consiguiente, aquella que no tenga ninguna vinculación, ni directa ni indirectamente, con el objeto del proceso, en razón de no poder inferirse de la misma ninguna referencia con aquél o con un objeto accesorio o incidental²³.

1.7.4 Principio de Contradicción

La aplicación del principio de contradicción del proceso en general, a la prueba en particular, conlleva varios caracteres de trascendental importancia en este ámbito, pues aquello implica que la parte contra la que se oponga una prueba tenga la oportunidad procesal de conocerla y discutirla.

Devis Echandía sostiene que este principio implica que “la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes”²⁴

El conocimiento de la prueba por la parte a quien ésta se oponga, involucra la notificación de su petición, presentación, práctica y admisibilidad por el Tribunal respectivo, así como de todas aquellas disposiciones que tiendan a posponerla o diferirla.

²³ Véase Jauchen, Eduardo: op. cit., pp. 24 y 25.

²⁴ Devis Echandía, Hernando: op. cit., p. 115.

La discusión de la prueba en cambio se refiere a que una vez producida ésta, las partes puedan formular sus alegaciones u observaciones sobre su mérito probatorio, estableciendo para el efecto las disposiciones adjetivas un tiempo, momento procesal o período específico²⁵.

1.7.5 Principio de Publicidad

Se dice que este principio es la derivación de otros principios como los de unidad y contradicción. Involucra dos aspectos: por un lado, el hecho de que las partes conozcan de las pruebas a practicarse, participen activamente en su desarrollo o realización y, con ello, puedan manifestar sus puntos de vista, contradecir las posiciones de la parte contraria y llevar al juez sus alegaciones en base al análisis de los elementos aportados, para que así éste pueda determinar su valor y eficacia; es decir, que las partes deben estar plenamente enteradas de todas las actuaciones y providencias procesales con relación a la prueba, como consecuencia de la aplicación del principio de publicidad del proceso en general.

Por otro lado, este principio implica que la solicitud y práctica de los medios probatorios, así como el análisis y valoración de los mismos por parte del Juez, deben estar, a más de las partes, al alcance de cualquier persona, cumpliendo así la función social que les corresponde²⁶.

No obstante, en materia procesal penal se han determinado excepciones con relación a la publicidad de las actuaciones probatorias, fundamentalmente en lo que dice relación al reconocimiento pericial al tratarse de delitos sexuales, siendo opinión de estudiosos del Derecho que aquello debería ampliarse a otro tipo de diligencias.

Es por ello que Jorge Zavala Baquerizo opina que, a más de los casos expresamente señalados en la ley, el principio de publicidad puede sufrir limitaciones en orden a la protección del ofendido, o de los testigos y del mismo justiciable al rendir sus

²⁵ Cfr. Jauchen, Eduardo: op. cit., p. 35.

²⁶ Véase Devis Echandía, Hernando: op. cit., p. 117.

testimonios, en los que el juez debería tener el cuidado de evitar la publicidad, pues aquello pondría en peligro la integridad personal del declarante²⁷.

1.7.6 Principio de Igualdad de las Partes

Las partes procesales deben ser tratadas y consideradas en forma equitativa, lo que implica que deben tener las mismas oportunidades para ejercer la actividad probatoria, en orden a la presentación y práctica de todos aquellos medios probatorios admitidos por la ley, sea que orienten la investigación hacia elementos de cargo o de descargo, conforme la normativa procesal penal.

Este principio, por consiguiente, en su aplicación permite que los sujetos procesales se hallen en igualdad de condiciones para probar, tanto la existencia o inexistencia de la infracción, como la culpabilidad o no del procesado, y que en ese sentido, los jueces no pueden hacer diferencia alguna en cuanto a la atención y práctica de las actuaciones probatorias solicitadas por las partes, toda vez que iguales derechos procesales asisten al fiscal, al acusador particular, al procesado y a los defensores²⁸.

Además, como consecuencia de este principio, se rechazan los procedimientos privilegiados, sin embargo en la práctica muchas veces las diferencias económicas dan lugar a que exista una actuación desigual de las partes.

1.8 La ineficacia probatoria

El Art. 80 del Código de Procedimiento Penal prescribe que “toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías”.

Al referirnos a la legalidad de la prueba habíamos mencionado que el sometimiento a las disposiciones legales que rigen la petición, disposición judicial, práctica e

²⁷ Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 62.

²⁸ Véase Guerrero Vivanco, Walter: op. cit., p. 39.

incorporación de la prueba es de trascendental importancia, so pena de invalidar la misma, entrando en juego lo relativo a la nulidad procesal y a la ineficacia probatoria.

Es necesario determinar que con relación a la validez de las actuaciones probatorias en nuestro Código de Procedimiento Penal se han establecido dos disposiciones concretas, la una la del Art. 80, transcrito anteriormente, y la otra la del Art. 83, que también lo citamos al tratar la legalidad, estableciéndose que por un lado se deben tener presentes las garantías constitucionales y por otro, las disposiciones procesales del Código Adjetivo Penal.

Pero que sucede si en la producción y recepción de la prueba se violentan garantías constitucionales o, a su vez, las disposiciones procesales pertinentes, la prueba se torna ilegítima e ilegal, teniendo como efecto, en el primer caso, la ineficacia jurídica del acto procesal y, en el segundo, la consecuencia es la nulidad del proceso por violación de trámite²⁹.

Es decir que, tratándose de la ineficacia probatoria la actuación procesal respectiva no podrá ser considerada como válida de manera alguna, al no haberse tenido presentes las garantías constitucionales, debiendo excluirse la misma en cuanto a la valoración judicial, extendiéndose a su vez esa ineficacia a todas las pruebas que no hubieran podido obtenerse sin la violación de dichas garantías, es decir a todas aquellas actuaciones que se hayan practicado como consecuencia de la prueba irregular, de allí la denominación tomada de la justicia norteamericana de “fruto del árbol envenenado”, para referirse a evidencias derivadas de una prueba ilegítima.

Sobre este aspecto, Jorge Zavala Baquerizo, al referirse a la exclusión probatoria, manifiesta:

La regla de la exclusión probatoria deja indemne al proceso, esto es, no se trata de una causa de nulidad, sino un caso de ineficacia jurídica de un acto procesal que invalida al mismo pero no al proceso que lo contiene. La exclusión se concreta únicamente al acto probatorio, pues, repetimos, es un caso de ineficacia jurídica de un acto procesal; en tanto que la causa de nulidad afecta al proceso desde el momento procesal en que surgió tal causa: todo lo actuado después del acto nulo sufre los efectos de la nulidad. En la exclusión probatoria sólo pierde eficacia

²⁹ Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 84.

jurídica el acto probatorio ilegal; en la nulidad, es el proceso el que se afecta parcial o totalmente, según el momento procesal en que surge la causa de nulidad³⁰.

La consideración de la ineficacia probatoria de una actuación procesal tiene lugar, conforme a las reformas introducidas, en la denominada audiencia preparatoria de juicio, pues en ésta, según lo dispuesto en el artículo innumerado agregado a continuación del Art. 226 del Código Adjetivo Penal, los sujetos procesales deben anunciar las pruebas que serán presentadas en el juicio y el Juez de Garantías Penales debe resolver sobre las solicitudes para la exclusión de las pruebas anunciadas, cuyo fundamento o evidencia que fueren a servir de sustento en el juicio, hubieren sido obtenidas violando las normas y garantías determinadas en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, la Constitución y en el Código de Procedimiento Penal.

La finalidad de preceptos como el invocado es impedir eventuales actuaciones abusivas de alguna de las partes que, faltando a la lealtad procesal, pretenda que se consideren en la etapa subsiguiente actuaciones procesales ilegítimas, atentando contra los principios de celeridad y eficacia que rigen la administración de justicia; y, con ello, la ley pretende garantizar una etapa de juzgamiento libre de cualquier vicio al establecer la oportunidad legal para poner de manifiesto la exclusión de pruebas contrarias a las Constitución y la ley, y así éstas puedan ser invocadas y resueltas antes de proceder al juzgamiento en la etapa de juicio³¹.

1.9 El derecho a no auto incriminarse

Dentro de las consideraciones generales sobre la prueba, uno de los aspectos que sobresale en el ámbito penal, es el relativo al derecho que tienen todas las personas para no auto incriminarse, que se halla recogido en el Art. 81 del Código de Procedimiento Penal, en virtud al cual ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, más aún si aquello puede conllevarle responsabilidad penal, haciendo efectiva a la vez la garantía del debido proceso establecida en el Art. 77, numeral 7, literal c), de la actual Constitución de la República.

Jorge Zavala Baquerizo manifiesta:

³⁰ Zavala Baquerizo, Jorge: op.cit., p. 94.

³¹ Cfr. Reinoso Hermida, Ariosto: *El juicio acusatorio oral en el nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano*, Centro de Publicaciones y Difusión - Projusticia, Quito, 2001, p. 241.

La incriminación consiste en “acusar de algún crimen o delito” a una persona; o “imputar a alguien un delito o falta grave”. Por lo tanto, lo que garantiza la disposición legal que comentamos es que persona alguna pueda ser obligada a que se declare autora o participe de una infracción penal (nemo tenetur seipsum prodere: ningún hombre podrá ser forzado a producir evidencia contra sí mismo). Es su decisión, libre de todo vicio de consentimiento, el autoinculparse o negarse a ello³².

Por lo tanto, dentro de la labor fiscal y judicial, se excluyen cualquier tipo de actos o procedimientos que persigan obtener declaraciones del sospechoso, imputado o acusado en cuanto a su propia culpabilidad, en base a la intimidación, violencia, amenaza o cualquier otro tipo de coacción.

Aún, en el evento de que se obtenga una confesión espontánea del justiciable, sin la más mínima ingerencia o sugestión, esto no libera a la Fiscalía de su labor investigativa ni al Juez de su papel de administrar justicia con fundamento en otros elementos probatorios, conforme al Art. 115 del Código Adjetivo Penal.

1.10 Los indicios y las presunciones

En la práctica procesal penal dentro de la actividad probatoria, se presenta la consideración de los indicios y presunciones, confundiendo muchas veces éstos términos, siendo imprescindible clarificar cada uno de ellos.

Los indicios no son sino una serie de rastros, huellas, vestigios o circunstancias que probados, permiten mediante una deducción lógica, establecer la existencia o inexistencia de otros, es decir que a través de la comprobación de determinadas circunstancias se pueden inferir mentalmente otras.

Todo hecho deja rastros, huellas o señales incompletas, que si bien orientan la investigación en cierta perspectiva, no constituyen de por sí, una vez probados, elementos suficientes para llegar a la corroboración.

Los indicios deben ser graves, es decir que en su conjunto representen una probabilidad alta en cuanto a la posibilidad de que un hecho o un conjunto de ellos, se manifieste en determinado sentido conforme con las reglas de la ciencia o de la experiencia. También

³² Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 98.

deben ser precisos, es decir exactos, ciertos y determinados en cuanto apuntan a sostener una tesis, o sea, unívocos; y, finalmente deben ser concordantes, lo que significa que tienen que estar enlazados en una secuencia por la cual cada uno sea el antecedente necesario del siguiente y lo apoye la evolución de la inducción realizada, es decir que deben ser convergentes³³. Además los indicios deben ser varios, es decir en un número adecuado y suficiente que permita establecer la conclusión sobre su existencia.

En nuestro sistema procesal varias son las normas que obligan a conservar los indicios, siendo deber de la policía judicial en coordinación con la Fiscalía la recolección y conservación de todos los elementos que puedan servir para la prueba, a través de una adecuada cadena de custodia.

Las presunciones, en cambio, en materia penal se deducen de los indicios, son las conclusiones a las que llega el juzgador en base a hechos previamente determinados y justificados, de allí que los indicios son los que deben ser probados y las presunciones se derivan de los mismos, constituyen una operación deductiva consecuente.

En ese sentido Enrique Falcón se pronuncia puntualizando:

Las presunciones son a su vez la consecuencia o conclusión lógica fundada en los indicios, que llevan al convencimiento de que determinados hechos se produjeron de cierta manera, aunque no se tenga la totalidad de los elementos constitutivos de los hechos para dar el fundamento completo a la elaboración, es decir son la conclusión de los indicios, existiendo dos tipos fundamentales de ellas, las presunciones legales y las presunciones judiciales, las primeras que son las que las pone el legislador, al disponer que en determinadas condiciones o ante determinados hechos se debe concluir en una calificación fáctico-legal determinada, en tanto que las segundas las pone el juez, considerando los indicios en virtud de las reglas de la sana crítica³⁴.

Es por ello que el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal determina que en base a indicios probados, esto es hechos reales y justificados, se puede presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables.

1.11 Los medios probatorios

³³ Cfr. Falcón, Enrique: *Tratado de la prueba*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 457 y 458.

³⁴ Falcón, Enrique: op. cit., p. 452.

Doctrinariamente a los medios de prueba se los considera desde dos puntos de vista: Por un lado medio de prueba no es sino la actividad del juez o de las partes, que suministra al primero el conocimiento de los hechos del proceso, vale decir las fuentes de las que se extraen los motivos o argumentos para lograr su convicción sobre los hechos del proceso y, dentro de esta categoría se encuentran por ejemplo la confesión de la parte, la declaración del testigo, el dictamen del perito, la inspección o reconocimiento del juez, la narración o redacción contenida en el documento, la percepción e inducción en la prueba de indicios.

Por otro lado, medio de prueba son los instrumentos y órganos que suministran al juez ese conocimiento y esas fuentes de prueba, es decir con relación a los ejemplos indicados anteriormente, serían en este caso la parte confesante (en lugar de la confesión), el testigo (en lugar del testimonio), el perito (en lugar del dictamen), el documento (en lugar de su contenido), la cosa que sirve de indicio (en lugar de la percepción indiciaria), criterios que en uno y otro sentido se consideran apropiados, sin que se puedan excluir el uno del otro³⁵.

Al referirnos al objeto de la prueba habíamos manifestado que en materia procesal penal los hechos que de algún modo son trascendentes para la decisión judicial deben ser puestos de manifiesto en el proceso y, en ese cometido la vía o el camino legal para llevar esos hechos al proceso son los medios de prueba que, en nuestro Código de Procedimiento Penal se hallan expresamente establecidos, sin que se pueda utilizar otros medios que no sean aquellos facultados por la ley adjetiva penal y en estricto cumplimiento de las normas que rigen su regulación y práctica.

Estos medios son la denominada prueba material, testimonial y documental que los examinaremos detenidamente en los próximos capítulos.

1.12 Videos, medios magnetofónicos y su eficacia probatoria

En esta primera parte de nociones generales sobre la prueba merece especial consideración el tema de los medios de prueba modernos y, concretamente el de las

³⁵ Véase Devis Echandía, Hernando: op. cit., pp. 527 y 528.

grabaciones magnetofónicas y cintas de video, siendo el mismo complejo por el alcance e importancia que trae consigo, pues en su valoración participan las elaboraciones, percepciones y el discernimiento del ser humano, fenómeno subjetivo que, a pesar del desarrollo tecnológico y el conocimiento científico no puede todavía ser aprehendido de manera plena.

Recordemos que la prueba es:

Una actividad (y un resultado) de acreditación o convencimiento de la verdad o certeza de un determinado hecho: la prueba implica así, un objetivo intelectual que se alcanza mediante percepciones sensitivas (fundamentalmente la vista y el oído, pero también el olfato, el gusto y el tacto) que nos proporcionan personas o cosas (lo que las personas dicen o escriben y lo que las cosas muestran o enseñan), en cuanto fuentes, materias o instrumentos probatorios³⁶.

Por consiguiente, dentro de este ámbito del derecho procesal, resalta lo atinente a los medios probatorios, y dentro de éstos, los instrumentos magnetofónicos y cintas de video, dado el avance científico y tecnológico que ha alcanzado la humanidad, que en muchos ordenamientos jurídicos ha causado más de una controversia o dificultad en cuanto a su práctica, incorporación y valoración.

Entendidos los medios de prueba como los mecanismos o instrumentos que se pueden emplear para la justificación de un hecho procesal cualquiera y con ello lograr la convicción o certeza en el Juzgador en torno a lo que es materia de la controversia judicial, la legislación procesal ha recogido en principio los llamados medios probatorios “clásicos”, de allí que nuestro Código Adjetivo Civil, se refiere en el primer inciso del Art. 121, a la confesión de parte, los instrumentos públicos o privados, declaración de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes, para luego a partir del Art. 122 regularlos detenidamente a cada uno de ellos.

Pero la dinámica social de los últimos tiempos ha determinado el surgimiento de los denominados “nuevos medios de prueba”, los cuales han sido definidos como “aquellos que no aparecen relacionados en las antiguas leyes de enjuiciamiento (o, con mayor propiedad, aquellos que no pudieron estar en la mente del legislador al tiempo de

³⁶ Gómez del Castillo y Gómez, Manuel: *Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil*, Universidad de Huelva, España, p. 78. <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/A05.pdf>

promulgarse dichas leyes) y que son propiciados por los avances científicos o tecnológicos”³⁷.

El Art. 121, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil se refiere ya a estos medios probatorios, al prescribir que se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica.

Es decir, nuestra legislación procesal civil ya contempla expresamente la admisibilidad de estos medios probatorios, sin embargo dicha admisión debe estar sujeta a los principios reguladores de la prueba en general como los de eficacia jurídica y legal, naturalidad o espontaneidad, licitud de la prueba, formalidad, unidad, pertinencia contradicción e igualdad de las partes. Además, la obtención y actuación de las pruebas debe sujetarse estrictamente a los preceptos constitucionales y legales, con un profundo respeto a los derechos del ser humano. Así se ha pronunciado la ex Corte Suprema de Justicia en fallos emitidos, como por ejemplo el pronunciado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en el juicio civil No. 83-99 (170-97), de Ordoñez vs. Granja, por investigación de paternidad, publicado en el Registro Oficial No. 159 de 30 de Marzo de 1999, que en su considerando décimo segundo, determina:

En relación con el cargo de que se ha violado lo que dispone el artículo 125 (actual 121) inciso segundo del Código de Procedimiento Civil al no admitir como prueba la grabación magnetofónica a la que se refiere el informe pericial del ingeniero Hugo Recalde, se anota: de conformidad con lo que dispone el artículo 121 (actual 117) del Código de Procedimiento Civil, “Sólo la prueba debidamente actuada esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la Ley, hace fe en juicio”, por tanto, esta norma debe entenderse en su alcance pleno, es decir, que no solamente habrá de velarse porque se haya pedido por quien estaba legitimado, dentro del término de prueba que en esa etapa se haya dispuesto su práctica y la haya llevado a cumplimiento dentro del término concedido para el efecto, previo el cumplimiento de todas las formalidades impuestas por la ley, sino que además se examinará si se observan los otros principios informadores de la prueba, y que han sido objeto de una completa exposición en este mismo fallo, entre los cuales se encuentran los de la eficacia jurídica y legal y el de la naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana. Ahora bien, sirven perfectamente como medios probatorios las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas y cuanto otro medio se hayan inventado y se llegue a inventar para recoger y conservar registradas la figura y la voz humana, así como los hechos de la naturaleza y de las personas, sus actos y negocios jurídicos, a condición de que sean veraces, no fraguados, que si contienen la figura o la voz de la persona en contra de la cual se utiliza, esas grabaciones o registros los haya realizado la

³⁷ Gómez del Castillo y Gómez, Manuel: op. cit., p. 77.

misma persona o terceros con su consentimiento expreso o tácito o con su conocimiento sin que haya mediado protesta o que hayan sido actuaciones públicas, y que quien presente en juicio estos instrumentos materiales los haya obtenido lícita y legalmente, con observancia del principio de la lealtad y la buena fe procesal; de lo contrario, si se han obtenido subrepticamente o con violencia o intimidación o empleando cualquier otro medio ilegal o ilícito, tales instrumentos no servirán como medios de prueba porque se estaría atentando contra un bien mayor, esto es contra los derechos a la intimidad, al honor, a la buena reputación, a la imagen y a la voz, así como contra la garantía de inviolabilidad y secreto de la correspondencia y de cualquier otro tipo o forma de comunicación, que son derechos fundamentales de la persona que se hallan reconocidos y garantizados por la Constitución Política del Estado, en su artículo 23 numerales 8° y 13°.³⁸

En el mismo sentido se pronunció la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en fallo emitido dentro del juicio No. 240-2002, Donoso vs. Jácome, por falsedad de instrumento privado, al establecer en su considerando tercero lo siguiente:

3.1 En el fallo recurrido se hace un extenso relato de los hechos procesales con un histórico detallado de los diferentes pasos cumplidos por el procesado, lo que motivó la iniciación y trámite del proceso penal en examen. 3.2 En esa sentencia se hace notar que la grabación magnetofónica de una conversación telefónica se realizó con violación de los numerales 8 y 13 del Art. 23 en concordancia con el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política de la República (...) 3.3. Es imprescriptible señalar por parte de la Sala que la presentación en el proceso de la grabación magnetofónica efectuada en violación de las garantías constitucionales, invalida la prueba por expreso precepto de la Carta Fundamental, al haberse violado la garantía y el derecho humano de la intimidad y de la reserva en las comunicaciones, en este caso de carácter telefónico. Por lo que en forma enfática se debe desechar tal documento magnetofónico porque es prueba ilegal e indebidamente actuada, lo que lleva a rechazar por parte de la Sala la opinión fiscal en la parte que pretende que por un sano criterio judicial se puede apreciar dicha prueba porque no lo es tal ya que se convierte en inconstitucional debe ser rechazada de plano³⁹.

En cuanto a la valoración de los “nuevos medios de prueba” las posiciones en la doctrina han venido siendo contrapuestas, pues mientras para quienes los nuevos medios de prueba no son sino expresiones actualizadas de los medios clásicos (teoría analógica), los criterios de valoración son aquellos señalados por la ley para los medios en los que son subsumidos; en tanto que para quienes los nuevos medios de prueba tienen una naturaleza propia y diversa de las asignadas a los medios tradicionales (teoría autónoma), los criterios de valoración también son propios⁴⁰. En nuestro ordenamiento legal civil, la parte final del segundo inciso del Art. 121 del Código de Procedimiento Civil determina expresamente que estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.

³⁸ Resolución No. 83-99, publicada en el Registro Oficial No. 159 de 30 de marzo de 1999.

³⁹ Gaceta Judicial, Serie XVII, No. 15, pp. 5122 y 5123.

⁴⁰ Cfr. Gómez del Castillo y Gómez, Manuel: op.cit. pp. 84 y 85.

En materia penal el Art. 89 del Código de Procedimiento Penal, de manera taxativa, establece la clasificación de los medios de prueba en dicho ámbito, al prescribir que: “las pruebas son materiales, testimoniales y documentales”, por consiguiente solo a través de dichos medios se pueden llevar al proceso los hechos objeto de la prueba. En tanto que sobre la valoración de los medios de prueba reiteramos que conforme al Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, toda prueba debe ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica.

