

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

LA PRUEBA EN MATERIA PENAL

SUSANA DEL PILAR NÁJERA VERDEZOTO

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

Susana del Pilar Nájera Verdezoto

Quito, 5 de junio del 2009

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

LA PRUEBA EN MATERIA PENAL

SUSANA DEL PILAR NÁJERA VERDEZOTO

TUTOR: DR. LENÍN PEREZ MEDINA

2009

ABSTRACT

En el Ecuador los sujetos procesales que intervienen en un juicio penal, tienen el derecho a producir la prueba necesaria que les permitirá a los jueces de los tribunales de garantías penales determinar si existió o no infracción penal y conforme a esto dictarán la sentencia correspondiente.

En el presente trabajo estudiamos diferentes temas relacionados con la prueba, como su conceptualización, actividad probatoria, necesidad de la prueba, objeto, efectos, elementos, medios de prueba, actos de investigación y de prueba, anticipos jurisdiccionales de prueba, pruebas valederas, reglas de exclusión de las pruebas ilícitas, todo esto se lo aborda en los dos primeros capítulos para que el lector tenga conocimientos básicos de la prueba penal y con ello pueda comprender de una mejor manera la parte práctica que se la aborda en el tercer capítulo en donde nos referimos a las audiencias orales de juzgamiento sustanciadas por los tribunales de garantías penales en las cuales algunos operadores de justicia, fiscales y abogados, cometen a veces errores, por falta de conocimiento de la prueba penal, los cuales sacamos a relucir para enmendar los mismos y prevenir problemas futuros; se menciona que en las audiencias debe existir la inmediación de los litigantes con los jueces del tribunal de garantías penales, además los sujetos procesales deben hacer uso de su derecho a la defensa lo que conlleva al derecho a contradecir la prueba formulada por la contraparte.

Se hace énfasis a que la carga de la prueba recae en la Fiscalía, además se aborda el tema de la valoración de la prueba y se concluye la investigación con una serie de conclusiones con la finalidad que se tomen en cuenta para que no se vulneren derechos y mejore la administración de justicia.

DEDICATORIA

A mi cónyuge Patricio que ha constituido el estímulo permanente de mi superación y me ha apoyado incondicionalmente para alcanzar mis objetivos.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi agradecimiento a la Universidad Andina Simón Bolívar, institución que hizo posible que adquiriera conocimientos en derecho procesal, los mismos que servirán para revertirlos al servicio de la sociedad. Agradezco también a los señores profesores de la maestría, quienes nos impartieron a todos los cursantes sus conocimientos sin reservas de ningún tipo, en especial al Dr. Lenín Pérez Medina quien con su guía ha hecho posible la culminación de esta tesis.

TABLA DE CONTENIDO

	Páginas
Dedicatoria	5
Prólogo	9
Introducción	10
CAPÍTULO I	
LA PRUEBA PENAL	
1. La Prueba	11-14
1.1. Concepto	14-15
1.2. Actividad probatoria	15-19
1.3. Necesidad de la Prueba.	19-21
1.4. Objeto de la prueba	21-25
1.5. Efectos de la Prueba	26-28
1.6. Elementos de Prueba	28-30
1.7. Medios de Prueba	30-33
CAPÍTULO II	
LA PRUEBA EN EL JUICIO PENAL	
2.1. Actos de investigación y de prueba	33-36
2.2. Anticipos jurisdiccionales de prueba	36-40
2.3. Pruebas valederas	40-42
2.4. Reglas de la exclusión de las pruebas ilícitas.	43-47
CAPÍTULO III	
3.1. Práctica de la prueba	47-55
3.2. Nuevas pruebas	55-57
3.3. Carga de la Prueba	57-59

3.4. Ineficacia probatoria	60-61
3.5. Valoración de la Prueba	61-68
3.6. Conclusiones	69-71
Bibliografía	72-75

Prólogo

Tanto los jueces de los tribunales de garantías penales, agentes fiscales y abogados defensores de los procesados y ofendidos, deben conocer sobre la prueba penal para que no se violenten los derechos humanos de los sujetos procesales, las garantías del debido proceso, ni se cometan injusticias en contra de algún litigante, para ello, deben desarrollar destrezas, habilidades y tener los suficientes conocimientos sobre la forma de pedir, ordenar, practicar, incorporar y valorar