Sin embargo, lo afirmado ha llevado a que se emitan ciertas opiniones en el sentido de que los denominados “nuevos medios de prueba”, no estarían incluidos en los medios previstos en nuestra legislación procesal penal. Al respecto Jorge Zavala Baquerizo manifiesta que:

El hecho de que la ley haya señalado en forma taxativa cuáles son los medios de prueba que el juez debe utilizar para la introducción de la prueba en el proceso, no quiere decir que desecha el auxilio de ciertos medios descubiertos por la ciencia –excluyendo cualquier medio coercitivo físico o psíquico- como las películas, las fotocopias, las cintas magnetofónicas, las pruebas del ADN, etc., todos los cuales quedan comprendidos dentro de cualquiera de los medios de prueba autorizados por la ley, como puede ser el material o el documental⁴¹.

Precisamente al regular la prueba documental el Código de Procedimiento Penal contiene algunas disposiciones con relación a los denominados nuevos medios de prueba, fundamentalmente respecto a su examen, intercepción, reconocimiento y utilización, y concretamente los Arts. 152 a 158 se refieren a estos aspectos.

Se ha discutido en la práctica el alcance de las disposiciones de los Arts. 155 y 156 del Código Adjetivo Penal con relación a la autorización que debe otorgar el Juez para la intercepción, registro y reconocimiento de conversaciones telefónicas o de otro tipo, así como de películas, registros informáticos, fotografías, discos u otros documentos semejantes, y si aquellas grabaciones tendrían valor probatorio cuando no se cuente con dicha autorización.

En ese sentido Jorge Zavala Baquerizo dice:

En el mundo actual se ha generalizado el uso de una serie de mecanismos tendientes a prevenir la comisión de delitos o, en su defecto, con la finalidad de identificar a las personas

⁴¹ Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 266.

involucradas en tales delitos. Los sistemas de control y de seguridad a que nos estamos refiriendo son utilizados principalmente en los bancos, en los supermercados, en los casinos y más negocios similares, a través de las cámaras de video que tienen como objetivo tanto el control visual de los clientes, como la vigilancia de la conducta de los empleados. Los administradores de los negocios en que se instalan tales cámaras no necesitan solicitar autorización, ni policial, ni judicial, para la respectiva instalación pues, al contrario, la administración pública considera que tal control interno en los locales comerciales o industriales constituye una ayuda en la lucha contra la delincuencia. Lo mismo sucede con las cámaras de video que en algunas ciudades, como Guayaquil, se han instalado en ciertas avenidas con fines de vigilancia del tránsito y de control ciudadano⁴².

Comparto plenamente el criterio antes enunciado de que en estos casos no es necesaria la autorización judicial pues los mecanismos indicados coadyuvan en la vigilancia de los lugares donde fueren instalados, siempre y cuando fueren lugares abiertos, públicos y de libre circulación. Precisamente este ha sido el contexto para que en las últimas reformas al Código de Procedimiento Penal, publicadas en el Registro Oficial No. 555 de 24 de Marzo del 2009, se haya incluido un artículo innumerado a continuación del Art. 156, el cual en su último inciso establece: “Sin embargo, en aquellos casos de grabaciones o filmaciones relacionadas a un hecho constitutivo de infracción, registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución, por los medios de comunicación social o por cámaras de seguridad, ubicadas en lugares públicos, le servirán al fiscal para integrar la investigación y para introducirlas al juicio como elemento de prueba para su valoración. Éstas no requerirán de la autorización a la que se refiere el artículo ciento cincuenta y cinco”.

Lo anterior se aplica también a las grabaciones, películas, registros informáticos, etc., de cualquier origen que pueden haber sido obtenidos por personas particulares que, en un momento determinado, estuvieron presentes mientras se ejecutaba un acto delictivo, pudiendo en estos casos el juez recabar la grabación, película, etc., y ordenar su reconocimiento mediante peritos⁴³; vale decir si por casualidad una persona se encuentra filmando en un determinado lugar y en ese momento se produce un hecho delictivo, esa grabación puede ser perfectamente admitida como medio probatorio sin que sea menester la exigencia de la autorización judicial.

Pero la situación varía cuando se trata de la instalación de los indicados artefactos en lugares privados, los cuales deben ser considerados fuera del control audiovisual, porque de lo contrario se estaría afectando la intimidad de las personas y, para la

⁴² Zavala Baquerizo, Jorge: op.cit. pp. 334 y 335.

⁴³ Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge: op.cit. p. 336

obtención de las imágenes y sonidos en tales lugares, es necesario que preceda autorización judicial y sólo en los casos en que el juez lo considere indispensable, esto es, que no exista otro medio que la instalación de dichos mecanismos para evitar la consumación de un delito, o para obtener la corroboración de un delito ya cometido, o para establecer la intervención de los agentes de tales delitos. El mismo criterio esgrimido con relación a las grabaciones en lugares públicos tampoco puede aplicarse a cuando, de manera ilegal, una persona procede, mediante el sistema de grabaciones, a invadir la privacidad de otra (es el caso por ejemplo de las grabaciones, o filmaciones de conversaciones de un particular, que han sido obtenidas sin conocimiento de la persona a la cual se graba o se filma, con la pretensión de alcanzar de ellas declaraciones que la perjudiquen personal, social, económica o políticamente)⁴⁴. En estos casos las mencionadas grabaciones carecen de eficacia jurídica y no pueden ser admitidas como medios de prueba, al transgredir derechos individuales consagrados en la Constitución referentes a la intimidad de las personas, la imagen y la buena reputación, e incluso la garantía de que nadie puede ser obligado a autoincriminarse.

En ese sentido es importante citar la parte pertinente del fallo dictado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la anterior Corte Suprema, al que ya hicimos referencia en líneas anteriores y que, en este aspecto, resulta muy ilustrativo:

Es verdad que, en circunstancias especiales, por ejemplo cuando se persiguen ilícitos penales (particularmente cuando se trata de delitos de extrema gravedad, como los de narcotráfico, extorsión, concusión, secuestro, blanqueo de dinero etc.), o en circunstancias en que es imposible la prueba de los hechos por el extremo sigilo en que se realizan, el juzgador de instancia podrá admitir estos medios probatorios, que deberá valorarlos de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debiendo poner especial énfasis en el respeto de los derechos fundamentales de la persona, por ello es que, en las legislaciones modernas, se impone el que previamente al registro y grabación de la voz y la figura de una persona sin su previo conocimiento, sea el Juez o el Fiscal quien lo autorice con conocimiento de causa, de lo contrario tales registros y grabaciones magnetofónicas carecerán de todo valor probatorio. La conclusión de la inadmisibilidad de las grabaciones magnetofónicas no es arbitraria, ya que la actora no acreditó que las obtuvo en forma legal y lícita. Es una práctica viciosa muy extendida el realizar grabaciones clandestinas, sea de conversaciones o de grabaciones telefónicas, las que se pretenden ulteriormente emplear contra quienes intervinieron en ellas con protervos fines, por lo que los jueces están en el deber de velar especialmente porque sea efectiva la garantía constitucional a estos derechos inmanentes al ser humano, pudiendo admitir estos medios probatorios si aparece del proceso que se han acreditado conforme a derecho la concurrencia de las circunstancias extraordinarias que los tornarían idóneos y que no se han violentado las garantías constitucionales señaladas⁴⁵.

⁴⁴ Véase Zavala Baquerizo, Jorge: op.cit., pp. 335-338.

⁴⁵ Resolución No. 83-99, R. O. No. 159, 30-III-1999.

No obstante, se plantea la circunstancia de que durante una conversación telefónica, se perciba y exteriorice la intención de cometer un delito, sucediéndose esos hechos de manera inesperada, surgiendo la interrogante de si esa grabación puede ser admitida como medio probatorio sin requerirse la exigencia de la autorización judicial. Personalmente estimo que si se dan las circunstancias anotadas, conforme lo analizado anteriormente, se podría aceptar esa grabación; sin embargo, para ello se deberán justificar los presupuestos indicados, pues bien podría una persona aducir que los hechos se han presentado inesperadamente cuando de por medio ya existía una intención premeditada de grabar la conversación indicada; por otro lado el inciso segundo del Art. 156 del Código Adjetivo Penal, reformado, expresamente establece que no se requerirá autorización en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o video obtenidas por uno de los intervinientes.

CAPITULO II

LA PRUEBA MATERIAL

En el análisis concreto de los medios de prueba admitidos en nuestra Legislación Procesal Penal, debemos referirnos en primer término a la denominada prueba material que se halla regulada en los Arts. 91 a 116 del Código de Procedimiento Penal.

2.1 Concepto

La infracción o delito por lo general deja vestigios, rastros o huellas, que pueden ser apreciados por los sentidos; estas evidencias materiales para poder ser captadas, recogidas, descritas, conservadas y posteriormente incorporadas al juicio deben servir de la denominada prueba material.

Además, el agente activo del delito, en la comisión del mismo, puede utilizar determinados elementos que muchas veces son dejados en la escena del crimen, o a su vez, de los resultados de la infracción se puede colegir los instrumentos utilizados para su perpetración.

Jorge Zavala Baquerizo al referirse a la prueba material expresa que es el medio probatorio que “lleva al proceso ciertos elementos objetivos “materiales” del acto injusto”⁴⁶.

Ricardo Vaca dice que la prueba material “es la actuación procesal mediante la cual el Juez percibe y aprecia directamente con sus sentidos el objeto, resultados y vestigios de la infracción, así como los instrumentos con los que se cometió”⁴⁷.

El Art. 91 del Código de Procedimiento Penal determina que la prueba material consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios, o en los instrumentos con los que se la cometió.

⁴⁶ Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., Tomo IV, p. 4.

⁴⁷ Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., Tomo II, p.123.

Considerando los criterios expuestos nosotros expresaremos que la prueba material es el medio a través del cual llegan a percepción del Juez los elementos materiales u objetivos de la actuación delictiva, sean éstos rastros huellas o evidencias, así como los instrumentos que han servido para la comisión del delito.

Recordemos que conforme nuestra normativa procesal penal es al Fiscal, en coordinación con la Policía Judicial, a quien le corresponde dirigir la investigación y recabar en principio toda la evidencia material del hecho delictivo, la misma que debe ser presentada al Tribunal de Garantías Penales en el momento procesal oportuno e incorporada al proceso y judicializada para que así surta los efectos legales pertinentes.

Por ende, el adecuado empleo de este medio de prueba resulta de vital importancia en la labor investigativa fiscal y policial, pues de la pureza y rigurosidad de determinados procedimientos periciales dependerá el que se pueda establecer, conforme a derecho, tanto la existencia del delito como la identificación de los partícipes en la misma y la consiguiente culpabilidad de los encausados, o a su vez desestimar imputaciones y acusaciones formuladas.

2.2 El reconocimiento

En nuestra legislación procesal penal el término reconocimiento tiene un sentido impropio, que difiere de la concepción doctrinaria y de otras legislaciones procesales, en las que esta terminología está reservada para los casos de especificación de personas o de cosas cuando, en el caso de las primeras, no se ha logrado identificar plenamente a quien es partícipe, testigo o víctima de un hecho delictivo y es menester proceder a su reconocimiento por parte de la persona que ha aludido su intervención o participación, de entre otras con similares características o rasgos físicos, para su individualización concreta; o a su vez, al tratarse de objetos, cuando se exhibe a una persona la cosa que tenga relación con el hecho delictivo, junto con otras que guarden similitud o aproximación análoga, para su determinación clara y precisa⁴⁸.

El Art. 92 del Código de Procedimiento Penal del Ecuador determina que si la infracción es de aquellas que, por su naturaleza, produce resultados visibles o deja

⁴⁸ Cfr. Jauchen, Eduardo: op. cit., pp. 462 y 484

vestigios, el Fiscal o la Policía Judicial irá al lugar en que se la cometió para practicar el reconocimiento. El resultado, los vestigios, los objetos o los instrumentos de la infracción serán descritos prolijamente en el acta de reconocimiento y pasarán a custodia de la Policía Judicial. Si hay necesidad de pericia, se observarán además las reglas pertinentes.

Vemos entonces que nuestra legislación adjetiva penal concibe al reconocimiento como la diligencia a través de la cual el Fiscal o la Policía Judicial realiza una inspección del lugar o lugares de cometimiento del delito o cosas relacionadas con éste, mediante la descripción prolija de los mismos, lo cual también involucra el examen pericial cuando fuere menester su práctica.

El reconocimiento así concebido supone el examen directo y personal del Fiscal y de la Policía Judicial de la materialidad de la infracción, en los casos en que aquello fuere posible.

Pero también en nuestra legislación el término reconocimiento se aplica a la descripción exterior de cadáveres, conforme al inciso primero del Art. 100 del Código de Procedimiento Penal, que será analizado posteriormente.

2.3 La actuación pericial

En la práctica procesal penal se ha producido un cambio radical en la forma de mirar o de entender el rol cumplido por los peritos, es decir aquellas “personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio”⁴⁹.

Se manifiesta lo anterior pues en el sistema antiguo, los peritos eran concebidos fundamentalmente como “auxiliares de la administración de justicia” o como “peritos del Tribunal”, es decir expertos que ponen su conocimiento especializado al servicio de las necesidades de convicción del juez, sin considerar para nada los intereses de las partes o comportándose en forma completamente neutral o imparcial respecto de ellas; y

⁴⁹ Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio: op. cit. p. 137.

quienes designaban a los peritos eran los propios jueces, en relación a la utilidad para satisfacer las necesidades de acreditación concretas del caso.

Esta lógica cambio de manera radical en el nuevo sistema, en el que los peritos son concebidos como “peritos de confianza de las partes” y no como “auxiliares del Tribunal”, ya que son las partes las que deciden si traen o no a un perito y a qué perito concreto traen a juicio; con ello los peritos dejan de estar al servicio del juez y pasan a estar al servicio de las teorías del caso de quienes los presentan.

Además, en el sistema anterior la prueba pericial estaba centralmente constituida por el informe escrito presentado por el perito y que se acompañaba al expediente, lo cual en el sistema actual resulta inadmisibile, ya que el informe pericial sirve únicamente como declaración previa y puede ser utilizado para refrescar la memoria y sacar a relucir contradicciones, conforme a lo dispuesto en el Art. 119, reformado, del Código de Procedimiento Penal. De tal manera que si el perito no comparece a juicio y no se somete a las preguntas de examen y contraexamen, no se tiene prueba pericial.

Por consiguiente el examen de peritos queda sometido al mismo tipo de reglas que se formulan respecto a los testigos⁵⁰, y que las examinaremos en el capítulo respectivo.

2.3.1 Intervención de peritos

Es preciso mencionar sin embargo que la actuación pericial tiene lugar en la indagación previa y en la instrucción fiscal, conforme a lo dispuesto en el Art. 92 del Código Adjetivo Penal, cuando la infracción es de aquellas que, por su naturaleza, produce resultados visibles o deja vestigios, evento en el cual el Fiscal, de estimarlo pertinente, contará con la intervención de los peritos correspondientes, sin que en ese sentido exista un número determinado en la ley, pues se deja a criterio del representante de la Fiscalía el establecer cuántos peritos deban intervenir, de acuerdo a lo que se crea necesario, pudiendo por ende actuar varios peritos respecto a un mismo hecho o aspecto controvertido, sin que se considere la intervención de alguno de ellos como dirimente.

⁵⁰ Cfr. Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio: op. cit. pp. 160 y 161.

La ley reformativa del Código de Procedimiento Penal, de Marzo de 2009, sustituyó el Art. 95, y al hacerlo cambió en el primer inciso la parte relativa a que “el fiscal ordenará que se realicen por peritos las experticias correspondientes” por la expresión: “los peritos realizarán informes sobre la experticia realizada”, así como derogó tácitamente el inciso segundo respecto a que “para el efecto el fiscal designará el número de peritos que crea necesario”, al igual que el inciso sexto respecto a que “los peritos están obligados a comparecer a posesionarse y a informar, en los plazos señalados por el Fiscal”, tratando con ello, se estima, de evitar que formalismos obstaculicen la actividad pericial en procura de alcanzar los objetivos del proceso penal.

Llama también la atención la derogatoria del inciso tercero del mismo artículo antes citado, en cuanto a permitir que el imputado o acusado pueda designar un perito mediante petición al Fiscal al estimar, se estima, que dicha disposición caía dentro de la consideración, en otras latitudes, del denominado “perito contralor”, muy criticado en cuanto a su imparcialidad al transformarse en un defensor de los intereses de quien lo propuso⁵¹, lo que posiblemente inspiró la derogatoria indicada.

En cuanto a los requisitos para ser perito nuestro Código de Procedimiento Penal en su Art. 94 determina que “son peritos los profesionales especializados en diferentes materias que hayan sido acreditados como tales, previo proceso de calificación de la Fiscalía General del Estado” (actualmente por parte de las Direcciones Regionales del Consejo de la Judicatura), es decir que, conforme a esta disposición legal, la primera condición para ser perito es acreditar una profesión y una especialización en un determinado ámbito del saber humano, debiendo en este caso evidenciarse la calidad habilitante mediante la obtención de un título profesional en la ciencia, arte o técnica respectivos.

En ese sentido la ley reformativa derogó también tácitamente el inciso cuarto del Art. 95 del Código Adjetivo Penal, que posibilitaba la designación de peritos en personas que no son profesionales, al estimar que en el lugar donde se deba realizar la diligencia

⁵¹ Cfr. Cafferata Nores, José: *La Prueba en el Proceso Penal*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 2003, pp. 67-69. En la legislación argentina comentada por el autor citado se establece expresamente que “cada parte” podrá proponer otro perito legalmente habilitado “a su costa”, surgiendo así la duda de la imparcialidad del indicado perito al estimarse que es difícil que se vuelva en contra de quien, por imperio legal, le paga por sus servicios.

no existan peritos habilitados, lo cual según ciertos criterios, se fundamentaba en el hecho de que existen personas que podrían prestar su contingente como peritos, dada su experiencia y especialización en una determinada materia, pero que no necesariamente son profesionales⁵².

Al respecto es preciso determinar que resulta importante que la ley adjetiva penal exija como presupuesto necesario para ser perito su profesionalización y especialización, pues con ello se procura alcanzar el máximo de excelencia en esta función de cooperación con la administración de justicia, evitando así que personas empíricas cumplan esta crucial actividad.

Otra de las condiciones para ser perito es la acreditación, previo proceso de calificación, actualmente por parte de las Direcciones Regionales del Consejo de la Judicatura, conforme al Art. 94 del Código de Procedimiento Penal reformado. Al respecto se debe recordar que el Art. 2 de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica del Ministerio Público (hoy Fiscalía General del Estado), publicada en el Registro Oficial No. 100 de 16 de Junio del 2000, sustituyó el texto del Art. 3 del referido cuerpo legal, en cuanto a determinar dentro de los deberes y atribuciones de la Fiscalía, en el literal h) el establecer y reglamentar un sistema de acreditación de peritos, en las diferentes disciplinas; y, en cumplimiento a dicha disposición legal, mediante Decreto Ejecutivo No. 977, publicado en el Registro Oficial No. 177, de 30 de Diciembre del 2005, se expidió el Reglamento Sustitutivo del Reglamento para el Sistema de Acreditación de Peritos, pues inicialmente el Reglamento se expidió mediante Decreto Ejecutivo No. 316, publicado en el Registro Oficial No. 288, de 30 de Marzo del 2001.

En este Reglamento en su Art. 4 se determinan los requisitos exigidos a los profesionales para ser considerados como peritos, y quienes cumplen tales condiciones y lo soliciten, pasan por un proceso de calificación y únicamente aquellos que son aprobados pueden ser acreditados y contarse con los mismos en calidad de peritos para intervenir en las causas penales y en las investigaciones preprocesales y procesales penales, conforme al Art. 2 del indicado Reglamento, el cual guarda armonía con el Art. 94 del Código de Procedimiento Penal.

⁵² Véase Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 133.

Se ha criticado este condicionamiento bajo el argumento de que al exigirse la acreditación pericial, se impide que se pueda contar como peritos con profesionales muy reconocidos y especializados en determinadas ciencias, artes o técnicas, que tal vez no mostraron su interés en recibir una acreditación de la Fiscalía y que sin embargo tienen conocimientos relevantes que servirían de mucha ayuda para la administración de justicia: y, que si bien la exigencia indicada puede ser útil en cuanto al hecho de evitar que se nombren como peritos a personas que no estén en capacidad de alcanzar niveles de conocimientos de especialización en una ciencia o arte, con la misma disposición se esta sacrificando el contingente valioso, para la administración de justicia, de profesionales especializados, solamente por no haber obtenido la credencial de acreditación otorgada por la Fiscalía General del Estado⁵³; criterio que lo comparto plenamente pues inclusive en la práctica se ha visto que al encontrarse acreditado uno o dos peritos en un determinado ámbito, se los tiene que nombrar una y otra vez, sin poder recurrirse a otros profesionales de reconocida trayectoria, por lo que sería importante una reforma en ese sentido.

Además, los peritos deben reunir requisitos de carácter general. Uno de esos requisitos es la capacidad legal, es decir que el perito debe ser civilmente capaz y haber alcanzado la mayoría de edad, o sea ser mayor de 18 años, condición indispensable para prestar su contingente en esta delicada tarea con madurez y responsabilidad.

Otro requisito es acreditar reconocida honradez y probidad, cualidades necesarias en toda actividad humana, tanto más en aquellas que guardan vinculación con la administración de justicia, circunscritas al rector proceder que deben observar los peritos en su actuación, con total transparencia e imparcialidad.

De evidenciarse los requisitos mencionados el Fiscal contará con los peritos que sean necesarios para la práctica de la diligencia respectiva, siendo el escogitamiento de los mismos, el presupuesto procedimental indispensable de la actuación oficial de quienes, por ley, se encuentran autorizados para intervenir en la calidad indicada en la indagación previa y en la instrucción fiscal; debiendo además, tomar debida posesión

⁵³ Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 140.

del cargo y rendir el juramento respectivo, lo cual conforme la doctrina, asegura la veracidad del informe y la asunción de responsabilidades⁵⁴.

2.3.2 Excusa y no recusación

Habíamos esbozado líneas atrás dentro de las condiciones para ser perito las cualidades morales de honradez y probidad que deben acompañar al perito en su accionar, y dentro de ese contexto la imparcialidad es uno de los elementos necesarios en el desarrollo de la actividad pericial, lo cual implica no solo llevar al juez, a través del informe respectivo, los datos que se le requieran con total veracidad y claridad, empleando con el mayor esfuerzo los conocimientos técnicos y científicos que se tengan, sino además la obligación de cumplir su cometido en todo momento que se lo requiera, salvo cuando exista alguna situación que ponga en duda el accionar imparcial, debiendo en dicho caso el perito presentar su excusa.

Es por ello que el Art. 96 del Código de Procedimiento Penal prescribe que el desempeño de la función de perito es obligatorio. Sin embargo, la persona escogitada deberá excusarse si se hallare en alguno de los casos establecidos en el Código para la excusa de los fiscales.

El objetivo de esta disposición conforme lo recoge la doctrina es “librar de toda sospecha de parcialidad a la actuación del perito”⁵⁵. Sin embargo, mientras en otras legislaciones se exige la excusa del perito por las mismas causas establecidas para los jueces, en nuestro país ésta debe ser presentada al hallarse en alguno de los casos previstos para los fiscales, que según lo dispuesto en el Art. 67 *ibidem*, son los siguientes:

- a) Cuando el sospechoso, el imputado, el acusado, el agraviado, el denunciante, el acusador, o el abogado defensor de cualquiera de ellos sea su cónyuge o conviviente, o tenga con él parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- b) Cuando hubiere sido abogado de alguna de las partes;

⁵⁴ Véase Jauchen, Eduardo: op. cit., p. 385.

⁵⁵ Cafferata Nores, José: op. cit., p. 62.

- c) Cuando tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el juez o con los miembros del tribunal; y,
- d) Cuando esté ligado con cualquiera de las personas mencionadas en el literal a), por intereses económicos o de negocios de cualquier índole.

En lo que dice relación a la recusación, en nuestra legislación adjetiva penal expresamente se determina que los peritos no podrán ser recusados (Art, 97 CPP), diferenciándose esta disposición de las establecidas en otros ordenes normativos en las que se admite la recusación, estableciéndose inclusive un trámite para la misma⁵⁶.

Estimamos que la disposición citada persigue evitar que se presenten incidentes procesales en cuanto a la actuación pericial, que dificulten o dilaten el procedimiento, pero luego a su vez recalca el deber del perito de presentar su excusa al estar incurso en alguno de los casos previstos en la ley, so pena de invalidar el informe respectivo.

2.3.3 Contenido del informe pericial

En cuanto a lo que el informe pericial debe contener el Art. 98 del Código Adjetivo Penal determina varios requisitos, que se examinan a continuación:

1) La descripción detallada de lo que se ha reconocido o examinado, tal cual lo observó el perito en el momento de practicar el reconocimiento o examen.

En primer término el perito debe describir el objeto materia de análisis, con la mayor prolijidad posible, respecto a como ha sido hallado al tiempo de practicarse la diligencia, para que posteriormente de ser el caso sirva de elemento comparativo en cuanto a la alteración sufrida por el mismo en relación a su estado original, en virtud de la acción delictiva, o a su vez para que no existan dudas respecto al objeto analizado, evitando errores o sustituciones.

2) El estado de la persona o de la cosa objeto de la pericia, antes de la comisión del delito, en cuanto fuere posible.

⁵⁶ Véase Art. 256 del Código de Procedimiento Penal de la Nación Argentina.

Nuestro Código Procesal determina que el perito describa también la persona u objeto sometido a análisis respecto de cómo se encontraba con anterioridad al cometimiento del hecho delictivo, siempre que aquello sea factible, tratando de esta manera de dejar establecido su posición, ubicación o estado anterior, para así apreciar las consecuencias dañosas por ellos sufridas.

3) La determinación del tiempo probable transcurrido entre el momento en que se cometió la infracción y el de la práctica de reconocimiento.

Las circunstancias de tiempo y lugar son trascendentales en la investigación delictiva, y en ese sentido el perito brinda un aporte valioso con dicho fin, pues muchas veces un hecho que aparece ocurrido a una hora determinada y en una circunstancia dada, en virtud de la información pericial sobre el tiempo probable transcurrido desde el cometimiento del delito, permite establecer las reales circunstancias y momento del mismo.

4) El pronóstico sobre la evolución del daño, según la naturaleza de la pericia.

La acción delictiva genera consecuencias y, en ese sentido el pronóstico comprende la estimación del perito sobre dichas consecuencias en el tiempo venidero, desde la fecha del reconocimiento pericial.

Al respecto Jorge Zavala Baquerizo manifiesta:

El perito, a base de la posible evolución del daño o la lesión, puede hacer un pronóstico que, en todo caso, es una simple opinión que puede ratificarse o no en el futuro, sin que el hecho que no se cumpla el pronóstico le pueda significar al perito responsabilidad alguna, desde el momento en que se trata simplemente de una opinión fundada en la observación presente del objeto de la pericia y sujeta a las contingencias biológicas, psicológicas, materiales, temporales, etc., esto es, a imponderables a que, en el futuro, pueda quedar sometida la cosa reconocida pericialmente⁵⁷.

El profesional en base a los conocimientos especializados que posee puede emitir un criterio sobre los efectos que pueden sobrevenir en torno a la persona u objeto sometido a reconocimiento.

⁵⁷ Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., pp. 167 y 168.

5) Las conclusiones finales, el procedimiento utilizado para llegar a ellas y los motivos en que se fundamentan.

Las conclusiones son “las respuestas precisas de los expertos relativas a las cuestiones sometidas a su consideración”⁵⁸, vale decir, son las deducciones científicas y lógicas de las operaciones o experticias practicadas, las cuales deben ser expuestas con claridad y precisión; pero, las mismas deben fundamentarse en los procedimientos, métodos o técnicas utilizados por los peritos en el desarrollo de su actuación, los cuales a su vez deben ser descritos pormenorizadamente, con la debida motivación.

6) La fecha del informe.

El informe pericial debe contener la fecha de su elaboración, aspecto formal que debe cumplirse en orden a dejar establecido cuándo se emitió el mismo.

7) La firma y rúbrica del perito.

Finalmente el informe debe contener la firma y rúbrica del perito, garantizándose con ello que las enunciaciones constantes del mismo se las realice con absoluta objetividad, en orden a las responsabilidades civiles y penales que pudieran derivarse de aquel.

El Art. 98 objeto de análisis dispone además que en el caso de que hubieren desaparecido los vestigios de la infracción, los peritos deben opinar fundamentadamente si tal desaparición ha ocurrido natural o artificialmente. Esta disposición complementa la del inciso final del Art. 92 del Código de Procedimiento Penal en cuanto a la concurrencia del Fiscal al lugar de cometimiento de la infracción y, al hallarse en la circunstancia indicada de desaparición de vestigios, debe dejar constancia en acta de tal hecho, debiendo también los peritos emitir su criterio motivado sobre este aspecto.

2.4 La prueba material en varias conductas delictivas

⁵⁸ Cafferata Nores, José: op. cit., p. 79.

Como hemos mencionado en páginas anteriores, cuando la infracción es de aquellas que, por su naturaleza, deja huellas o vestigios, debe procederse al reconocimiento, como mecanismo necesario para llevar al proceso la prueba material derivada del delito, jugando un papel preponderante en esa tarea la labor de los peritos en la práctica de las experticias respectivas.

Resulta entonces importante analizar la actividad pericial en las diferentes conductas delictivas, conforme la normativa prevista para cada una de ellas.

2.4.1 Muerte

En todos aquellos casos en que la conducta delictiva conlleve la muerte de una persona, ya sea al tratarse de los delitos de homicidio (en sus diversas modalidades: simple, inintencional, preterintencional, culposo, en riña, etc.) o de asesinato, se deben cumplir tres diligencias determinantes:

2.4.1.1 Identificación del cadáver

El primero de los actos procesales que deben cumplirse conforme al Art. 99 del Código de Procedimiento Penal, es la identificación del cadáver, actividad que como lo dice Simonín consiste en “buscar los signos físicos mediante los cuales es posible reconocer la personalidad civil del fallecido”⁵⁹, es decir, esta diligencia consiste en tratar de establecer la identidad de la víctima, determinar quién es, en base a los procedimientos que la misma ley establece.

Al Fiscal o a la Policía Judicial les corresponde procurar establecer la identidad del fallecido, en primer término, en base de declaraciones de personas que hubieren conocido en vida al individuo. El actual Código Procesal Penal no determina un número concreto de personas necesarias para la identificación, diferenciándose así del anterior, en el que se requería de dos testigos para la práctica de esta diligencia, como rezago del sistema de valoración legal de la prueba⁶⁰.

⁵⁹ Simonín. Citado por Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 186.

⁶⁰ Véase Guerrero Vivanco, Walter: op. cit., p. 138.

Pero además de esta posibilidad de identificación, el Código prevé el que se pueda hacerlo por cualquier clase de medios científicos y técnicos, y para ello hoy en día se cuentan con procedimientos científicos avanzados que involucran desde fotografías, la obtención de huellas digitales, el examen óseo, dental, capilar y de ADN (comparación de patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico).

2.4.1.2 Reconocimiento exterior y autopsia del cadáver

Una vez practicada la identificación del cadáver se debe proceder al reconocimiento exterior del mismo, que se halla previsto en el Art. 100 del Código de Procedimiento Penal, como segundo paso del reconocimiento pericial al tratarse de los delitos que conlleven la muerte de una persona, el cual consiste en un examen detallado, prolijo y minucioso del cuerpo inerte, que permita al Juez y al Tribunal darse una idea completa de la constitución exterior de la víctima con todas las huellas que pudieron quedar grabadas en su cuerpo como consecuencia de la acción delictiva⁶¹,

Esta diligencia por consiguiente conlleva una exploración exterior sucinta de todas las regiones corporales del fallecido, en procura de encontrar rastros de violencia y sus caracteres morfológicos.

Terminado el reconocimiento exterior, se debe proceder a la autopsia del cadáver, la cual conforme también al Art. 100, se debe practicar abriendo las tres cavidades corporales: craneal, torácica y abdominal, mediante también un examen detallado de las mismas.

En teoría y en la práctica la autopsia se constituye en la diligencia de mayor trascendencia, con relación a las anteriores ya analizadas, pues de la práctica de la misma por parte de peritos que actúen con responsabilidad y eficiencia, se puede establecer la causa evidente, o al menos, la probable del fallecimiento; además del día y la hora en que presumiblemente éste ha tenido lugar, es decir el tiempo aproximado de la muerte de la víctima, con un rango de un mínimo y un máximo, en base al estudio de

⁶¹ Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 191.

los fenómenos cadavéricos: enfriamiento, rigidez, putrefacción, etc.; así como el instrumento que pudo haber sido utilizado.

La apertura de las tres cavidades del cadáver es determinante pues la doctrina refiere casos en que por negligencia o falta de acuciosidad pericial no se ha podido establecer las verdaderas causas de la muerte de personas, aunque sin caer en el extremo de que se declare la nulidad procesal si se han aperturado una o dos cavidades, de las cuales se establece, en forma científica e inobjetable, la causa evidente y probable de la muerte violenta⁶².

2.4.2 Aborto

Uno de los delitos que mayores dificultades presenta al tiempo de establecer elementos probatorios que lo justifiquen es el aborto, pues al igual que los delitos sexuales ésta conducta delictiva se la ejecuta en circunstancias de clandestinidad extrema, sin la presencia de testigos u otras personas que no sean las directamente involucradas.

En virtud de lo expresado, la actuación pericial es determinante en procura de establecer las circunstancias de la infracción. Al respecto se debe precisar que el aborto puede conllevar no solo la muerte del embrión o del feto, sino también en muchos casos la de la madre; y, éste puede ser natural, culposo o doloso, constituyéndose únicamente en estos dos últimos casos en conducta delictiva penada por la ley.

Por ende, varios son los tipos de aborto que se pueden presentar, así:

El aborto espontáneo que es aquel que se produce naturalmente, es decir sin la intención de provocarlo, el cual no se encuentra penado por la ley.

El aborto terapéutico, que si bien es provocado pero no es punible en nuestra legislación, pues se lo practica para evitar un peligro para la vida, o para la salud de la madre.

⁶² Véase Guerrero Vivanco, Walter: op. cit., pp. 139-141.

El aborto eugenésico que se practica al tratarse de embarazo producto de un delito de estupro o de violación en una mujer idiota o demente, conforme nuestra legislación penal; aborto admitido únicamente en las circunstancias previstas, pues caso contrario el aborto es punible.

El aborto doloso, aquel que fuera de las circunstancias antes previstas se lo ejecuta con la intención manifiesta de provocarlo, y que conlleva sanción penal.

El aborto culposo, que tiene lugar por actuaciones imprudentes o negligentes, ante todo de profesionales de la salud.

Conforme al Art. 103 del Código de Procedimiento Penal, al tratarse de este delito los peritos deben hacer constar en su informe:

- a) Los signos demostrativos de la expulsión o destrucción violenta del feto. Fundamentalmente para establecer la intencionalidad de la conducta, o si el aborto se ha producido de manera espontánea.
- b) El tiempo posible del embarazo. Pues es la gestación la que determina la adecuación al tipo penal, y el establecimiento de lo previsto en este literal permitirá determinar las circunstancias de la infracción en cuanto a tiempo y lugar.
- c) Las causas que hayan determinado el hecho. En este caso los peritos deberán opinar razonadamente sobre las causas que han producido el aborto, y éstas pueden ser variadas: empleo de instrumentos, drogas ingeridas, maniobras directas o indirectas, etc.
- d) Si ha sido provocado. Los peritos deberán establecer también en su informe si el hecho ha sido producido intencionalmente, pues son ellos en base a su experiencia quienes pueden sentar las premisas necesarias sobre este aspecto.
- e) Las demás circunstancias que deben tomarse en cuenta para apreciar integralmente la infracción. Cualquier consideración adicional que permita al

fiscal y al juez apreciar en su conjunto los móviles y circunstancias de la infracción deberán también ser descritos por los peritos en orden a coadyuvar con la administración de justicia.

El inciso segundo del Art. 103 *ibidem*, determina que al tratarse de los delitos de aborto y de aquellos de carácter sexual, los peritos deben practicar el reconocimiento sin la presencia del fiscal y del secretario, lo cual es pertinente y adecuado por obvias razones.

2.4.3 Envenenamiento

De estimarse que la muerte de una persona fue causada por envenenamiento, los peritos legistas deben practicar el reconocimiento exterior y la autopsia del cadáver conforme a lo dispuesto en el Art. 100 del Código de la materia, pero principalmente deben orientar su acción al examen minucioso de las sustancias que se encuentren en las vísceras de la víctima.

En cuanto a los motivos para el examen toxicológico de los órganos afectados Jorge Zavala Baquerizo nos aclara:

La razón (...) es simple, pues dada la diversidad de venenos no todos se fijan en el mismo órgano del cuerpo humano sino que, de acuerdo a la naturaleza particular de cada veneno, éste se radica en ciertos órganos con los cuales guarda determinada afinidad. Por tal razón es que la ley exige que el perito obtenga las sustancias contenidas en las vísceras y en cada órgano de la víctima para que el perito haga un análisis detenido de cada sustancia y de cada órgano para que pueda concluir así sobre la naturaleza del veneno que produjo la muerte⁶³.

Como no siempre en el lugar donde se sustancia el proceso, o en la capital provincial, existen peritos capacitados para este tipo de experticia, el Art. 104 del Código de Procedimiento Penal faculta que el Fiscal remita los órganos y sustancias respectivos, en envases sellados, lacrados y rubricados, a la Facultad o Instituto de Química más cercano para su análisis.

2.4.4 Lesiones

⁶³ Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., pp. 226 y 227.

Las lesiones son aquellos trastornos patológicos, mediatos o inmediatos que se presentan cuando sobre el individuo se ha hecho actuar la violencia, entendida ésta no solo en su manifestación física o mecánica sino en sus más variadas formas: la acción irritativa local o la tóxica general derivada de sustancias tóxicas o venenos; la acción térmica del calor que produce la quemadura en sus diversos grados, la acción dañina de las emociones o estados emocionales intensos sobre el individuo como las de pavor, miedo o terror; de ahí que a las lesiones se las concibe como el resultado de una violencia externa que puede comportar un daño anatómico o fisiológico, es decir, producir una perturbación en la integridad física de la persona o el desequilibrio funcional de la misma⁶⁴.

Las lesiones producidas por violencia externa y que conllevan un daño anatómico o fisiológico, que se manifiestan además en contusiones y heridas, según los instrumentos u objetos que se utilicen para producirlas (cuerpos contundentes duros en el primer caso; y, armas de cualquier naturaleza – de fuego, blancas, contundentes- en el segundo), revisten una importancia trascendental en su análisis pericial, pues, de lo que el perito establezca en su informe, dependerá la adecuación de la conducta en un tipo penal determinado.

El Art. 105 del Código de Procedimiento Penal establece que al tratarse de este tipo de delitos, el perito debe hacer constar en su informe, necesariamente lo siguiente:

- a) La descripción minuciosa de las lesiones. El perito debe hacer una relación clara del tipo de lesiones examinadas, ya sean contusiones o heridas, y la forma en que estas han sido encontradas, además de su localización.
- b) El diagnóstico, el pronóstico y el instrumento que pudo haber producido las lesiones. El diagnóstico consiste en “una relación breve sobre la naturaleza de la lesión; por pronóstico se entiende la opinión de los peritos acerca de la gravedad de las lesiones según el tiempo que deberá transcurrir hasta que la víctima se recupere; y, en cuanto al instrumento no es sino el objeto o arma empleado para producir las lesiones”⁶⁵.

⁶⁴ Cfr. Abarca, Manuel: Lecciones de Medicina Legal. Citado por Guerrero Vivanco, Walter: op. cit., pp. 149 y 150.

⁶⁵ Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 155.

- c) En cuanto fuere posible, el estado de salud del lesionado al momento en que las lesiones fueron producidas. Los peritos no solo deben limitarse a establecer el daño evidenciado por la víctima al tiempo del examen por ellos realizado, sino que deben hacer un estudio clínico de la persona lesionada para poder establecer el estado de salud que ésta tenía al tiempo de sufrir la lesión.
- d) La época probable en que se produjeron las lesiones y sus causas. La determinación del tiempo de realización de las lesiones es importante, ya que en muchas ocasiones éstas pueden ser anteriores o posteriores al momento que se dice han sido producidas, dando aquello lugar a un giro inusitado en la investigación. En cuanto a las causas de elaboración de las lesiones, éstas deben ser descritas prolijamente, pues como hemos indicado anteriormente las lesiones pueden tener un origen diverso.

En la práctica, por lo general en el informe pericial se establecen las características exteriores de las lesiones y se determina que “salvo complicaciones”, éstas durarán un determinado período de tiempo, lo cual en éste último caso permite adecuar la conducta a un tipo penal concreto, pues la tipificación del delito de lesiones esta dada precisamente por el tiempo de incapacidad de la víctima, e incluso ese tiempo establecido pericialmente conlleva que nos encontremos frente a un delito (mayor a tres días) o una contravención.

2.4.5 Delitos contra la propiedad

Al tratarse de delitos contra la propiedad, para su determinación, se deben justificar dos aspectos:

- a) La preexistencia de la cosa sustraída o reclamada, es decir que la cosa objeto de la infracción existió al tiempo del cometimiento del delito; y,
- b) Que dicha cosa se encontraba en el lugar donde se afirma que estuvo al momento de ser sustraída.

Estos requisitos deben ser cumplidos de manera obligatoria conforme a lo dispuesto en el Art. 106 del Código de Procedimiento Penal, disposición que ha sido cuestionada por la doctrina en cuanto al requerimiento de que los presupuestos citados se los debería

“justificar en el juicio”, al no quedar claro si la mencionada expresión conlleva la utilización de medios de prueba en procura de la demostración de los dos requisitos antes mencionados únicamente en la etapa de juicio, o si podría admitirse justificativos en ese sentido en cualquier etapa del proceso, pues, es precisamente la utilización ligera del término “juicio” la que lleva a esa confusión. Personalmente considero que al estar expresamente determinado en la ley adjetiva penal, que en la etapa del juicio es en la que se practican los medios de prueba, es en la misma en la que se deben justificar estos presupuestos.

Polémica también ha despertado en la doctrina nacional el establecer si los requisitos mencionados se los debe justificar en todos los delitos contra la propiedad o si únicamente debe hacerse tratándose de los delitos de robo, hurto y abigeato, dada la redacción del primer inciso del Artículo que comentamos, controversia que se genera también en virtud del texto del último inciso de la misma disposición legal, que establece: “en las demás infracciones contra la propiedad se observará lo dispuesto en el inciso primero, en cuanto fuere aplicable”, disposición que conforme la redacción de la misma, no es obligatoria, lo cual para algunos implica que no en todos los delitos contra la propiedad se deberían justificar estos requisitos, sin embargo existe una tendencia a admitir estos presupuestos en todos los delitos contra la propiedad.⁶⁶

Al diferenciarse el robo del hurto en cuanto a que el primero se lo ejecuta mediante la utilización de fuerza en las cosas o violencia en las personas, es lógico que en el indicado caso debe procederse además al reconocimiento pericial para establecer la existencia de huellas o vestigios que acrediten estos elementos del tipo penal indicado.

En cuanto al abigeato, de acuerdo al Art. 554 del Código Penal se debe justificar que la sustracción (ya sea hurto o robo de ganado) ha tenido lugar en un sitio destinado para la conservación, cría o ceba del ganado, por lo que deberá procederse al reconocimiento pericial del lugar respectivo con dicho fin; además, conforme al mismo Art. 106 del Código Adjetivo Penal, se deben agregar al proceso, de haberlos, los certificados de marcas y señales, inscritos oficialmente para identidad del ganado, es decir aquellos documentos que acrediten la propiedad de los semovientes correspondientes.

⁶⁶ Véase Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 239.

2.5 Reconocimiento de instrumentos

Al referirnos propiamente al reconocimiento en este capítulo, habíamos manifestado que éste puede tener por fin lugares o personas en la escena del delito, así como también instrumentos u objetos utilizados para la comisión del mismo, mediante su descripción prolija y detallada.

En la perpetración de un delito se pueden utilizar los más variados objetos o elementos, los cuales en ocasiones se los deja en el mismo sitio de cometimiento del delito, o en otros lugares al pretender abandonarlos u ocultarlos, o definitivamente se los hace desaparecer, siendo obligación de los peritos, al ser hallados dichos instrumentos, proceder a su minucioso reconocimiento para así dejar establecidos procesalmente los tipos de armas o instrumentos que se utilizaron en la infracción, es por ello que el Art. 110 del Código de Procedimiento Penal, expresamente dispone se proceda a dicho reconocimiento, o caso contrario, se debe dejar constancia escrita de que no ha sido posible ubicar el o los instrumentos respectivos.

2.6 Reconstrucción del hecho

En procura de establecer objetivamente como tuvo lugar un acto o hecho delictivo y clarificar aspectos en torno al mismo, el Fiscal tiene a su arbitrio la posibilidad de practicar, con la colaboración de la policía judicial, la reconstrucción del hecho respectivo, conforme a lo previsto en el Art. 112 del Código Adjetivo Penal.

A decir de Florián, esta diligencia es:

Una representación tangible, aunque aproximativa de la realidad, con el propósito de re-evocar 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 simultánea y coordinada, siguiendo los lineamientos en que se afirma o se supone que el acontecimiento ocurrió; tratándose en esencia de una representación simulada del comportamiento que habrán observado los protagonistas del hecho a reconstruir⁶⁷.

⁶⁷ Florián. Citado por Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 143.

Determinados autores recalcan y defienden la necesidad de la práctica de la diligencia citada al considerarla adecuada y procedente en procura de descubrir la verdad, en tanto que otros la estiman carente de todo valor jurídico, al sostener que el delito es un hecho histórico irreversible y que nadie puede volver las cosas al estado anterior al que se encontraron al momento del delito, por lo que esa actuación, dicen, se constituiría solamente en una representación o parodia, tanto más si la propia ley de procedimiento reconoce que el acusado no está obligado a comparecer a la práctica de tal acto procesal y, proceder sin él en procura de establecer su comportamiento en uno u otro sentido, sería prejuzgar la actuación del mismo⁶⁸.

Personalmente considero, de lo observado en la práctica, que esta diligencia si bien no aporta decisivamente en la resolución de la causa, permite en determinados casos establecer aspectos que de otra manera no podrían ser llevados al proceso, y que en conjunto con otros medios de prueba, pueden ser tomados en cuenta por el juzgador.

2.7 Validez de los actos de reconocimiento no obstante la declaratoria de nulidad del proceso

El Código de Procedimiento Penal en su Art. 114 recoge una disposición que ya constaba en el Código de 1983, en cuanto a que si por cualquier motivo se nulita el proceso, y siendo en sí válidos los actos de reconocimiento, no habrá necesidad de que se proceda a un nuevo reconocimiento. Esta disposición se fundamenta en el hecho de que practicado el reconocimiento conforme las normas legales previstas para el mismo, éste conserva su eficacia jurídica, no obstante que se declare la nulidad procesal, sin que por consiguiente tenga que volver a practicarse un nuevo reconocimiento, con las consecuencias jurídicas y dificultades que aquello implicaría.

La misma disposición legal considera el caso de la destrucción o pérdida del proceso penal, eventos en los cuales tampoco deberá procederse a la practica de nuevos reconocimientos, sino que al existir la obligación legal, conforme al Art. 113 ibidem, de que el Secretario de la Fiscalía conserve copias certificadas del “nombramiento y posesión de los peritos”, de las actas de las diligencias de reconocimiento y de los

⁶⁸ Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., pp. 254 y 255.

informes periciales, serán estas copias las que deberán agregarse al nuevo expediente, dejando a su vez compulsas de las mismas en el archivo de Secretaría de la Fiscalía.

De haber incumplido el Secretario de la Fiscalía respectiva, su obligación legal de guardar las copias referidas anteriormente, lo cual conllevaría sanciones administrativas para el mismo, la ley considera necesario que los peritos que intervinieron en las diligencias pertinentes, rindan declaración jurada sobre aquello que fue materia del reconocimiento y sobre sus informes correspondientes.

2.8 Incorporación de la prueba material en la audiencia de juicio

La prueba debe ser producida en la etapa de juicio, salvo casos excepcionales, así lo establece el Art. 79 del Código de Procedimiento Penal, por consiguiente todas las actuaciones de la etapa de instrucción fiscal no alcanzan valor probatorio sino son incorporadas y acreditadas apropiadamente en la audiencia de juicio, pues al constituirse en hechos y circunstancias de interés para el caso, éstas necesariamente deben ser probadas.

La prueba material debe ser recogida y conservada para ser presentada en la etapa de juicio, lo cual involucra no solamente el llevarla a la audiencia respectiva, sino incorporarla y acreditarla de manera adecuada.

Lo anterior se fundamenta en el hecho de que nadie tiene por qué creer que un objeto tiene relación con la actuación delictiva, solamente por decirlo o presentarlo de esa manera, sino que se debe aportar información sobre aquello, ofreciendo la acreditación respectiva, a través de quienes declaren que efectivamente el elemento material corresponde a aquello que la parte pretende que es; o sea, que los objetos deben ser ingresados al juicio a través de testimonio⁶⁹.

La acreditación por ende conlleva que un testigo idóneo de cuenta del origen y fidelidad de la prueba material; como por ejemplo, el policía que recogió el arma en el sitio del

⁶⁹ Cfr. Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio: op. cit. p. 137.

suceso, y que de cuenta de la cadena de custodia de dicha arma, en cuanto a su rotulación, sello, conservación, experticias, etc.

A su vez, el perito o peritos que practicaron las experticias correspondientes deben ser llevados a declarar en la audiencia con la finalidad de acreditar el objeto u objetos materia de las mismas, partiendo de la acreditación del conocimiento especial que aducen poseer los referidos profesionales, a través de preguntas relacionadas con sus estudios, títulos, publicaciones, investigaciones, experiencia, especialidad, los procedimientos utilizados, etc.

En ese sentido, los informes periciales no constituyen prueba ni pueden ser ingresados al juicio como tal, pues la prueba pericial implica que los peritos deben comparecer personalmente a la audiencia a rendir declaración, y someterse así a las reglas de examen y contraexamen respectivas, pudiendo los informes escritos ser utilizados únicamente para refrescar la memoria del perito y manifestar inconsistencias relevantes entre las declaraciones actuales con el informe⁷⁰.

En cuanto a los actos de reconocimiento, habíamos manifestado que éstos conservan su eficacia, no obstante la declaratoria de nulidad del proceso, constituyéndose los mismos, conforme a la doctrina, en un caso excepcional en el que las declaraciones producidas por el propio sistema de persecución penal se incorporan, simplemente como documentos, a través de la lectura en el juicio del acta que contiene la respectiva diligencia⁷¹, salvo el caso en que no existieren las copias de la diligencia aludida, por omisión de Secretaría de la Fiscalía, conforme lo analizado anteriormente, debiendo en uno y otro caso los peritos que intervinieron en la diligencia, rendir declaración jurada en el juicio sobre lo que fue materia de reconocimiento para así incorporar apropiadamente la prueba material.

⁷⁰ Cfr. Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio: op. cit. pp. 173-175.

⁷¹ Véase Beytelman, Andrés y Duce, Mauricio: op. cit. p. 148.

CAPITULO III

LA PRUEBA TESTIMONIAL

El segundo medio de prueba que contempla nuestro Código de Procedimiento Penal es el testimonial, que se halla regulado en los Arts. 117 a 144 del indicado cuerpo normativo.

3.1 Concepto

Para conceptualizar a la denominada prueba testimonial debemos partir por establecer las personas que se encuentran inmersas en la misma, pues para algunos son elementos de este medio de prueba solamente los terceros imparciales, en tanto que para otros, además de éstos lo son también los ofendidos y los acusados, criterio que se halla recogido en el Código Adjetivo Penal del Ecuador, y al que nos adherimos.

Desde la perspectiva de Jorge Zavala Baquerizo la prueba testimonial está integrada por las declaraciones que rinden el ofendido, ofensor o tercero imparcial ante el juez, transmitiendo una experiencia vivida, captada en un lugar y tiempo concretos⁷².

Testimonio dice Nores es “la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer por percepción de sus sentidos sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de éstos”⁷³.

Walter Guerrero por su parte expresa que el testimonio es el método de comprobación de la verdad, por el cual los hombres declaran sobre lo que vieron, oyeron, gustaron, palparon u olfatearon con sus sentidos⁷⁴.

Nosotros definiremos a la prueba testimonial en el ámbito penal, como aquel medio probatorio a través del cual los individuos, sea en calidad de terceros imparciales, ofendidos o acusados, comparecen ante los jueces competentes para relatar lo que

⁷² Véase Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit. Tomo V, p.7.

⁷³ Citado por Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., Tomo II, p. 161.

⁷⁴ Véase Guerrero Vivanco, Walter: op. cit. pp. 166 y 167.

conocen sobre los hechos sometidos a juzgamiento y contribuir así al esclarecimiento de la verdad procesal.

3.2 Importancia de la prueba testimonial

La relevancia de la declaración testimonial en materia penal está dada por el hecho de que, no obstante el transcurso del tiempo desde cuando se la acogió como medio probatorio, no se la ha podido desechar como mecanismo de comprobación de los hechos sujetos a investigación y juzgamiento, pues todavía no se han descubierto métodos científicos que nos permitan conocer con precisión lo que ocurrió en el pasado, y mientras aquello no ocurra tendremos que seguir recurriendo al relato de las personas que presenciaron una infracción y de quienes estuvieron inmersos en la conducta delictiva, o se presume que lo estuvieron, sea como víctimas o victimarios.

En este aspecto la doctrina se contrapone entre aquellos que defienden la tesis de la presunción de la veracidad humana, y con ello el criterio de la natural inclinación del hombre a decir la verdad; y, por otro lado, quienes sostienen que, por su propia naturaleza el hombre se inclina a faltar expresamente a la verdad, sin desconocer una posición intermedia que destaca la importancia probatoria innegable del testimonio humano, pero sin desestimar la posibilidad de que el testigo falte a la verdad, ya por deficiencias de sus sentidos o ya porque cambie deliberadamente la realidad, ante lo cual la legislación ha establecido determinados mecanismos de control y ha impuesto ciertas limitaciones de este medio probatorio⁷⁵.

3.3. Protección de testigos

Dentro de las normas que regulan la denominada prueba testimonial se ha incluido la contenida en el Art. 118 del Código de Procedimiento Penal relativa a la “protección de testigos” por parte de la Fiscalía, la cual recoge, al menos en teoría, esta corriente doctrinaria vigente ya en muchos países, en varios de ellos con excelentes resultados.

⁷⁵ Cfr. Guerrero, Walter: op. cit., pp. 165-168.

En nuestro país se ha pretendido hacer efectiva la disposición legal antes indicada a través de la expedición del Reglamento Sustitutivo del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y demás participantes en el Proceso Penal, publicado en el Registro Oficial No. 150, de 17 de Agosto del 2007, que contiene regulaciones en orden a otorgar protección a aquellas personas que a través de sus declaraciones testimoniales brinden su colaboración con la administración de justicia para el esclarecimiento de la verdad procesal y, especialmente, cuando esas declaraciones revistan trascendental importancia y con ello la vida, integridad y salud física del testigo o de sus parientes se hallen en peligro; sin embargo queda mucho por hacer en esta materia, tanto más que en otras latitudes se están considerando mecanismos de protección a través de la aceptación de los denominados testigos de identidad desconocida y testigos ocultos, en procura de guardar la identidad de los mismos, entrando en el debate la imposibilidad de hacer efectivos los principios de contradicción, inmediación y de legítima defensa, lo cual conforme a nuestro sistema legal es inadmisibile.

3.4 Recepción del testimonio

El Código de Procedimiento Penal hace una diferenciación entre el testimonio propiamente dicho y las versiones, tanto en cuanto al momento en que deben rendirse los mismos, y ante quién deben cumplirse, como en cuanto al valor probatorio que conlleva uno y otro.

Los testimonios deben ser receptados en la etapa de juicio ante los Tribunales de Garantías Penales, salvo el caso de los denominados testimonios urgentes que deben ser rendidos ante los Jueces de Garantías Penales; en tanto que las versiones se las rinde ante los Fiscales.

En cuanto al valor probatorio, únicamente las declaraciones rendidas ante los Tribunales de Garantías Penales o los Jueces de Garantías Penales, tienen el valor de testimonios, en tanto que las versiones que recoge el Fiscal antes del Juicio, tanto del propio sospechoso, como del imputado, del ofendido y de terceros, sobre los hechos y circunstancias materia de la investigación o de la instrucción, no tienen valor de pruebas

a menos que esas informaciones sean ratificadas, mediante testimonio rendido en la audiencia⁷⁶.

El testimonio por ende se sujeta a formalidades expresamente establecidas en el Art. 123 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, sea que se trate del testimonio propio, del ofendido o del acusado, los cuales los analizaremos en detalle más adelante.

3.5 El testimonio en la etapa de juicio y el testimonio anticipado

Conforme a nuestra legislación la prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio según las disposiciones que el Código de Procedimiento Penal establece; tanto es así que inclusive las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzan el valor de prueba una vez que sean incorporadas en la etapa del juicio.

Por ende, la prueba testimonial objeto de nuestro estudio, también por regla general, debe recibirse en la etapa del juicio ante los correspondientes Tribunales de Garantías Penales, al ser para muchos la más importante de las etapas, pues en ella se deben hacer efectivos los medios probatorios admitidos en nuestro ordenamiento procesal penal, y entre ellos los testimonios, ya sean el propio, el del ofendido o el del acusado, los cuales juegan un papel preponderante.

Pero, por excepción la prueba testimonial puede recabarse con antelación ante los Jueces de Garantías Penales, cuando la situación así lo amerite, es por ello que el Art. 79 del Código Adjetivo Penal prescribe que: “Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los Tribunales de Garantías Penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes que serán practicadas por los Jueces de Garantías Penales”.

Nuestro Código de Procedimiento Penal en la disposición legal antes citada utiliza la denominación “prueba urgente”, sin embargo no cabe duda de que se refiere a lo que en doctrina y en la legislación comparada se denomina “prueba anticipada”, tanto es así

⁷⁶ Véase Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 164.

que el mismo Cuerpo de Leyes, más adelante, al regular lo relativo a la etapa de juicio en el Art. 252 prescribe que: “La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los *anticipos jurisdiccionales de prueba* que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción Fiscal”.

En nuestro medio la denominada “prueba anticipada” se limita a las declaraciones testimoniales pues, los Jueces de Garantías Penales pueden recibir determinados testimonios como prueba anticipada, al tratarse de personas enfermas, que van a salir del país, víctimas de violencia sexual o que demuestren que no podrán concurrir al Tribunal, testimonios en los cuales se deben aplicar las mismas disposiciones que regulan la prueba testimonial ante el Tribunal de Garantías Penales, en una “diligencia” señalada para el efecto, con la presencia de la defensa, sin otro requerimiento específico.

Es importante mencionar este aspecto pues en otros ordenamientos jurídicos, como el colombiano, hasta antes de la instalación de la denominada audiencia de juicio oral se puede practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, siempre y cuando medien determinados requisitos, como el de que sea practicado ante el Juez de control de garantías; que sea solicitado por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público; que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio: y, que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio⁷⁷.

Es decir que conforme al ordenamiento jurídico colombiano la prueba anticipada puede incluir la práctica de cualquier medio de prueba de los contemplados en el mismo Código de Procedimiento Penal y no se limita a la declaración de testigos como en el caso ecuatoriano, expresándose la razón para aquello en que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.

⁷⁷ Véase Art. 284 de la Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal Colombiano.

Esta posibilidad, en cuanto a la práctica anticipada de cualquier medio probatorio, ha merecido severos cuestionamientos en Colombia, a tal punto que se ha presentado inclusive una demanda de inconstitucionalidad de los artículos correspondientes de la Ley 906 del año 2004, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal en ese país; sin embargo la Corte Constitucional Colombiana mediante sentencia respectiva declaró exequibles, es decir constitucionales, los artículos aludidos⁷⁸.

Diferente es el caso chileno en el que también la prueba anticipada solo se concreta a las declaraciones testimoniales, al establecerse la imposibilidad de concurrir el testigo a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante⁷⁹; guardando similitud en este aspecto la normativa procesal penal ecuatoriana con la chilena, lo cual se justifica pues resultaría riesgoso, por decir lo menos, dejar en manos de Jueces y funcionarios, que no sean aquellos del Tribunal de Garantías Penales, y en una etapa impropia, la práctica de otras actuaciones probatorias.

3.6 Las versiones

El inciso segundo del Art. 119 del Código Adjetivo Penal, incorporado mediante la última reforma, establece que “...las versiones de los testigos y cualquier declaración anterior se podrá usar en el juicio con los únicos objetivos de refrescar la memoria y sacar a relucir contradicciones, siempre bajo prevención de que no sustituya al testimonio; no serán admitidos como prueba”. En tanto que el último inciso de la misma disposición determina que 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 la instrucción: y que estas informaciones solamente tendrán valor de prueba, cuando sean ratificadas mediante testimonio rendido en la audiencia.

Se ha discutido por parte de la doctrina el alcance de esta disposición, pues para muchos la versión no es sino un testimonio, pues éste siempre contiene una versión o versiones, y que por ende lo que hace el fiscal es recoger declaraciones con fines de investigación,

⁷⁸ Véase sentencia Corte Constitucional de Colombia. Expediente D-5415-2005, por demanda de inconstitucionalidad de artículos Ley 906 del 2004, propuesta por Stella Blanca Ortega Rodríguez. <http://juriscol.banrep.gov.co:8080>.

⁷⁹ Véase Art. 191 Código Procesal Penal Chileno, promulgado por Ley 19.696, de 12 de Octubre del 2000

las cuales si bien técnicamente no reúnen los requisitos formales del testimonio, sirven para acopiar información en torno a los hechos investigados.

Y en cuanto a la afirmación de que las versiones solo tendrán eficacia jurídica de prueba cuando sean ratificadas en la etapa de juicio, se ha procurado aclararla en el sentido de que si bien las declaraciones recibidas por el fiscal no tienen valor de prueba para condenar o para absolver mientras no sean ratificadas por los testigos ante el Tribunal de Garantías Penales (pues la inocencia de un acusado no puede ser enervada sino por medios de prueba que se practiquen en la etapa de juicio), pero dichas versiones si tendrían fuerza probatoria para sustentar tanto el dictamen fiscal como también las resoluciones del Juez de Garantías Penales en la etapa intermedia, ya sea en un auto de sobreseimiento o de llamamiento a juicio, no tratándose por ende de simples informaciones⁸⁰.

En sí lo que aportan las versiones no son sino elementos de convicción tanto para el fiscal como para el juez para sustentar sus actuaciones, pero la prueba testimonial propiamente dicha se la practica en la correspondiente etapa de juicio.

3.7 Constancia del testimonio

Como hemos manifestado los testimonios, como tales, se los rinde en la etapa de juicio, en la audiencia oral de juzgamiento ante el Tribunal de Garantías Penales correspondiente; excepción hecha con relación a los testimonios anticipados que deben ser receptados por los Jueces de Garantías Penales al tratarse de situaciones urgentes.

Pero, cualquiera sea el momento procesal en que se lo rinda, conforme a lo expresado anteriormente, el testimonio debe cumplirse de manera oral, así lo estipula el Art. 120 del Código de Procedimiento Penal es decir a través del relato verbal y directo ante el órgano competente, para que así las partes puedan escuchar al testigo y hacer efectivo su derecho a la contradicción, salvo el caso de aquellas personas que ostenten un determinado cargo que, por ley, están obligadas a informar por escrito. (Art. 226 del Código de Procedimiento Civil).

⁸⁰ Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., pp. 65 y 66.

El artículo en mención reformado (Art. 120 CPP) determina además que del testimonio urgente se debe dejar constancia escrita o documentada, sin perjuicio de que este testimonio pueda también ser grabado. En este caso la disposición se refiere concretamente a las declaraciones que deben ser receptadas por el Juez de Garantías Penales, conforme su denominación actual, como anticipos jurisdiccionales de prueba, en las que, la diligencia será reducida a escrito y firmada por el juez, el secretario, el intérprete o el curador, si hubieren intervenido, y por el deponente, y que serán leídas a los sujetos procesales en la audiencia de juicio.

Por otro lado, se prevé la posibilidad de que el testigo se niegue a firmar el acta, o que a su vez éste no pudiere o no supiere firmar, casos en los que debe firmar por él un testigo, debiéndose dejar constancia de ese hecho. La reforma en este caso eliminó la parte final del Art. 120 comentado, en cuanto a que el testigo que no supiere firmar debe estampar la huella digital del dedo pulgar de su mano derecha, procedimiento que ha sido recogido por otros cuerpos normativos procesales.

Respecto a los testimonios receptados en la etapa de juicio, en la práctica la audiencia oral de juzgamiento, en cuanto a su desarrollo, es grabada y el Secretario levanta el acta correspondiente, la cual es firmada por él.

3.8 Clasificación del testimonio

En el Código de Procedimiento Penal del Ecuador se contemplan tres tipos de testimonios: el propio, el del ofendido y el del acusado, a los que nos vamos a referir a continuación.

3.8.1 El testimonio propio

En el ámbito penal los testimonios se diferencian por la persona que los rinde, al referirnos al testimonio propio nos concentraremos en las declaraciones que rinden terceras personas, es decir profundizaremos en el estudio del testimonio en un sentido propiamente dicho, pues el tercero que declara en un proceso adquiere concretamente la denominación de “testigo”, diferenciándose así de una consideración general o amplia del testimonio que incluye las otras categorías que estudiaremos más adelante.

3.8.1.1 Concepto

Vincenzo Manzini conceptúa al testimonio en sentido propio como “la declaración positiva o negativa, de verdad hecha ante el magistrado penal por una persona (testigo) distinta de los sujetos principales del proceso penal, sobre percepciones sensoriales recibidas por el declarante, fuera del proceso actual, respecto de un hecho pasado, y dirigida a los fines de la prueba, o sea de la comprobación de la verdad”⁸¹.

Siendo el testigo el órgano rector de esta clase de testimonio al mismo se lo concibe como la persona natural que, no siendo parte en el proceso, rinde una declaración ante el juez de la causa sobre aquello que es objeto de la misma⁸².

Ricardo Vaca Andrade amplía este concepto manifestando que el testigo es:

La persona física (no puede ser una persona jurídica) que rinde una declaración ante el titular del órgano jurisdiccional, -Juez o Tribunal Penal- sin ser sujeto del proceso, relatando lo que sabe o conoce, bien sea por haberlo visto, oído, olfateado, sentido, gustado; o por haberlo experimentado en cualquier forma o de cualquier manera, a condición de que lo que depone tenga relación con el objeto del proceso, ya del acto en sí o de sus responsables⁸³.

Por su parte Jorge Zavala Baquerizo dice que “el testigo propiamente dicho es toda persona física que rinde su declaración ante el titular del órgano jurisdiccional penal, sin ser sujeto del proceso, relatando un fenómeno vivido, ya por haberlo visto, ya por haberlo oído, ya por haberlo experimentado de cualquier forma y que dice relación con el objeto del proceso”⁸⁴.

Mas adelante este mismo autor dice que “el testimonio es, pues, un medio de prueba que lleva al proceso la experiencia vivida por el testigo, con lo que entrega al proceso el conocimiento propio de quien vivió la experiencia en relación con el objeto del proceso”⁸⁵; añadiendo luego citando a Alsina que “el testigo es la persona capaz,

⁸¹ Manzini, Vincenzo. Citado por Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 84.

⁸² Véase Guerrero Vivanco, Walter: op. cit., p.193.

⁸³ Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 170.

⁸⁴ Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 83.

⁸⁵ Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 85.

extraña al juicio, que es llamada a declarar sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos”⁸⁶.

El Art. 123 del Código de Procedimiento Penal establece que el testimonio propio es el que rinde un tercero que no es parte en el proceso ni ofendido por la infracción.

En definitiva y ensayando una definición personal diremos que el testimonio propio no es sino la declaración o relato que ante el Tribunal o Juez de la causa, hace una tercera persona, ajena a quienes tienen interés en los resultados del proceso penal, sobre aquellos hechos materia del mismo, de los cuales ha tenido percepción a través de sus sentidos.

3.8.1.2 Valor probatorio

Al referirnos en el capítulo I a los criterios de valoración de la prueba, habíamos manifestado que el sistema más idóneo, que los Códigos Procesales Penales modernos lo recogen, es el de la libre convicción, y que nuestro Código de Procedimiento Penal en su Art. 86, lo ha establecido parcialmente, al determinar que toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica, que es uno de los aspectos que conlleva el sistema indicado, es decir se establece que las resoluciones deben estar sustentadas en los principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano, como fundamentos de la sana crítica, pero además deben estructurarse motivadamente, evitando con ello la arbitrariedad y el abuso. Por ende el testimonio propio en cuanto a su valoración debe someterse al sistema que acoge nuestra legislación procesal penal.

Criterio diferente al de la prueba tasada, sistema superado, en el que la valoración de la prueba se halla previamente determinada en la ley, al establecer ésta los parámetros que deben guiar al Juez para la apreciación de los diferentes elementos probatorios, los cuales los establece el legislador con antelación, para que así no se tenga que recurrir a una valoración subjetiva de dichos elementos.

⁸⁶ Citado por Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 88.

Recordamos lo anterior, pues de la redacción del Art. 124 del Código de Procedimiento Penal, algunos pensarían que se estaría retornando al sistema tasado de la prueba testimonial, cuando se establece que: “el testimonio propio no tendrá valor como prueba de culpabilidad, si de las demás pruebas no aparece demostrada la existencia de la infracción”.

De allí que se ha defendido el texto de la disposición legal antes señalada, precisando que:

No se trata de la valoración general del testimonio propio sino de un mandato por el cual se fija el momento procesal en el cual el testimonio propio tiene la eficacia jurídica suficiente para fundamentar una decisión judicial de culpabilidad: y, el momento procesal indicado es con posterioridad al que dentro del proceso se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción que es objeto del proceso: pues, antes de la constancia procesal predicha carece de valor el testimonio propio como medio de prueba de culpabilidad⁸⁷.

En materia procesal penal dos son los aspectos que deben probarse como fundamentos de una sentencia condenatoria, la existencia del delito y la culpabilidad de la persona que se le vincula con esa conducta delictiva, siendo el segundo consecuencia del primero, de allí que ya en la primera etapa del proceso penal, esto es la instrucción fiscal, se deben recoger todos aquellos elementos de convicción que permitan configurar la existencia del delito como tal y a su vez identificar a sus autores, cómplices y encubridores, contra quienes se establezcan presunciones graves y fundadas de participación en las calidades invocadas, aspectos fundamentales para emitirse un auto de llamamiento a juicio, al establecerse el nexo causal entre el acto delictivo y su presunto autor.

En todo caso lo que queremos puntualizar en este análisis es que para probar la culpabilidad de una persona en base a testimonios propios, primero debe encontrarse comprobada dentro del proceso la existencia del delito, es decir que la prueba de culpabilidad debe ser una consecuencia de la prueba de la existencia del delito, pues de no hallarse justificada esta última, como presupuesto necesario, no cabe hablar de culpabilidad, y es a esto precisamente a lo que se refiere el Art. 124 del Código de Procedimiento Penal.

⁸⁷ Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 103.

Es por ello que Jorge Zavala Baquerizo en este punto recalca:

El mandato legal de nuestro comentario, no es una regla formal para que el juez valore el testimonio propio. Es una regla relativa al momento en que surge la eficacia jurídica del medio de prueba testimonial tendente a establecer la culpabilidad del acusado. No se refiere al momento en que el testimonio es introducido al proceso, sino al momento en que, introducido ya en la instrucción fiscal, ya en el juicio, si no se ha comprobado la existencia jurídica del delito, la prueba testimonial de culpabilidad no puede ser tomada en consideración, es como si no hubiera llegado al proceso. No es, pues, que la ley le dice al juez que debe valorar de tal o cual manera el contenido del testimonio propio, sino que le dice que ningún testimonio tendente a comprobar la culpabilidad del acusado, puede ser asumido por el juez de la decisión mientras no se encuentre procesalmente probada la existencia del delito objeto del proceso en donde se ha admitido dicho testimonio⁸⁸.

3.8.1.3 Admisibilidad

Al dejar establecido que el testimonio propio es aquel que rinden terceras personas en el proceso, es importante considerar si la ley procesal penal prescribe algún tipo de restricción para la recepción de este tipo de testimonios, o a su vez si expresamente se determinan motivos para la inadmisibilidad de las declaraciones de ciertas personas, como si lo consideran otros cuerpos normativos.

En principio, el Código de Procedimiento Penal en su Art. 125 dispone que “con excepción del testimonio de las personas mencionadas en el artículo siguiente, no se rechazará el de persona alguna”. Con esta declaración, la ley adjetiva penal deja establecido como objetivo del proceso penal el descubrimiento de la verdad histórica, y en ese sentido, o con dicho fin, se admite el testimonio de cualquier persona, salvo el de aquellas que expresamente se encuentran incursas en los vínculos de parentesco determinados en el Art. 126 *ibidem*, que en todo caso según el texto respectivo no deberían ser “obligadas” a rendir testimonio, así como no deben receptarse las declaraciones de las personas depositarias de un secreto, en razón de su profesión, oficio, etc.

Es decir que con el objetivo de lograr el descubrimiento de la verdad de los hechos, en la etapa de juicio ante el Tribunal de Garantías Penales, y por excepción en otro momento procesal ante el Juez de Garantías Penales, se puede receptar el testimonio de cualquier persona, no estableciéndose restricciones con dicho objeto, que conlleven la

⁸⁸ Zavala Baquerizo, Jorge: *op. cit.*, pp. 108 y 109.

desacreditación formal o legal del testigo, pues es al Juez o al Tribunal a quien le corresponde valorar el testimonio conforme a las reglas de la sana crítica. La ley procesal penal actual en este aspecto prohíbe al Juez “obligar” a ciertas personas, ligadas por vínculos de parentesco con el acusado, a rendir testimonio.

En efecto, el Art. 126 del Código de Procedimiento Penal determina que “no serán obligados a declarar los parientes del acusado comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni su cónyuge o conviviente en unión de hecho”; sin embargo el Art. 77, numeral 8 de la actual Constitución de la República del Ecuador establece que: “Nadie podrá *ser llamado* a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género”, negando así la posibilidad de que aún de manera espontánea se puedan recibir dichas declaraciones.

La doctrina es coincidente en afirmar que la motivación para no obligar a declarar a las personas contra sus parientes, se halla en el hecho mismo de la relación parento filial, y los conflictos subjetivos que ello conlleva, pues en la mayoría de los casos pesarán más los lazos familiares que la verdad procesal, influyendo esto en la credibilidad del testimonio.

Pero el Art. 126, además, establece que “no se recibirá el testimonio de las personas depositarias de un secreto en razón de su profesión, oficio o función, si la declaración versa sobre la materia del secreto”, disposición que encuentra su fundamento en el principio moral o ético que impide revelar un secreto que se conoce por razón profesional, a tal punto que el Código Penal tipifica y sanciona la revelación del secreto cuando se lo hace “sin justa causa” (Ver Arts. 200, 201 y 361 CP). En todo caso, de ser convocadas a rendir testimonio las personas antes mencionadas, deben hacer presentes los motivos que obligan a guardar el secreto profesional y abstenerse de declarar.

3.8.1.4 El testimonio propio en función de quien lo rinde

No todas las personas que rinden testimonio propio tienen un tratamiento similar, se establece una diferenciación en virtud de su edad, condición física, lugar de residencia, calidad que ostentan, etc.

3.8.1.4.1 Testimonio del menor de edad

Un hecho delictivo puede perpetrarse en presencia de un menor de edad, y por ende su declaración puede ser determinante en procura de descubrir la verdad. En materia civil la idoneidad de un testigo está dada en principio por haber alcanzado la mayoría de edad, lo cual le otorga la capacidad legal para rendir su testimonio; sin embargo, en el ámbito civil también se puede receptar la declaración de una persona que ha cumplido catorce años de edad y no dieciocho, para establecer algún suceso. (Art. 209 CPC).

El Art. 127 del Código de Procedimiento Penal establece que los menores de dieciocho años declararán sin juramento, pero con la presencia de un curador que en el mismo acto nombrará y posesionará el Tribunal.

Desde el punto de vista del desarrollo evolutivo de las personas es claro que la percepción de un niño o de un adolescente de un hecho que ocurre en el mundo de los fenómenos, no es la misma que la de un adulto plenamente capaz, de allí que en doctrina se discute el valor que pueda asignársele a una declaración de un menor de edad. Autores como Arenas Salazar dicen que “la inmadurez sin base patológica, es decir, como una etapa normal del desarrollo del ser humano, constituye una limitación insuperable en el proceso de conocimiento, lo que ha llevado a la mayoría de sistemas legales a excluir radicalmente el testimonio del niño, clasificándolo como incapaz o inhábil absoluto”⁸⁹.

Hemos analizado anteriormente que conforme a la normativa procesal penal vigente, el Tribunal de Garantías Penales no puede desechar el testimonio de ninguna persona, salvo el de aquellas que expresamente se señalan en la ley; y, en ese sentido, corresponde al Juzgador valorar cada testimonio conforme a las reglas de la sana crítica, lo cual deberá aplicarse con mayor rigor al tratarse del testimonio del menor de edad, dada precisamente su etapa evolutiva, a fin de no cometer errores o injusticias.

⁸⁹ Arenas Salazar. Citado por Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 173.

Algunos tratadistas sugieren que la declaración de una persona menor de quince años de edad, “solo debe servir como fuente de investigación en la instrucción fiscal, pero jamás puede ser suficiente para fundamentar una resolución dentro de un proceso penal; pues, el aceptar el testimonio de un niño de cinco o siete años como medio de prueba suficiente para condenar es aumentar el porcentaje de errores judiciales que, de por sí, es elevado en los juzgamientos procesales, lo que se debe evitar en toda forma”⁹⁰.

En todo caso, al rendir su testimonio el menor de dieciocho años debe hacerlo sin juramento, lo cual se justifica precisamente en la consideración de la edad del declarante, quien dada su etapa evolutiva no alcanzaría a comprender la gravedad del mismo, a más de que las connotaciones penales del delito de perjurio no tendrían aplicabilidad ni coercibilidad efectiva. Además, dicho testimonio deberá receptarse con la presencia de un curador, designado y posesionado en el mismo acto por el Juez o Tribunal, para así garantizar los derechos del menor de edad que rinde testimonio, lo cual a su vez no enerva la obligación constitucional de la comparecencia también de un profesional del derecho.

3.8.1.4.2 Testimonio de personas residentes fuera del lugar de tramitación del proceso

Al tratarse de personas que no residan en la provincia de tramitación del proceso y que deban rendir testimonio propio, el Código de Procedimiento Penal en su Art. 130, prescribe que dichos testigos no están obligados a rendir testimonio sino ante el Juez del lugar de su residencia, a quien deben remitirse los despachos respectivos con el indicado propósito.

La norma citada amplía la consideración del lugar de residencia del testigo al ámbito provincial, trastocando así el criterio clásico que se recoge en la normativa procesal civil que circunscribe dicho lugar al ámbito cantonal e inclusive parroquial para efectos de la apreciación del denominado “juez natural” de una persona (Arts. 227, 228 y 229 del Código de Procedimiento Civil); lo cual implica que al residir el testigo dentro de la circunscripción provincial respectiva, está obligado a comparecer ante el Juez o

⁹⁰ Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 134.

Tribunal de Garantías Penales de la provincia en la que se tramita el juicio, sin importar el cantón o parroquia en la que éste resida.

En caso de residir en otra provincia el testigo, deberán remitirse los deprecatorios o comisiones, según el caso, correspondientes al Juez de Garantías Penales de la residencia respectiva, con todos los documentos de soporte que permitan se cumpla de manera eficaz la diligencia ordenada.

En caso de que el testigo, no obstante residir en otra provincia, consienta en concurrir ante el Tribunal, debe aplicarse lo dispuesto en el Art. 227 del Código de Procedimiento Civil en cuanto a la consignación de la indemnización para efecto del traslado del testigo, pero siempre teniendo en cuenta el consentimiento de la persona que deba rendir el testimonio.

El Art. 271 del Código Adjetivo Penal contempla una excepción a las disposiciones antes indicadas, esto es cuando el Presidente del Tribunal de Garantías Penales correspondiente considere “indispensable” la presencia del testigo, en cuyo caso ordenará que el testigo comparezca a la audiencia del tribunal, bajo prevenciones legales; la justificación en este caso estaría en la trascendencia del testimonio a rendirse, y el examen personal y directo que puedan hacer tanto los Jueces como las partes del testigo; presupuestos bajo los cuales el Presidente del Tribunal de Garantías Penales puede ordenar su comparecencia inclusive por medio de la fuerza pública.

En el evento de que el testigo resida en el exterior el inciso 3° del Art. 130 del Código de Procedimiento Penal, establece que deberá procederse conforme a los convenios de cooperación judicial suscritos por el Estado o la costumbre internacional. En estos casos el Juez o Presidente del Tribunal de Garantías Penales debe dirigirse al Presidente de la Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional de Justicia), acompañándole los despachos respectivos, para pedirle que a su vez se dirija al Ministerio de Relaciones Exteriores, cuyo titular deberá dirigirse al del país en el cual se encuentra el testigo, para que un Juez de Garantías Penales de ese país cite y reciba el testimonio, situación que podría complicarse aun más si es indispensable contar con peritos que hagan las

traducciones que se requieran⁹¹. Por lo general la declaración de una persona que resida en el exterior se la practica por medio de una carta rogatoria que es el exhorto.

3.8.1.4.3 Testimonio de quien se encuentre imposibilitado físicamente

El estado de salud de una persona o el hecho de encontrarse enferma a tal punto que imposibilite su concurrencia a la audiencia de juzgamiento respectiva para que rinda testimonio propio, deber ser considerado por el Tribunal de Garantías Penales para, atendiendo a la situación excepcional indicada, comisionar a un Juez de Garantías Penales para que reciba su testimonio, así lo estipula el Art. 131 del Código de Procedimiento Penal.

En este caso, la imposibilidad física deberá ser justificada documentadamente, mediante los correspondientes certificados médicos que acrediten el padecimiento y la situación en la que la persona se encuentra, suscritos por los facultativos médicos pertinentes, que permitan al Tribunal fundamentar su decisión.

El Juez de Garantías Penales comisionado deberá concurrir al lugar en que el testigo se encuentre, sea éste su domicilio o un establecimiento de salud, a fin de practicar la diligencia ordenada, luego de lo cual remitirá las actuaciones al Tribunal de Garantías Penales que tramita el proceso, debiendo de ser el caso, si las condiciones físicas de la persona así lo han determinado, establecer las razones para no haberse receptado la declaración.

3.8.4.1.4 Testimonio de funcionarios que según la ley deben informar

La calidad que ostenta una persona o la función pública que desempeña, en los casos expresamente señalados en la ley, determina también que no deba concurrir personalmente a rendir testimonio propio ante el Tribunal de Garantías Penales, sino

⁹¹ Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 187.

que debe informar por escrito y con juramento sobre aquellos aspectos que se le requiera.

En este caso la doctrina coincide en afirmar que la excepción indicada está dada no en razón de la persona sino de la calidad que ostenta y no como un beneficio sino como una garantía en relación a las funciones que dicha persona desempeña.

Los funcionarios que deben informar en la forma antes indicada, se hallan determinados en el Art. 226 del Código de Procedimiento Civil, norma que se la debe aplicar por expresa disposición del Art. 132 del Código de Procedimiento Penal.

Ricardo Vaca Andrade en este aspecto expresa:

La excepción se funda, a decir de algunos autores, en la jerarquía de la investidura pública del sujeto, la que podría ser empañada o sufrir menoscabo por su presencia física ante el Tribunal de Garantías Penales y especialmente ante el público –que podría estar predispuesto o agresivo- en el caso del debate oral y por efecto o impacto que produce la contradicción al interrogársele abiertamente bien por parte de los acusadores o de los defensores. Igualmente se considera que es conveniente este procedimiento para evitar conflictos entre las funciones del Estado⁹².

3.8.1.5 Procedimiento a seguir al rendir el testimonio

Al receptarse el testimonio propio de una persona se deben tener presente varios aspectos que permitirán que el mismo tenga plena eficacia jurídica.

3.8.1.5.1 Declaración individual y obligatoria

Toda persona que conozca de la comisión de una infracción debe comparecer personalmente a rendir testimonio propio, así lo estipula el inciso primero del Art. 129 del Código de Procedimiento Penal.

La comparecencia personal implica que la persona tiene que concurrir por sí misma, en forma individual, y no por interpuesta persona a cumplir con este deber procesal, es decir que no cabe la declaración por intermedio de mandatario o delegado, ni proceden

⁹² Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 188.

tampoco las declaraciones colectivas o conjuntas, pues los testimonios deben rendirse y examinarse en forma individual, y de forma separada, evitando así posibles influencias de unos testigos sobre otros; es por el ello que el Art. 128 prescribe que “los testigos declararán de uno en uno y se les tendrá separados de modo que no pueda oír el uno lo que declara el otro”, en tanto que el Art. 282 ibidem establece que “los peritos y los testigos permanecerán en una habitación destinada al efecto, de la que no podrán salir mientras se cumpla la diligencia, sino para declarar. El presidente tomará las medidas necesarias para impedir que los peritos y los testigos hablen entre sí antes de haber declarado”.

Además, esta comparecencia es obligatoria, pues no queda al arbitrio del testigo el asistir o no al cumplimiento de la diligencia, sino que desde el momento que tenga conocimiento de que se le ha requerido su testimonio, tiene la obligación de concurrir ante el Juez o Tribunal de Garantías Penales para dicho efecto. Tanto es así que el Juez o Tribunal de Garantías Penales pueda conminar al testigo a comparecer, bajo prevenciones legales e inclusive puede valerse de la fuerza pública para hacer comparecer al testigo renuente.

3.8.1.5.2 El juramento

El juramento es un medio, de carácter coactivo, que la ley utiliza con la finalidad de garantizar la veracidad del testimonio, pues a través de este formalismo el testigo se compromete solemnemente ante el órgano jurisdiccional, que tiene la función de administrar justicia, a declarar la verdad, y, la violación de este compromiso garantizado con el juramento, provoca la reacción estatal, mediante la imposición de la pena para quien violó el compromiso adquirido de decir la verdad en el testimonio que debía rendir⁹³.

Desde tiempos antiguos el juramento ha sido utilizado como mecanismo para asegurar que las personas digan la verdad al comparecer a rendir testimonio ante una autoridad judicial, civil, administrativa o religiosa, tanto en función de las creencias religiosas que profesan como de sus convicciones morales, acompañadas de las sanciones de orden

⁹³ Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., pp. 158 y 159.

penal que se han establecido, con mayor rigurosidad, para quienes falten a la verdad teniendo de por medio el indicado compromiso formal.

Nuestra legislación admite que el testigo preste juramento, de acuerdo con su religión o por su honor, de decir la verdad en todo cuanto supiere y fuere preguntado; con ello se garantiza que el testigo cumpla con el ritualismo que le imponga su creencia religiosa al prestar juramento de decir la verdad, o que lo haga por su honor al no profesar religión alguna, evitando así una imposición en ese sentido.

Al tiempo de juramentar al testigo el Tribunal de Garantías Penales debe advertirle de las penas establecidas para el delito de perjurio, esto es debe prevenir al testigo que de faltar a la verdad con juramento, se encontraría incurso en la figura delictiva del perjurio tipificada y sancionada en los Art. 354 a 356 del Código Penal, aclarando que por tratarse de una causa penal, podría enfrentar una pena de ocho a doce años de reclusión mayor, prevista en la última disposición citada.

Como hemos mencionado anteriormente la formalidad del juramento no deberá cumplirse al tratarse de menores de edad.

3.8.1.5.3 Preguntas de identificación personal

Luego de juramentar al testigo y advertirle de las penas por perjurio, el Juez o el Presidente del Tribunal de Garantías Penales debe formularle varias preguntas de identificación personal, esto es debe interrogársele sobre las denominadas generalidades de ley, las cuales permiten una individualización plena y cabal de la persona que rinde la declaración.

Lo primero que es necesario conocer de la persona que rinde testimonio propio es sus nombres y apellidos, es decir se exige que el testigo se identifique en forma precisa para establecer si es el mismo a quien se refiere una cita, o aquel a quien ha mencionado el fiscal, o el acusador o el acusado, en alguna de sus respectivas solicitudes. Una vez que el testigo está identificado se le debe preguntar sobre la edad, a fin de conocer si se encuentra comprendido entre los testigos idóneos para deponer sobre los hechos en sí, con fines de prueba. A continuación al testigo se le debe preguntar sobre su domicilio,

siendo este dato importante para conocer en qué lugar puede ser encontrado en el supuesto caso que sea necesaria la ampliación de su testimonio, o para la comparecencia a la audiencia del Tribunal cuando hubiere declarado ante el Juez de Garantías Penales (testimonio anticipado). Además se debe interrogar al testigo sobre su estado civil y sobre su oficio y profesión, de todo lo cual deberá quedar la constancia respectiva. A continuación al testigo se le preguntará si es cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del acusado para, de ser el caso, cumplir con lo establecido en el Art. 126 del Código de Procedimiento Penal, que establece la prohibición al Juez o Tribunal de receptor la declaración de la persona que se encontrare en dichas circunstancias, conforme lo analizado anteriormente al comentar dicha disposición legal⁹⁴.

3.8.1.5.4 Los interrogatorios de las partes

Una vez que se ha dado contestación a las preguntas de identificación personal, el Juez o Tribunal de Garantías Penales debe disponer que las partes procesales interroguen al testigo, conforme a lo previsto en el Art. 134 del Código de Procedimiento Penal, incorporado mediante la ley reformativa a este cuerpo legal publicada en el Registro Oficial No. 555 de 24 de Marzo del 2009.

La mencionada disposición establece que los testimonios de testigos y peritos serán practicados de acuerdo a las preguntas de las partes procesales, debiendo declarar primero bajo el interrogatorio que realice la parte que solicitó su presencia y terminar con el contrainterrogatorio de la contraparte.

Un modelo acusatorio opera sobre la lógica de que la producción de la información en el juicio debe recaer fuertemente sobre las partes, al ser las únicas que tienen toda la información acerca del caso; y, siendo ellas además sobre quienes recae la responsabilidad profesional de ejecutar su propia teoría del caso, son éstas quienes deben poder presentar su prueba al Tribunal, del mejor modo que ellas conciban. Por ende, el orden de presentación de las pruebas debe ser entregado fundamentalmente a las partes y no a reglas rígidas que regulen de manera abstracta la prueba, toda vez que

⁹⁴ Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., pp. 160 y 161.

son las partes quienes conocen mejor sus propios casos y, en consecuencia, son quienes están en mejores condiciones de discriminar cuál es la información y en qué orden debe ser presentada, para construir un relato claro y comprensible para el Tribunal que tendrá que resolver sobre la base de la misma información⁹⁵, siendo esta la razón de las reformas introducidas, para lo cual se ha considerado también que el acusador particular y el fiscal, para efectos de diferenciación de interrogatorios y contrainterrogatorios, se sometan a las mismas reglas.

En este caso la reforma, bajo la consideración de que el Tribunal debe resolver con base a los argumentos y elementos de convicción aportados por las partes, las cuales tienen el derecho a conocer y controvertir las pruebas, y de que el Juzgador carece de iniciativa procesal; así como con fundamento en el principio de mínima intervención al que debe sujetarse el Estado en la investigación penal, previstos en los artículos innumerados agregados a continuación del Art. 5 del Código de Procedimiento Penal, ha sustituido algunas disposiciones legales suprimiendo aquellas atribuciones legales dadas a los Jueces para interrogar a los testigos.

Es así como en el Art. 134 se ha suprimido la atribución dada al Presidente del Tribunal de Garantías Penales de requerir que el testigo relate todo lo que sepa sobre la infracción objeto del proceso, lo cual implicaba que el testigo exponga ante el Tribunal todos los detalles, de los que tenga conocimiento, sobre el hecho que se juzga, incluyendo el lugar fecha y hora del cometimiento de la infracción, así como la determinación o especificación de quienes han tenido participación en la misma como autores, cómplices o encubridores, e incluso de quienes han presenciado la infracción; relato éste que daba lugar para que los miembros del Tribunal recopilen información, sumada a la obrante del proceso, para formular a su vez preguntas al testigo; facultad que también ha sido derogada, al suprimirse el Art. 135 del Código Adjetivo Penal.

Además, en procura de hacer efectivo con mayor propiedad el sistema oral que rige la tramitación penal, se ha derogado también la parte respectiva del Art. 136 *ibidem*, que permitía que las partes puedan presentar preguntas por escrito para los testigos.

⁹⁵ Cfr. Baytelman Andrés y Duce, Mauricio: op. cit. pp. 25 y 26.

En uso de la atribución legal analizada, las partes pueden interrogar y conainterrogar a los testigos, es decir preguntar y repreguntarlos, debiéndose recordar que las preguntas las formula la parte procesal que presentó al testigo y tienen por finalidad orientar al declarante sobre los hechos concretos que desea probar en el proceso; las repreguntas en cambio son las que provienen de una de las partes procesales al testigo presentado por la parte contraria, y tienen por finalidad desacreditar al testigo de la contraparte, u obligarlo que reconozca la existencia de circunstancias que en su testimonio ha omitido, o se contradiga, cuando se duda de la veracidad del testimonio, en puntos esenciales del mismo⁹⁶.

Las partes deben tener cuidado de realizar preguntas y repreguntas pertinentes al testigo, quien en todo caso debe estar asistido por un Abogado defensor, sea éste privado o público para, de ser el caso rechazar cualquier pregunta inconstitucional, sugestiva o capciosa. Es por ello que el Art. 136, reformado, del Código de Procedimiento Penal dispone que cualquiera de las partes puede objetar aquellas actuaciones que violenten los principios del debido proceso, tales como: presentación de pruebas que han sido declaradas ilegales; presentación de testigos improvisados o de última hora; comentarios referidos al silencio del procesado, realización de preguntas capciosas, impertinentes, repetitivas, irrespetuosas y vagas o difusas; las sugestivas en el interrogatorio, aquellas que estén fuera de la esfera de percepción del testigo por opiniones, conclusiones e hipotéticas salvo en los casos de peritos dentro del área de su experticia; preguntas que sean autoincriminatorias para el procesado; referenciales, salvo que las personas a quienes les consta los hechos vayan a declarar en la audiencia.

En ese sentido las partes, en aplicación de lo dispuesto en el último inciso de la misma disposición legal, pueden objetar una pregunta, siendo obligación del Presidente del Tribunal de Garantías Penales el calificarla, según la causal esgrimida, para que el testigo la conteste o se abstenga de hacerlo.

3.8.2 El testimonio del ofendido

⁹⁶ Véase Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 175.

En la continuación del análisis de la prueba testimonial corresponde referirnos al testimonio del ofendido, denominación que ha sido adoptada en el Código de Procedimiento Penal en actual vigencia, a diferencia de la que se utilizaba en la Código Adjetivo Penal de 1983, en el que se empleaba la denominación de “testimonio instructivo”, la cual obedecía a que el agraviado, quien rendía dicho testimonio, instruía en aquel entonces al Juez Penal, acerca de los pormenores del delito y de los partícipes en el mismo.

El sujeto pasivo del delito o la víctima debe llevar también a conocimiento del Tribunal de Garantías Penales a través de su testimonio la forma en que, según su perspectiva, se han producido los hechos; esto de manera obligatoria cuando previamente se haya presentado como acusador particular, así lo estipula el Art. 140 del Código de Procedimiento Penal. Se emplea la denominación de ofendido, “en cuanto sufre directa y personalmente la lesión del bien jurídico afectado, o, en todo caso, sufre un daño o perjuicio”⁹⁷. Obviamente este testimonio tendrá lugar cuando fuere posible, pues puede suceder que como consecuencia del acto delictivo la víctima fallezca.

Se ha discutido en doctrina el valor probatorio del testimonio del ofendido o del sujeto pasivo del delito, pues para algunos debe ser desechado como medio de prueba, partiendo del principio de que es una declaración apasionada, interesada y parcializada, en tanto que para otros este testimonio vale como cualquier otro, pudiendo ser la única fuente de la convicción del juez; aunque, tratadistas que defienden esta última tesis, admiten que en el fondo de este testimonio se impone la naturaleza humana, al guardar siempre, por lo menos, resentimiento frente al acusado, de allí que recomiendan que en el momento de la valoración del testimonio del ofendido, el Juez lo haga con más cuidado y severidad que cualquier otro testimonio⁹⁸.

El inciso final del Art. 140 del Código de Procedimiento Penal establece que la declaración del ofendido por sí sola, no constituye prueba, por ende para emitir una sentencia condenatoria el Juzgador no puede basarse única y exclusivamente en el testimonio indicado, sino que deben confluir otros medios de prueba que respalden la declaración del acusador particular.

⁹⁷ Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 202.

⁹⁸ Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit. pp. 188-190.

3.8.2.1 Concepto

Walter Guerrero concibe al testimonio del ofendido como aquel que “se inscribe dentro de los principios del sistema acusatorio-oral, y tiene como propósito permitir que los jueces que dictan la sentencia, escuchen, en forma oral e inmediata, la versión de la víctima del delito, que nadie más que ella puede aportar pruebas, indicios y detalles de la forma como se cometió la infracción”⁹⁹.

Jorge Zavala Baquerizo por su parte dice que el testimonio del ofendido es aquel que “lo rinde el sujeto pasivo de la acción injusta penal”¹⁰⁰.

Ricardo Vaca Andrade a su vez expone que este testimonio “es el que rinde el ofendido en el Juicio cuando comparece ante el Tribunal de Garantías Penales”¹⁰¹.

Personalmente, considerando los conceptos antes citados y las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal, estimo que a este testimonio se lo puede definir como la declaración que en la etapa de juicio, ante el Tribunal de Garantías Penales correspondiente, rinde la víctima del delito, o también llamado ofendido o sujeto pasivo del injusto penal, cuando se ha presentado como acusador particular, y a través del cual expone las circunstancias y pormenores de la acción delictiva.

3.8.2.2 Comparecencia obligatoria

Desde el momento en que el ofendido presente acusación particular dentro del tiempo previsto para aquello en el proceso penal por delitos de acción penal pública, esto es desde la notificación con la resolución de inicio de la instrucción fiscal, hasta antes de la conclusión de la indicada etapa procesal, y admitida que sea a trámite dicha acusación, queda obligado a comparecer ante el Tribunal de Garantías Penales respectivo, en la etapa de juicio, para rendir su testimonio con juramento.

⁹⁹ Guerrero Vivanco, Walter: op. cit., p. 232.

¹⁰⁰ Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 188.

¹⁰¹ Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 201.

Esta obligación surge precisamente por que a través de la acusación particular, el ofendido se constituye en parte procesal, y por consiguiente asume una participación activa en el proceso, lo cual incluye la presentación de pruebas y su intervención directa en la tramitación procesal.

En este aspecto es importante referirnos a quienes pueden ser ofendidos y si dependiendo de aquello, surge o no la posibilidad de acusar y a su vez la obligación de rendir este testimonio. Conforme al inciso final del Art. 52 del Código de Procedimiento Penal la persona jurídica ofendida puede acusar por medio de su representante legal; por consiguiente y según lo confirman estudiosos como Walter Guerrero, de quien vamos a tomar algunos criterios, el ofendido puede ser una persona natural o una persona jurídica, correspondiendo en el caso de esta última a su representante legal rendir el testimonio en nombre de ese ente jurídico, que no tiene existencia natural.

Las personas naturales pueden ser civilmente capaces, incapaces relativas e incapaces absolutas, de ahí que, dice el autor citado, en el caso de una persona incapaz relativa, como aquellas que se encuentran en interdicción de administrar sus bienes, pueden perfectamente rendir su testimonio en calidad de ofendidos. Más, otras personas relativamente incapaces, como los menores adultos, si bien pueden rendir una declaración sin juramento, no pueden prestar una declaración en calidad de ofendidos, porque ésta, siempre tiene que receptarse con juramento.

El autor referido considera que no es posible que declaren los representantes legales de las personas naturales incapaces relativas, como ofendidos, en nombre y representación de sus representados, pues la intención del legislador es que la víctima en forma personal e intransferible, directamente y sin delegación posible, se presente ante el juez con el objeto de ponerlo al tanto de las circunstancias en las cuales se cometió el delito, lo cual no podrían hacerlo el tutor o el curador de las personas incapaces.

Tampoco a criterio del profesor citado se puede nombrar mandatario expreso con el objeto de que se presente a nombre de su mandante con el propósito de que rinda una declaración en calidad de ofendido, pues si bien es posible que se nombre mandatario para que formule una denuncia o una acusación particular, pero el testimonio en estudio, es una declaración intransferible de la víctima, exclusivamente.

Tratándose en cambio de una persona natural incapaz absoluta, como los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, el criterio del mismo autor es que no se puede recibir su testimonio en calidad de ofendidos, porque ellas se encuentran impedidas de transmitir en forma adecuada su versión sobre el acto delictivo o porque no puede receptarse su testimonio bajo la formalidad del juramento¹⁰².

3.8.2.3 Procedimiento a seguir al rendir el testimonio

El testimonio del ofendido debe circunscribirse en cuanto a su realización a lo dispuesto en los Arts. 140 a 142 del Código de Procedimiento Penal.

3.8.2.3.1 Preguntas de identificación personal

Como manifestamos anteriormente, de acuerdo al Art. 140 del Código de Procedimiento Penal, el testimonio de nuestro estudio debe receptarse con juramento, por consiguiente el primer requisito al tiempo de rendirse esta declaración, será juramentar al ofendido, con las connotaciones legales para diligencias, con esta formalidad, establecidas cuando nos referimos al testimonio propio.

Inmediatamente después de tomado el juramento, el Tribunal de Garantías Penales debe formular al ofendido las mismas preguntas de identificación personal analizadas al tratar del testimonio propio, esto es, sus nombres, apellidos, edad, nacionalidad, domicilio y residencia, estado civil, oficio o profesión, y si se encuentra incurso en el Art. 126 del Código de Procedimiento Penal, para así individualizarlo e identificarlo procesalmente de manera adecuada y correcta.

3.8.2.3.2 Preguntas taxativas obligatorias

A diferencia del procedimiento establecido para el testimonio propio en que luego de las preguntas conocidas como generales de ley, se debe dar paso al interrogatorio y

¹⁰² Cfr. Guerrero Vivanco, Walter: op. cit., pp. 232-234.

contraiterrogatorio de las partes, al tratarse del testimonio del ofendido se han establecido preguntas, expresamente señaladas en la ley, que deben ser obligatoriamente formuladas; observándose que existe un interrogatorio determinado en el Art. 141 del Código de Procedimiento Penal y otro en el Art. 288 ibidem, que difieren en algunos aspectos, así:

En el Art.141 del Código Adjetivo Penal se establecen las siguientes preguntas:

1. Los nombres y apellidos de quienes participaron en la infracción;
2. El día, fecha, hora y lugar en que fue cometida;
3. Los nombres y apellidos de las personas que presenciaron la infracción y de las que supieron que iba a ser cometida;
4. Los nombres y apellidos de las personas que pueden dar datos para descubrir a los que actuaron en la comisión de la infracción y que, hasta el momento sean desconocidos;
5. Los nombres y apellidos de quienes pueden suministrar datos para descubrir el paradero de los imputados;
6. La indicación de los instrumentos usados por el autor de la infracción;
7. Los daños sufridos como consecuencia de la infracción; y,
8. La forma en que fue cometida.

En el Art. 288 del mismo cuerpo legal se establece que el Presidente del Tribunal de Garantías Penales formulará al ofendido, al rendir su testimonio, varias preguntas que difieren a su vez de las transcritas anteriormente, en cuanto a que en el numeral 3 en vez de la parte que dice: “y de las personas que supieron que iba a ser cometida”, se utiliza la expresión: “y de los demás testigos referenciales”; en tanto que se suprimen las preguntas de los numerales 4, 5 y 7, pasando la pregunta 8 a convertirse en 4 y la pregunta 6 a convertirse en 5, quedando el interrogatorio únicamente estructurado por cinco preguntas, surgiendo la inquietud de a cual de los dos interrogatorios debe atenderse el Tribunal de Garantías Penales.

Jorge Zavala Baquerizo al comentar las disposiciones legales citadas, luego de criticar su duplicidad y contradicción por la falta de sistematización de que adolece el Código de Procedimiento Penal expone que cuando el ofendido declaraba ante el juez de lo

penal dentro de la etapa del sumario al estar vigente el Código de Procedimiento Penal de 1983, era correcto que la ley de procedimiento se preocupara por indicarle al Juez Penal la forma como debía hacer el interrogatorio de la víctima para que éste lo “instruya” de la manera como se había cometido el delito y de las personas que habían intervenido, a fin de que esa declaración sirviera tanto de orientación para la investigación como de fuente de prueba; pero en el CPP vigente no tiene cabida esa norma de procedimiento, porque actualmente el lesionado con el delito no declara ante el instructor sino ante el Tribunal de Garantías Penales, cuyo Presidente es el que debe interrogar al ofendido en la forma indicada en el art. 288 y no siguiendo las reglas del art. 141, al carecer de finalidad actual¹⁰³.

Si se comparan las dos disposiciones citadas se puede establecer que la forma en que está estructurada la pregunta 3 del Art. 141 del Código de Procedimiento Penal y las preguntas 4, 5 y 7 de dicha disposición legal (que se suprimen en el interrogatorio del Art. 288 *ibidem*), persiguen el objetivo de instruir al Juzgador en procura de fomentar una investigación en base a las respuestas que se obtengan, lo cual ya no tendría razón de ser en el sistema que nos rige pues, al rendir su testimonio el ofendido en la etapa de juicio ante el Tribunal de Garantías Penales, ya se ha cumplido la etapa investigativa llamada instrucción fiscal, en la que si sería importante contar con la información que se pueda obtener, de diversas fuentes, para esclarecer las circunstancias de la infracción y para la identificación y ubicación de los partícipes en la misma; pero, al haberse agotado dicha etapa e inclusive la etapa intermedia que ha dado lugar a un auto de llamamiento a juicio, se constituyen en objetivos de la etapa subsiguiente ya no la investigación, sino la comprobación conforme a derecho de la existencia de la infracción y de la culpabilidad del acusado.

Ahora bien, si en las últimas reformas, bajo la consideración de que el Tribunal debe emitir su resolución en base a los argumentos y elementos de convicción aportados por las partes, y de que el Juzgador carece de iniciativa procesal, pues, en la investigación penal el Estado debe sujetarse al principio de mínima intervención, conforme a lo previsto en los artículos innumerados agregados a continuación del Art. 5 del Código de Procedimiento Penal, se han sustituido algunas disposiciones suprimiendo aquellas

¹⁰³ Véase Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., pp. 201 y 202.

atribuciones legales dadas a los Jueces para interrogar a los testigos, el mismo criterio debería adoptarse con relación al testimonio del ofendido.

3.8.2.3.3 Preguntas de las partes

El mismo derecho que les asiste a las partes para interrogar a los testigos, les asiste también para interrogar al ofendido, conforme así lo establece el Art. 142 del Código de Procedimiento Penal; en este caso corresponderá al fiscal y al acusado, o su defensor, ejercer este derecho, y de ser el caso, a otros ofendidos que también se hubieran presentado como acusadores particulares; debiéndose además tenerse presentes las consideraciones en cuanto a las preguntas y repreguntas a formularse conforme lo manifestado al analizar el testimonio propio.

3.8.3 El testimonio del acusado

En el análisis del medio de prueba testimonial, debemos referirnos en último término al testimonio del acusado, el cual como los anteriores debe receptarse en la etapa de juicio, al existir un auto de llamamiento a juicio en contra de una determinada persona, de allí su denominación, pues lo rinde quien tiene la calidad de acusado, en virtud de un auto de llamamiento a juicio y al existir una acusación fiscal en su contra.

3.8.3.1 Concepto

Ricardo Vaca Andrade concibe a este testimonio como aquel que lo rinde el acusado de cometer el delito, es decir quien ha llegado a tener la calidad de acusado, en la etapa de juicio, al ser el protagonista de los hechos, el que realizó la acción o conducta que describe el verbo rector o dejó de hacer algo que jurídicamente estaba obligado a hacer¹⁰⁴.

Jorge Zavala Baquerizo manifiesta que es la declaración del acusado, que tiene el valor jurídico de medio de prueba, y que la rinde ante el Tribunal de Garantías Penales competente¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Véase Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., pp. 209 y 210.

¹⁰⁵ Véase Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 212.

Walter Guerrero Vivanco por su parte expresa que es la declaración del acusado que, de acuerdo al sistema acusatorio oral, tiene que rendirse en la etapa del juicio, ante el jurado o el tribunal que debe dictar la sentencia¹⁰⁶.

Concordantemente con los conceptos antes enunciados, personalmente considero que el testimonio objeto de nuestro estudio, no es sino la declaración que el acusado, esto es contra quien se ha dictado un auto de llamamiento a juicio y existe una acusación fiscal, rinde de manera libre y voluntaria ante el Tribunal de Garantías Penales correspondiente, en la etapa de juicio, conforme a los presupuestos legales previstos para el mismo.

Como vemos los conceptos anotados excluyen las declaraciones o versiones que rinde el sospechoso o imputado ante la Policía Judicial y ante el Fiscal, pues técnicamente éstas no tienen la categoría de testimonio del acusado, pues éste se lo rinde única y exclusivamente en la etapa de juicio ante el Tribunal de Garantías Penales respectivo.

3.8.3.2 Valor Probatorio

El acusado no está obligado a rendir su testimonio en la etapa de juicio, éste se lo receptará solamente si el acusado lo solicita, conforme a lo previsto en el Art. 143 del Código de Procedimiento Penal, no pudiendo coaccionársele a declarar en contra de sí mismo.

Además, la norma citada prescribe que el testimonio del acusado servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él. En principio entonces este testimonio permite que el acusado pueda ejercer su derecho a la defensa, pues a través de él puede exponer sus argumentos tendientes a desvirtuar los elementos de cargo existentes en su contra.

Jorge Zavala Baquerizo al comentar sobre este testimonio expresa:

¹⁰⁶ Véase Guerrero Vivanco Walter: op. cit., p. 257.

El testimonio del acusado es básicamente un medio de defensa, pues se dirige a demostrar que la presunta culpabilidad constante en el auto de llamamiento a juicio no es correcta. La defensa no sólo puede consistir en la negación del acusado de haber intervenido en el hecho delictuoso que es objeto del proceso penal, sino que también puede estar dirigida a oponer a la pretensión punitiva la contrapretensión en tanto cuanto admitiendo la autoría del hecho la califica en el sentido de haber actuado con alguna causa de justificación, como la legítima defensa. Es decir, la declaración del acusado es un descargo de culpabilidad (...). Al decir la ley que el testimonio del acusado es un medio de prueba a su favor, esto significa, que cuando el declarante expone las circunstancias en que intervino o no intervino en el hecho delictuoso por el cual se lo juzga, el testimonio respectivo debe ser asumido por el juez como un medio de prueba tendente a ratificar la situación de inocencia en que se encuentra el acusado. Se constituye así en un testigo de su propia causa¹⁰⁷.

El testimonio del acusado deberá ser entonces apreciado por el Tribunal de Garantías Penales en función de su contenido, si el acusado niega su participación en el hecho que se juzga, o admite haber participado en él pero no en la forma como se lo involucra o con alguna causa de justificación, el testimonio deberá ser considerado como medio de defensa y de prueba a su favor.

Diferente es la situación cuando el acusado admita su culpabilidad en el cometimiento del hecho, en cuyo evento esa admisión de culpabilidad, que debe ser realizada de manera espontánea, libre y voluntaria, sin presión de ninguna clase, le da en cambio al testimonio el valor de prueba en contra del acusado; pero, para aquello, debe encontrarse probada la existencia del delito como requisito necesario indispensable, para establecerse así el nexo causal entre el delito objeto del proceso y el agente del mismo, caso contrario, no tendrá ese valor probatorio. Al respecto, Ricardo Vaca Andrade, manifiesta que “la sola admisión de responsabilidad penal en el testimonio del acusado, sin existir la comprobación de la existencia de la infracción no puede constituir prueba en su contra”¹⁰⁸.

El reconocimiento de culpabilidad en el testimonio del acusado se lo conoce en doctrina penal como “confesión”, denominación que en el devenir histórico y sobre todo en sus orígenes estuvo ligada a una práctica de autoincriminación a base de la tortura, como medio de prueba “idóneo”, que enervaba inclusive cualquier otro medio de prueba, de allí que en la normativa procesal actual se ha preferido no utilizar dicha denominación.

¹⁰⁷ Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 217.

¹⁰⁸ Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 213.

Se discute todavía si la admisión de culpabilidad del acusado, una vez comprobada la existencia del delito, es suficiente para emitir una sentencia condenatoria como así da a entender la disposición legal respectiva. Al respecto existen criterios diversos pero la mayoría se inclina por sostener que el Juzgador debería basarse en varios medios probatorios, y no solo en la “confesión” del acusado, para condenar. Manzini opina que:

La confesión del acusado debe ser tomada como un indicio y como tal debe ser apreciada en el momento de su valoración, (...) la confesión de un imputado puede obedecer por alguna enfermedad mental, por fanatismo, por espíritu de sacrificio, por sugestión, etc., y que, por lo tanto no debe concedérsele la fuerza de medio de prueba directo, ni tampoco menospreciarla hasta el extremo de no tomarla en cuenta como elemento de juicio que, junto con otros, puede llevar al juez a la convicción sobre la culpabilidad del acusado¹⁰⁹.

Por consiguiente el Tribunal de Garantías Penales debe fundamentar su decisión de condena en varios medios probatorios y no solamente en la “confesión” del acusado, pues se estima que la disposición del Art. 143 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a este aspecto, es un rezago del sistema inquisitivo.

3.8.3.3 Indivisibilidad

El Art. 144 del Código de Procedimiento Penal prescribe que el testimonio del acusado es indivisible; por lo tanto, el Tribunal de Garantías Penales debe hacer uso de toda la declaración o de ninguna de sus partes, excepto cuando existan graves presunciones en contra de la parte favorable al acusado. Según esta disposición la indivisibilidad del testimonio del acusado es la regla general, en tanto que la divisibilidad es la excepción, es decir que se debe tomar a la declaración del acusado en su conjunto y no por partes, salvo que existan suficientes justificativos que desvirtúen lo declarado por el acusado que le sea favorable al mismo, en cuyo caso el testimonio puede ser dividido.

Puede suceder que el acusado admita su culpabilidad en el hecho que se juzga pero a la vez sostenga que actuó en defensa propia, o en base a otras circunstancias de excusa, pues en tal caso si los elementos procesales establecen o conllevan a deducir que esas circunstancias no se evidenciaron, es decir que la legítima defensa o la causa de excusa aludida no puede ser considerada, se deberá tomar en cuenta solamente la primera parte

¹⁰⁹ Manzini. Citado por Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 229.

del testimonio, esto es la admisión de culpabilidad, mientras no se encuentre probada la alegación hecha por el acusado en cuanto a la segunda parte.

Según el artículo analizado serían necesarias solamente presunciones graves contra la parte favorable al acusado para la divisibilidad de su testimonio, pero es lógico que al encontrarnos en la etapa de juicio, y la doctrina así lo confirma, se requiere prueba plena de este aspecto.

CAPITULO IV

LA PRUEBA DOCUMENTAL

4.1 Concepto

El documental es el tercer medio de prueba que contempla el Código de Procedimiento Penal del Ecuador en sus Arts. 145 a 158 que, como su nombre lo indica, se incorpora mediante “el documento”, siendo por ende menester primeramente determinar la acepción de éste último a fin de comprender el alcance y aplicación del indicado medio probatorio.

Eduardo Jauchen dice que documento es el objeto que materializa una actividad humana significativa para el proceso, pudiendo ser de las más diversas formas y especies: papeles escritos, dibujados o graficados, fotografías, filmaciones, discos, grabaciones magnetofónicas, muestras fotostáticas, esculturas, pinturas, murales, registros de telex o fax, diarios, informes, contraseñas, distintivos, emblemas, etcétera, en suma, cualquier objeto que contenga la representación de un hecho humano. El mismo autor diferencia la noción procesal de documento que es la transcrita anteriormente, como mucho más amplia, de la noción de documento en materia penal circunscrita a una relación jurídica y al contenido de una declaración¹¹⁰.

El concepto antes citado se alinea en la posición de autores como Carnelutti, que descansando sobre la idea de la representación, considera como documento todo objeto material, representativo de un hecho de interés para el proceso; y, la principal consecuencia de esta posición es la inclusión dentro del concepto de documento de los medios e instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido y, en definitiva, de cualquier otra forma de representación no escrita independientemente del soporte material utilizado”¹¹¹.

El aporte de la conceptualización del documento en la forma antes señalada es determinante al no circunscribirla al ámbito de la escritura, pues otros autores así lo

¹¹⁰ Cfr. Jauchen, Eduardo: *La prueba en material penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1996, pp. 271 y 272.

¹¹¹ Véase Serra Domínguez, M. Citado por Lluch, Xavier Abel; Picó, Joan y Junoy: *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2006, p. 324.

conciben, como por ejemplo Erich Dôhring, quien expresa que “en derecho procesal se llama documento a la manifestación de un pensamiento que ha tomado cuerpo en caracteres de escritura”¹¹².

Pero la concepción del documento rebasa los límites de la escritura, de allí que se dice que el documento “es el testimonio material de un hecho o acto realizado en el ejercicio de sus funciones por instituciones o personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, registrado en una unidad de información en cualquier tipo de soporte (papel, cintas, discos magnéticos, películas, fotografías, etcétera) en lenguaje natural o convencional”¹¹³.

Lino Enrique Palacio por su parte denomina documento a “todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia del modo en que esa representación aparezca exteriorizada”¹¹⁴, diferenciando también así al documento de toda clase de objetos que posean una función probatoria, sino únicamente aquellos que sean susceptibles de representación.

Es decir, el documento no está limitado a la literalidad del contenido del mismo o solamente al texto de un instrumento, ni tampoco conlleva incluir en su denominación a toda clase de objetos, sino que su concepción trascendiendo la del instrumento escrito o literal, como tradicionalmente ha sido concebido, se amplía actualmente a otros elementos susceptibles de representación, inclusive aquellos de soporte magnético y electrónico, de allí que nuestra legislación procesal al referirse al medio probatorio objeto de nuestro estudio utiliza la denominación de prueba documental en lugar de la de prueba instrumental.

Así clarificado el panorama podemos definir al medio probatorio documental como aquel que permite demostrar un hecho alegado a través del documento, entendido éste como aquel objeto con función representativa de una exteriorización del pensamiento o de la actividad humana, no circunscrito exclusivamente al ámbito de la escritura, y generador de efectos jurídicos.

¹¹² Dôring, Erich: *La prueba*, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2003, p. 227.

¹¹³ <http://es.wikipedia.org/wiki/Documento>

¹¹⁴ Palacio, Lino Enrique: op. cit., p. 63.

4.2 Valor probatorio

El Art. 146 del Código de Procedimiento Penal prescribe que la valoración de la prueba documental se hará por la calidad de documentos públicos o privados, así como por su relación con el conjunto de las demás pruebas que obren en el proceso.

Si bien de la redacción de la disposición citada en principio se establece que la apreciación de la prueba documental estaría en función de la calidad del documento, esto es si es un documento público o un documento privado, sin embargo del resto del texto mencionado se deduce que la valoración de este medio probatorio, se halla sujeto a las reglas de la sana crítica, al igual que los otros medios probatorios analizados anteriormente, conforme la disposición expresa del Art. 86 del Código Adjetivo Penal, que fue objeto de análisis en el capítulo I al referirnos a los criterios o sistemas de valoración de la prueba y fundamentalmente al examinar el denominado sistema de la Libre Convicción, pues no cabría regulación alguna que modifique el criterio adoptado por nuestra legislación.

Al examinar el sistema de la Libre Convicción habíamos manifestado que el mismo va mucho más allá de la sana crítica como tal, pues incluye la libertad probatoria en base a los medios admitidos por la ley y la apreciación judicial sustentada en los principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano; pero además conlleva la motivación de las resoluciones, o la exposición de los justificativos o razonamientos de los fallos dictados; de allí que la doctrina habla de una valoración probatoria sustentada en la “sana crítica razonada”.

Es por ello que Eduardo Jauchen sostiene que:

El sistema de la libre convicción para la valoración de la prueba, establecido por los códigos modernos, descarta toda restricción o forma especial en que se debe probar la existencia o autenticidad de un instrumento privado cuando éste es objeto de prueba; como tampoco la eficacia probatoria que a éste se le debe otorgar cuando es medio de prueba en el proceso. De ahí que no existan normas expresas sobre la cuestión, rigiéndose por aquel principio general. Sólo algunos códigos que conservan ciertos resabios de los antiguos sistemas, contienen normas en las que se establece que para los documentos privados rigen los medios de prueba

establecidos en materia civil, en cuanto no estén limitados o en oposición con los que se determinan en dichos digestos”¹¹⁵.

Precisamente lo anotado es determinante al tiempo de apreciar el valor probatorio de un documento, pues “el Juez no está obligado tampoco de manera absoluta y fatal a aceptar el documento público sin reserva de ninguna clase sino que, pese a su calidad de genuino, debe valorarlo de acuerdo con las reglas de la sana crítica pues, de otra manera, el juez quedaría sometido al contenido del documento que, en mucho, puede ser mendaz, aunque sea genuino y auténtico”¹¹⁶.

Será a su vez la vinculación del documento con el conjunto de las demás pruebas que obren en el proceso, las que lleven al Juzgador a emitir su resolución en tal o cual sentido y no necesariamente la calidad del documento.

4.3 Prohibición de reconocimiento de documentos

Conforme a la normativa procesal civil los instrumentos privados son susceptibles de reconocimiento por parte de quien los hizo o mandó hacer, el mismo que, una vez practicado, les otorga un valor probatorio similar al de los instrumentos públicos, es decir el instrumento privado, reconocido judicialmente, hace tanta fe como el instrumento público.

El Código de Procedimiento Penal en su Art. 147 a su vez establece que no se obligará al imputado ni al acusado a que reconozca documentos ni la firma constante en ellos, pero se aceptará su reconocimiento voluntario.

La disposición citada en su primera parte tiene su razón de ser en función del derecho que le asiste a toda persona a no autoincriminarse, que fuera analizado en el Capítulo I del presente trabajo investigativo; derecho constitucional que se hace efectivo a través de las garantías previstas en normas legales como la antes referida.

El imputado o el acusado, dependiendo de la etapa procesal en que se encuentre el proceso penal, no puede ser compelido ni por el Fiscal, el Juez ni por el Tribunal de

¹¹⁵ Jauchen, Eduardo: op. cit., p. 282.

¹¹⁶ Zavala Baquerizo, Jorge: op cit., p. 280.

Garantías Penales a que reconozca un instrumento privado, pues “el obligar a una persona a que reconozca un documento que le pueda provocar responsabilidad penal es tratar de obtener de la persona del afectado la prueba de su propia culpabilidad, esto es, obligarlo a autoincriminarse, lo que, como sabemos, no está permitido ni constitucional ni legalmente”¹¹⁷.

La doctrina nacional es concordante en manifestar que la garantía aludida se extendería también al sospechoso en la fase preprocesal de indagación previa; sin embargo lo que ha concitado criterios adversos es la posibilidad de que el imputado o el acusado reconozcan voluntariamente un instrumento privado, pues se estima que estaría trastocándose precisamente el derecho a la no autoincriminación a pretexto de un reconocimiento espontáneo o sin aparente coacción, tanto más si no se estableciera expresamente, al momento de la diligencia, la explicación de las consecuencias jurídicas del acto a cumplirse. No obstante, es preciso mencionar que el reconocimiento voluntario se recoge también en otros órdenes normativos penales como el argentino¹¹⁸.

4.4 La impugnación y el análisis pericial

La presentación de un instrumento puede conllevar que los sujetos procesales lo impugnen por considerar que el mismo adolece de adulteración o falsedad, lo cual de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 148 del Código de Procedimiento Penal daría lugar a que el fiscal o el juez puedan ordenar el análisis pericial, con intervención de especialistas de la Policía Judicial.

Se ha cuestionado la ubicación del artículo antes citado en virtud de que el análisis pericial recaería principalmente en el contenido material o externo del documento, de allí que, para algunos estudiosos del derecho, dicha norma debería estar mas bien en la parte relativa a la prueba material, considerando que el documento así concebido se constituiría en un objeto de prueba más no en un medio de prueba. Al respecto, citando a Florián, se debe mencionar que “el documento se puede considerar en dos sentidos: a) como objeto de prueba, cuando haya que examinarlo en su exterioridad y en su

¹¹⁷ Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit: p. 284.

¹¹⁸ Véase Jauchen, Eduardo: op. cit. pp. 286 y 287.

contenido material (...) b) como medio de prueba; aquí no se considera el documento en su exterioridad, sino en su contenido inmaterial”¹¹⁹.

Personalmente comparto la posición enunciada pues la práctica de la “prueba pericial” en nuestro país debe sujetarse a lo dispuesto para la denominada prueba material analizada en el Capítulo II de esta investigación, pues en nuestro sistema procesal no se la considera como medio probatorio independiente y en capítulo aparte como en otros sistemas normativos.

El reconocimiento instrumental deben practicarlo personas capacitadas, con los conocimientos técnicos y científicos especializados necesarios y debidamente acreditados ante el Consejo de la Judicatura como peritos, conforme lo analizado oportunamente, circunscribiendo el análisis al documento impugnado en comparación con el original del mismo y otros de autoría de la persona a quien se le atribuye y que no hayan sido cuestionados.

Al respecto Lino Enrique Palacios al comentar la legislación argentina y al referirse al cotejo de documentos, que se aplicaría al examen pericial manifiesta que: “es la operación técnica, generalmente realizada por peritos calígrafos, consistente en la comparación de la letra o firma de un documento cuya autenticidad se halla en tela de juicio con las de otros documentos indubitados, a fin de determinar si pertenecen a una misma persona”¹²⁰.

4.5 Inviolabilidad de la correspondencia

La actual Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66, dice: “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación”.

¹¹⁹ Florián, Eugenio: *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Citado por Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 290.

¹²⁰ Palacio, Lino Enrique: op. cit., pp. 79 y 80.

No cabe duda que el ser humano necesita expresarse y comunicarse con toda libertad, sin restricción alguna, utilizando para ello los medios físicos, electrónicos y virtuales a su alcance en la actualidad, conforme al avance de la ciencia y tecnología. En el ejercicio de este derecho de las personas, consagrado también en textos constitucionales anteriores, se reconoce también la inviolabilidad de la correspondencia en sus diferentes tipos, de allí que el Código de Procedimiento Penal en su Art. 150 establece que “la correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, cablegráfica, por telex o por cualquier otro medio de comunicación, es inviolable”. El quebrantamiento de esta garantía de la libertad personal, incluso se tipifica como infracción penal (Arts. 197 a 202 del Código Penal).

No obstante, conforme el citado texto constitucional lo establece, existen excepciones a la inviolabilidad de la correspondencia, en los casos expresamente señalados en la ley, es por ello que el Art. 150 del Código Adjetivo Penal también determina que: “(...) Sin embargo el juez podrá autorizar al fiscal, a pedido de este para que por sí mismo, o por medio de la Policía Judicial la pueda retener, abrir, interceptar y examinar, cuando haya suficiente evidencia para presumir que tal correspondencia tiene alguna relación con el delito que se investiga o con la participación del sospechoso o del imputado”.

Según lo anotado, la retención, apertura, interceptación y examen de la correspondencia por autorización judicial, debe fundamentarse en indicios que permitan presumir que esa correspondencia guarda conexión con el hecho delictivo materia de la investigación o con la participación en el mismo de quien aparece como sospechoso o como imputado, de lo que se colige que la autorización pertinente se la puede conceder tanto en la fase preprocesal de indagación previa como en la etapa de instrucción fiscal.

La correspondencia puede utilizarse también con fines protervos o delictivos o como dice Walter Guerrero:

Las personas pueden rebasar los límites de su derecho y atacar el derecho de otras personas naturales o jurídicas. Por ejemplo, se puede utilizar la correspondencia epistolar telegráfica, cablegráfica y telefónica para atacar la seguridad interior del Estado o el honor de las personas. En tal caso desaparece la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y

telegráfica y se permite su ocupación, apertura y examen, en los casos y con las condiciones establecidas en las normas legales correspondientes¹²¹.

Es al Fiscal fundamentalmente a quien le corresponde cumplir con la excepción inherente a la limitación del derecho constitucional señalado, previa autorización del Juez pertinente, y, que la debe cumplir, no obstante que la disposición procesal permite que esta función se la delegue a la Policía Judicial, pues estimo que los Fiscales, en la mayoría de casos, han preferido no realizar dicha delegación por las connotaciones jurídicas tan peculiares que se ponen en juego. Ricardo Vaca ya advertía sobre aquello cuando manifestaba que “nos parece de una inusitada peligrosidad que esta facultad de manejo tan delicado sea delegada por la Fiscalía a miembros de la Policía Judicial, simple y llanamente porque es un tema sumamente complejo y tenemos fundamentos para creer que ciertos investigadores policiales no manejarán el tema con la solvencia y el tino que son indispensables”¹²².

4.6 El examen documental

La apertura y examen de la correspondencia debe practicarse con notificación al interesado, quien puede concurrir o no, debiendo procederse, en la diligencia respectiva, al examen de la correspondencia en forma reservada, así lo estipula el Art. 151 del Código de Procedimiento Penal, añadiendo que si el documento guardare relación con la infracción que se juzga se lo debe rubricar y agregar al expediente, caso contrario se lo debe devolver al lugar de donde fue tomado.

Lo que la ley exige en este caso es que si se va a abrir y examinar la correspondencia de una persona, ésta debe estar plenamente enterada de la diligencia a practicarse para que pueda estar presente si así lo desea y, de ser el caso, ejercer su derecho a la defensa. La notificación en este caso al interesado que puede ser el sospechoso, el imputado, o una tercera persona, con el señalamiento del lugar, día y hora en que se va a realizar el examen documental, debe practicársela con la debida antelación para que surta los efectos jurídicos pertinentes. De encontrarse prófugo el imputado la notificación debe realizársela en el casillero judicial de su defensor particular, caso contrario debe

¹²¹ Guerrero Vivanco, Walter: op. cit., pp. 298 y 299.

¹²² Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 250.

notificársele en la persona de un defensor público. La falta de concurrencia del sospechoso o del imputado, pero una vez notificado, no impide que se lleve a cabo la diligencia.

La disposición del Art. 151 conlleva dos aspectos, por un lado la apertura de la correspondencia y por otro el examen de la misma; el primer evento debe cumplírsele sin reserva alguna en presencia de todos quienes hayan concurrido a la diligencia, en tanto que el segundo es privativo del Fiscal quien de manera reservada debe proceder a la lectura y examen del documento para, de encontrar que el mismo guarda relación con el delito que se investiga, disponer que se lo agregue al expediente, debiendo para ello rubricarlo; solo en ese momento la documentación pertinente es pública. De no encontrar conexión alguna entre el texto de la correspondencia y la infracción respectiva o con la participación del sospechoso o del imputado, el Fiscal debe devolverla al lugar de donde fue tomada, lo cual implica entregarla al interesado, correspondiendo al Fiscal guardar la reserva debida del contenido del documento por él leído.

Cualquier otro documento que no constituya correspondencia y que se estime guarde relación con el delito o con la participación de quienes estén implicados en el mismo, también puede ser examinado por el Fiscal, en presencia del sospechoso, imputado o su defensor y, a falta de éstos, ante dos testigos, quienes jurarán guardar reserva, así lo determina el Art. 152 del Código de Procedimiento Penal; y, en caso de que dichos documentos guarden relación con la infracción deben ser también rubricados por el Fiscal y agregados al expediente, o a su vez, deben ser devueltos al interesado.

De la práctica de la diligencia respectiva debe quedar la debida constancia escrita en el acta correspondiente que debe ser redactada por el Fiscal y suscrita por los concurrentes, la cual debe circunscribirse a la realización de la diligencia con determinación del lugar, día y hora de la misma, y de quienes estuvieron presentes en ella. La disposición del Art. 153 del Código de Procedimiento Penal es clara en prevenir que el acta no debe contener redacción alguna del texto de los documentos, por obvias razones pues, como hemos manifestado, solamente de encontrar el Fiscal relación de éstos con el delito investigado deben ser agregados al expediente.

4.7 Restricción de uso

La excepción establecida en la ley a la garantía constitucional de la inviolabilidad de la correspondencia persigue como objetivo público superior el esclarecer la verdad sobre la infracción y sus participantes y, si al practicar la diligencia de apertura y examen de los documentos respectivos el Fiscal, en base a un análisis prolijo y medurado llega a determinar que efectivamente aparecen indicios de aquello, hemos dicho que debe disponer que se agregue al expediente la documentación mencionada, debiendo únicamente hacerse uso de la misma con el objetivo indicado.

Es por ello que el Art. 154 del Código de Procedimiento Penal restringe el uso de la correspondencia y más documentos agregados al expediente, limitándolo exclusivamente a los objetivos del proceso penal, no pudiendo utilizárselos con fines diferentes, a tal punto que “si una persona obtiene copia certificada de la carta dirigida por terceros a terceros y que fue introducida en el proceso penal y quiere hacer uso de ella en un proceso civil, esta copia, pese a constituir un instrumento público, no puede ser admitida, ni tiene valor probatorio alguno en el caso que el civil erróneamente la hubiera admitido”¹²³.

Pero además se debe indicar que de aquella correspondencia o documentos que una vez examinados no se los hubiere agregado al proceso, tampoco se puede hacer uso judicial ni extrajudicial alguno, lo cual es lógico pues como hemos manifestado y así la ley lo establece, deben ser devueltos al lugar de donde fueron tomados o a su vez al interesado, estableciéndose a su vez una prohibición expresa para el Fiscal y para quienes hubieren intervenido en la diligencia de apertura y examen, sobre todo en caso de que se hubiere delegado a la Policía Judicial dicha actuación (por lo cual precisamente se ha rechazado este proceder) o a su vez si otras personas o funcionarios, no obstante la disposición de reserva exclusiva para el fiscal, llegaren a tener conocimiento del texto de dichos documentos, de no divulgarlo, o a su vez de mantener absoluta reserva sobre el contenido de la documentación respectiva, pues de no hacerlo incurrirían en conductas tipificadas en el Código Penal como delito (Art. 201 C.P.).

¹²³ Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 321.

4.8 Autorización judicial para interceptación, registro y reconocimiento de conversaciones telefónicas y grabaciones

Habíamos manifestado que el derecho a la libertad de la comunicación en cualquier forma y la consiguiente garantía de inviolabilidad y confidencialidad, así como el derecho a la intimidad y privacidad de las personas, ampara tanto a la correspondencia epistolar, como también a la telegráfica, telefónica, cablegráfica, por telex o por cualquier otro medio de comunicación, que pueda dar lugar a conversaciones telefónicas, virtuales, etc.; sin embargo en este último caso también existen excepciones, permitiéndose que puedan ser interceptadas cuando se lo considere indispensable para impedir la consumación de un delito, o para comprobar uno ya cometido o la culpabilidad de los partícipes, pero cumpliéndose para ello con los presupuestos necesarios establecidos en la ley.

Al respecto el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal prescribe que corresponde exclusivamente al Juez el autorizar por escrito al Fiscal para la interceptación y registro de conversaciones telefónicas o de otro tipo, pero únicamente con los fines antes determinados. En ese sentido Ricardo Vaca manifiesta:

Para proteger de una manera efectiva el derecho a la intimidad y privacidad de las personas – y de sus manifestaciones más personales y profundas, expresadas en ideas, sentimientos, sensaciones, pasiones, tendencias, etc. – que podría ponerse al descubierto en el momento que se exponen conversaciones telefónicas o de otro tipo, y aun en el evento de que sea necesario por consideraciones de carácter investigativo policial o procesal registrar esas conversaciones, se hace indispensable contar con una autorización escrita y previa del Juez Penal otorgada al Fiscal, siempre y cuando la excepción de este derecho constitucional de la persona sea indispensable, previa ponderada evaluación del Juez, para los tres fines específicos puntualizados en el Art. 155, inciso primero (...). Aparte de estos objetivos concretos no creemos que existan otras finalidades esencialmente procesales como para que el Fiscal pueda acudir al Juez Penal para solicitarle que autorice la interceptación de teléfonos¹²⁴.

El juez por ende debe conceder la autorización respectiva en base a un análisis sucinto y detenido de los aspectos que fundamentan la petición del fiscal y, al hacerlo en la providencia que emita debe exponer las razones para hacerlo, es decir de manera motivada, cuidando de no tomar a la ligera o de manera simplista un aspecto de tanta significación. En la legislación comparada se exige precisamente este proceder del Juzgador, es por ello que la doctrina previene que “supuesta la autorización judicial ésta

¹²⁴ Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., pp. 259 y 260.

debe exteriorizarse mediante auto fundado, requisito que corresponde tener por cumplido cuando la resolución se remite clara, precisa y concretamente a circunstancias o constancias de determinadas piezas de la causa que resultan suficientes e indubitables para acordarle el debido sustento”¹²⁵.

En principio la autorización que debe otorgar el Juez debe orientarse a interceptar y registrar las conversaciones telefónicas u otras análogas y, en ese sentido se dispone también que la cinta grabada sea conservada por el fiscal, con la transcripción pertinente suscrita por la persona que la realizó, debiendo recordarse que la transcripción de una grabación magnetofónica debe cumplirse por peritos especializados, debidamente acreditados.

Al disponer la ley que la cinta grabada permanezca en custodia del Fiscal, conjuntamente con la transcripción, persigue que su contenido no sea divulgado a terceros y no se haga un uso diferente al determinado en la ley, es por ello que también el Art. 155 establece que las personas encargadas de interceptar, grabar y transcribir la conversación telefónica o de otro tipo, tienen la obligación de guardar secreto sobre su contenido, salvo cuando se las llame a declarar en el juicio.

En cuanto al procedimiento para el reconocimiento de las grabaciones telefónicas así como de películas, registros informáticos, fotografías, discos u otros documentos semejantes, éste debe cumplirse en audiencia privada con la intervención de dos peritos que deben jurar guardar reserva, pudiendo las partes también asistir pero con el mismo juramento.

Se debe aclarar que el Art. 156 del Código de Procedimiento Penal en su primer inciso se refiere al procedimiento para el reconocimiento de videos y medios magnetofónicos pero no a la forma de obtención de los mismos, por lo que en este aspecto, retrotraemos la investigación al análisis realizado en el Capítulo I, en torno a la obtención pública y privada de estos medios probatorios, que a su vez ha conllevado a que mediante la ley reformativa al Código Adjetivo Penal se incorpore un inciso específico en el Art. 156, al establecer que “no se requerirá la autorización a la que se refiere el artículo anterior,

¹²⁵ Palacio, Lino Enrique: op. cit., p. 74.

en los casos en que las grabaciones de audio o video sean obtenidas por cámaras de seguridad o en lugares públicos; así como tampoco en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o video obtenidas por uno de los intervinientes. En estos casos el juez tendrá la facultad de admitir o no la prueba obtenida a través de estos medios, valorando su autenticidad, la forma en que se obtuvo, los derechos en conflicto, y el bien jurídico protegido”; aspectos que han sido analizados ampliamente al referirnos a los medios probatorios magnetofónicos y en video, y su eficacia probatoria

Al estar en juego el derecho a la privacidad y a la intimidad de las personas, se hacía imprescindible que se regulara que el reconocimiento de los medios indicados se lo cumpla de manera reservada con la presencia de dos peritos y las partes. Lo novedoso y en función también de los derechos mencionados, es que los peritos deben prestar juramento no solo sobre el cumplimiento de su actividad con total profesionalismo y eficiencia, sino también sobre lo que vean y escuchen¹²⁶, al igual que en este último aspecto deben hacerlo también las partes.

El Fiscal también debe determinar si los documentos examinados guardan relación con la infracción y los sujetos del proceso, para en caso afirmativo conservar la grabación y la transcripción; en caso contrario únicamente se dejará constancia de la práctica de la diligencia y se devolverán los documentos al interesado.

4.9 Documentos que reposan en archivos públicos

Puede suceder que documentos que forman parte de otros procesos o registros, o que reposan en archivos públicos deban ser también reconocidos por guardar relación con el hecho que se investiga, en ese caso el Art. 157 del Código de Procedimiento Penal determina que se debe obtener copia certificada de dichos documentos y que solo cuando fuere indispensable para efectos de la constatación de la infracción se deben agregar los originales, debiendo en dicho evento dejarse la copia certificada en el archivo respectivo, proceso o registro, y luego de llenada la necesidad deben devolverse los originales, dejando la copia certificada en el proceso.

¹²⁶ Cfr. Torres Chávez, Efraín: op. cit., p. 332.

De conformidad con los Arts. 993 y 1008 del Código de Procedimiento Civil si se pretende probar algún hecho con actuaciones de otro proceso, se debe obtener copias certificadas del mismo para agregarlas al proceso en que se requiera hacerlas valer, más no es factible obtener los originales de dichas actuaciones, ni está permitida aún con orden judicial la entrega de los mismos a personas que no sean funcionarios, empleados y auxiliares de la Función Judicial.

Pero como habíamos manifestado anteriormente un documento puede servir como medio de prueba pero también como objeto de prueba, caso este último en el que el documento se constituye en el elemento en que se evidencia la acción delictiva, permitiéndose en este evento conforme a la disposición adjetiva penal citada que pueda agregarse al proceso penal el original de la actuación procesal, pero “la última parte del artículo tiene una previsión lógica al establecer lo perentorio de la inclusión del original al proceso penal, por el peligro de su desaparición, mutilación o daño”¹²⁷.

4.10 Incorporación de la prueba documental en la audiencia de juicio

Como hemos sostenido a lo largo del presente trabajo investigativo, de conformidad con la normativa procesal penal vigente, la prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio y, en ese sentido para que los documentos, sean públicos o privados, alcancen el valor de prueba, deben ser incorporados en la tercera etapa procesal del enjuiciamiento por delitos de acción penal pública.

Los documentos, al igual que los objetos, deben ser acreditados y, para hacerlo, también se requiere de declaraciones de testigos idóneos que den cuenta del origen y fidelidad de aquellos, a quienes se les exhiban tales documentos, para que los reconozcan y expongan explicaciones sobre éstos en base a la lectura de la parte respectiva o de la totalidad de los mismos¹²⁸, es decir no basta solamente con la lectura de un documento para su incorporación, sino que su presentación debe respaldarse en el testimonio de alguien que lo acredite en cuanto a su contenido, origen y fidelidad.

¹²⁷ Torres Chávez, Efraín: op. cit., p. 334.

¹²⁸ Cfr. Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio: op. cit. pp. 148 y 149.

Los testigos que comparezcan con este objetivo en el juicio deberán ser idóneos y darán cuenta de la naturaleza del documento, su forma de elaboración, la firma que consta en los mismos, si ha sufrido variación, y la explicación de algún dato que persiga probar algún hecho en particular; habilitando así la incorporación del documento como prueba¹²⁹, pudiendo el mismo ser controvertido con otro testimonio o cualquier otro medio de prueba idóneo que tienda a desvirtuar su autenticidad.

Si en relación a un documento que se pretende incorporar como prueba se ha practicado alguna experticia, se deberá recurrir a la declaración del o los peritos correspondientes que acrediten y respalden la fidelidad del examen realizado.

No obstante, en materia de documentos se debe diferenciar la denominada prueba documental de las declaraciones previas, éstas últimas que no constituyen prueba, integradas principalmente por aquellas constancias escritas que contienen versiones rendidas ante la Policía o la Fiscalía, las cuales sólo pueden ser utilizadas para refrescar la memoria del testigo o para demostrar la inconsistencia entre su testimonio en el juicio y dicha declaración previa, o a su vez por otras declaraciones realizadas fuera del sistema de persecución penal (una carta, libros de contabilidad, un diario de vida, etc.), cuya incorporación o no al juicio dependerá de su acreditación, origen y utilidad¹³⁰.

En cuanto a otros medios de prueba documentales como grabaciones magnetofónicas, de audio-video, documentos electrónicos y en general los denominados modernos medios de prueba, su incorporación también estará supeditada a la acreditación respectiva respecto a su origen y fidelidad mediante testimonios y en relación al cumplimiento de las disposiciones en torno a su interceptación, registro, reconocimiento y transcripción, así como las relativas a la autorización judicial para su obtención; además de su reproducción por medios técnicos idóneos.

4.11 Medios probatorios en el procedimiento de acción penal privada

La práctica de los medios probatorios en el procedimiento por delitos de acción privada, conforme la reforma, tiene lugar en la audiencia final correspondiente, pero previo a

¹²⁹ Véase Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio: op. cit. p. 149.

¹³⁰ Véase Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio: op. cit. p. 146 y 147.

ella, la ley procesal penal en su Art. 372, prevé un “plazo de seis días para que las partes presenten sus pruebas documentales, soliciten los peritajes del caso y anuncien los testigos que deberán comparecer en su favor en la audiencia”. El objetivo del plazo indicado, conforme opiniones vertidas al respecto, estaría dado por que se “anuncien” las pruebas que se practicarán oportunamente, no obstante, la disposición citada se refiere en ese sentido concreta y expresamente al anuncio de los testigos que declararán en la audiencia.

La reforma en sí persigue como finalidad que en la audiencia final se practique toda la prueba, como tiene lugar en la audiencia de juicio en la acción penal pública. En principio, conforme al inciso segundo del Art. 373 del Código de Procedimiento Penal, corresponde al querellante en dicha audiencia formalizar su acusación y presentar sus testigos y peritos previamente anunciados. Aquí la reforma establece que los testigos “de forma oral relatarán la relación con la acusación formulada, pudiendo ser repreguntados por la contraparte y el juez de garantías penales”. Se incurre en la consideración nuevamente del relato por parte del testigo, que fuera suprimido en cuanto al testimonio propio en la audiencia del juicio en la acción penal pública; y, de que pueden ser “repreguntados (...) por el juez de garantías penales”, lo cual técnicamente no es correcto, pues al juzgador en ningún momento le corresponde formular “repreguntas” al declarante, pues aquello es atinente a la parte contraria de aquella que presentó el testigo, conforme lo analizado oportunamente. Si se pretendió establecer que el Juez formule “preguntas” al testigo luego del relato por él realizado, se estaría retornando a prácticas del sistema ya superado, y no a las que corresponden al sistema oral vigente, en el que el juez carece de iniciativa procesal.

Luego la disposición pertinente establece que corresponde al procesado proceder de igual forma con sus testigos y pruebas, es decir que se procederá con los testigos en la forma ya determinada, partiendo con el relato oral de la relación de la infracción y la formulación de las “repreguntas”, debiendo interpretarse en esta última parte, por lo señalado en el párrafo anterior, que se refiere concretamente al examen y contra examen del testigo por parte del querellado y querellante.

La reforma por su falta de claridad, ha dado lugar a que se estime por parte de ciertos profesionales del Derecho que las diligencias atinentes a la denominada prueba material

(pericial) y documental, deberían practicarse necesariamente en la audiencia final, previo su anuncio en el plazo referido de seis días; no obstante en la práctica se ha optado por parte de Jueces de Garantías Penales por admitir la realización de diligencias periciales, materiales o documentales dentro del referido plazo de seis días tomando en consideración lo manifestado en el Art. 372 del Código Procesal Penal en cuanto a que en el referido plazo las partes pueden presentar sus pruebas documentales y solicitar los peritajes del caso; lo cual persigue la finalidad de que sea en la audiencia final en la que se incorporen y se acrediten estos elementos probatorios conforme el procedimiento analizado en relación a la prueba material y testimonial, a través de la declaración de peritos y testigos.

En general, la práctica probatoria en este procedimiento deberá sujetarse a las disposiciones y criterios enunciados con anterioridad con relación a la prueba material, testimonial y documental que deberán necesariamente tenerse presentes, en lo que fuere pertinente.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. Los Códigos Procesales Penales modernos recogen como criterio de apreciación de la prueba el sistema de la libre convicción, régimen intermedio entre la íntima convicción y la prueba tasada, que involucra tanto la libre valoración de los elementos probatorios, al no estar preestablecida en la ley su catalogación, en función también del libre escogitamiento de cualquiera de los medios probatorios determinados en la ley para la justificación del objeto de prueba; pero además, impone esa valoración conforme a los principios de la sana crítica, que son la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano, por encima únicamente de la íntima convicción, añadiendo a ello la motivación o la exposición de razones en la resolución y de la equidad, de allí que modernamente se habla de una sana crítica razonada.
2. Los medios de prueba en materia procesal penal son los modos, vías o rutas legales que permiten a los sujetos procesales llevar al proceso los hechos que revistan trascendencia para la decisión judicial, encontrándose los mismos expresamente señalados en el Código Adjetivo Penal bajo la denominación de prueba material, testimonial y documental, no pudiéndose recurrir a otros medios que no sean aquellos facultados por la ley y acogiendo estrictamente las normas que rigen su regulación y práctica..
3. Los principios que rigen la prueba son entre otros los de formalidad (acatamiento de las normas procesales respectivas), unidad (conjunción general de todas las actuaciones en cuanto a la finalidad misma de la prueba), pertinencia (adecuación de la prueba a los hechos que son materia de investigación o de juzgamiento y en relación a sus autores, cómplices o encubridores), contradicción (sometimiento de la prueba al conocimiento y discusión de las partes), publicidad (la prueba debe estar al alcance de cualquier persona) e igualdad de las partes (trato equitativo para las partes en la actividad probatoria).

4. El quebrantamiento de garantías constitucionales en la producción y recepción de la prueba conlleva su ilegitimidad y su efecto es la ineficacia jurídica del medio probatorio o acto procesal respectivo, no afectando la validez del proceso, sino que deriva en la exclusión del acto probatorio ilegítimo al perder eficacia jurídica el mismo. El incumplimiento de las disposiciones legales en la solicitud, disposición y práctica de la prueba conlleva en cambio su ilegalidad, y su efecto jurídico es la nulidad del proceso por violación de trámite desde el momento en que surge tal causa, ampliándose la nulidad a todo lo actuado después del acto nulo.
5. El reconocimiento dentro de la denominada prueba material en nuestro sistema procesal penal, se constituye en la diligencia a través de la cual el Fiscal con apoyo de la Policía Judicial realiza una constatación directa del lugar de cometimiento del delito o de los instrumentos relacionados con el mismo, es decir de la materialidad de la infracción, mediante una descripción prolija de los mismos, valiéndose de ser el caso, de peritos acreditados que brindan su contingente y su conocimiento profesional técnico o científico, en colaboración con la administración de justicia.
6. La prueba material en cuanto al procedimiento para su recopilación e incorporación procesal presenta diferencias en función de las conductas delictivas que dejan vestigios o huellas, como al tratarse de aquellas que conllevan la muerte de una persona (identificación, reconocimiento exterior y autopsia del cadáver), así como el aborto (examen pericial del feto y de la madre), envenenamiento (examen toxicológico de los órganos afectados) y lesiones (análisis pericial de los trastornos patológicos).
7. En el Ecuador los anticipos jurisdiccionales de prueba se limitan a los testimonios, en casos extremos como al tratarse de personas enfermas, que van a salir del país o que demuestren que no podrán concurrir al Tribunal Penal, casos en los que son los Jueces Penales los que receptan dichas declaraciones cumpliendo las mismas disposiciones que regulan la prueba testimonial en la etapa de juicio.

8. Tres son los tipos de testimonios que contempla el Código Adjetivo Penal, a saber: el propio que lo rinde una tercera persona, ajena a quienes tienen interés en los resultados del proceso penal, respecto a los hechos materia del mismo y de los cuales ha tenido una directa percepción a través de sus sentidos; el del ofendido, que lo rinde la víctima o el sujeto pasivo del delito, siempre y cuando se presente como acusador particular, a través del cual expone las circunstancias y pormenores de la acción delictiva; y el del acusado, es decir de la persona contra quien se ha dictado un auto de llamamiento a juicio, por expresa petición de la misma, como medio de defensa y de prueba a su favor.

9. El medio probatorio documental es aquel que permite demostrar un hecho alegado por intermedio del documento, que no es sino aquel objeto con función representativa de una exteriorización del pensamiento o de la actividad humana y generador de efectos jurídicos, que no se circunscribe exclusivamente a la escritura.

10. La autorización judicial para la intercepción registro y reconocimiento de los denominados nuevos medios de prueba, como grabaciones magnetofónicas, audio visuales y todos aquellos que involucran procedimientos técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología, procede al pretender utilizarse los mismos en lugares privados, en salvaguarda del derecho a la intimidad y privacidad de las personas y para los fines expresamente determinados en la ley, no así al tratarse de la instalación de los denominados medios de prueba en espacios abiertos o públicos.

RECOMENDACIONES

1. Las reglas de la sana crítica han sido acogidas en nuestro derecho procesal tanto penal como civil como criterio de valoración de la prueba (Arts. 86 CPP y 115 CPC), sin embargo las mismas se constituyen en parte integrante del denominado sistema de la Libre Convicción que ha sido reconocido por la doctrina internacional y nacional propiamente como el sistema que los Códigos Procesales Modernos han venido adoptándolo como el más idóneo y apropiado, de allí que considero que las normas procesales de nuestro país deberían también incluirlo expresamente, regulando sus principios, alcances y objetivos.
2. Al tener en nuestra legislación procesal el término “reconocimiento” una significación impropia, pues se lo concibe como la diligencia de inspección del lugar o lugares de perpetración del delito o cosas relacionadas con éste, por parte del Fiscal o la Policía Judicial, a través de su descripción prolija y, en ciertos casos, con ayuda pericial, que difiere de aquella que le otorga la doctrina y la legislación comparada; dicha terminología debería adaptársela a esa significación, reservándola para los casos de reconocimiento de personas, cuando no se ha logrado identificar plenamente a quien es partícipe, testigo o víctima de un hecho delictivo y es menester proceder a su reconocimiento por parte de la persona que ha aludido su intervención o participación, de entre otras con similares características o rasgos físicos, para su individualización concreta; o a su vez, para el caso de reconocimiento de objetos, cuando se le exhibe a una persona la cosa que tenga relación con el hecho delictivo, junto con otras que guarden similitud o aproximación análoga, para su determinación clara y precisa¹³¹.
3. En el Código de Procedimiento Penal se debe acoger expresamente la denominación “prueba anticipada”, como se refiere la doctrina y la legislación comparada, en relación a las declaraciones testimoniales rendidas antes los Jueces de Garantías Penales por los casos previstos en el Art. 119 ibidem, y no como pruebas testimoniales “urgentes” como consta actualmente en el Art. 79

¹³¹ Cfr. Jauchen, Eduardo. Op. cit. p. 462 y 484

del indicado cuerpo legal, debiendo mantenerse bajo la referida figura únicamente los testimonios bajo las circunstancias expresamente establecidas en la ley, y no ampliarse a otros medios probatorios, como ocurre por ejemplo en el caso colombiano, pues de hacerlo se estima podría dar lugar a arbitrariedades, errores y dificultades procesales.

4. En aplicación del sistema procesal oral y los principios que lo rigen, la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal publicada en el Registro Oficial No. 555, de 24 de Marzo del 2009, sustituyó algunas disposiciones legales y suprimió las atribuciones legales dadas a los Jueces para interrogar a los testigos, bajo la consideración de que el Tribunal de Garantías Penales debe resolver en base a los argumentos y elementos de convicción aportados por las partes, y de que el Juzgador carece de iniciativa procesal, haciendo así efectivo el principio de mínima intervención al que debe sujetarse el Estado en la investigación penal (artículos innumerados agregados a continuación del Art. 5 del Código de Procedimiento Penal); por consiguiente el mismo criterio debería adoptarse con relación al testimonio del ofendido, pues actualmente el Tribunal de Garantías Penales debe sujetarse, en cuanto a la práctica de este tipo de testimonio, a la formulación de un interrogatorio, con preguntas expresamente establecidas en la ley, contemplado en los Arts. 141 y 288 del Código de Procedimiento Penal.

BIBLIOGRAFIA

BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio: *Litigación Penal y Juicio Oral*, Fondo Justicia y Sociedad – Fundación Esquel – USAID, Quito, 2003.

CAFFERATA NORES, José: *La Prueba en el Proceso Penal*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 2003.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2002.

DÔRING, Erich: *La prueba*, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2003.

FALCÓN, Enrique: *Tratado de la prueba*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.

GARCÍA FALCONÍ, José: *Manual de Práctica Procesal Constitucional y Penal*, s/e., Quito, 2002.

GUERRERO VIVANCO, Walter: *Derecho Procesal Penal*, Pudeleco Editores S.A., Quito, 2004.

ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Edino, Guayaquil, 2004.

PALACIO, Lino Enrique: *La prueba en el proceso penal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

JAUCHEN, Eduardo: *Tratado de la prueba en material penal*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

JAUCHEN, Eduardo: *La prueba en material penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1996.

LLUCH, Xavier Abel; PICÓ, Joan y JUNOY: *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2006.

REINOSO HERMIDA, Ariosto: *El juicio acusatorio oral en el nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano*, Centro de Publicaciones y Difusión - Projusticia, Quito, 2001.

SANTO, Víctor de: *La prueba pericial*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997.

TORRES CHÁVEZ, Efraín: *Código de Procedimiento Penal con Práctica Penal*, Arte Tipográfico, Quito, s/a.

URIARTE VALIENTE, Luis M. y Farto Piay, Tomas: *El proceso penal español – Jurisprudencia Sistematizada*, La Ley - Grupo Wolters Kluwer Espana S.A. - Nueva Imprenta, Madrid, 2007.

VACA ANDRADE, Ricardo: *Manuel de Derecho Procesal Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001.

CITAS DE INTERNET Y DE OTROS MEDIOS:

GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel: *Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil*, Universidad de Huelva, España.
<http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/A05.pdf>

<http://es.wikipedia.org/wiki/Documento>

COMISIÓN PARA LA APLICACIÓN DE LA REFORMA PROCESAL PENAL. Creación Decreto Ejecutivo No. 3546, R.O. No. 2 del 17 de Enero del 2003: *Proyecto de Reformas al Código de Procedimiento Penal*, s/e., 2003.

NORMAS LEGALES NACIONALES E INTERNACIONALES

Constitución de la República del Ecuador

Código de Procedimiento Penal del Ecuador

Código Penal del Ecuador

Ley Reformatoria al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal del Ecuador

Código de Procedimiento Penal de la Nación Argentina

Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal Colombiano.

JURISPRUDENCIA:

Resolución No. 83-99 de 11 de febrero de 1999, Juicio No. 170-1997 (Ordoñez vs. Granja), publicada en el Registro Oficial No. 159, de 30 marzo de 1999.

Resolución No. 10-2004 de 14 de enero de 2004, Juicio No. 240-2002 (Donoso vs. Jácome), publicada en la Gaceta Judicial, Serie XVII, No. 15.

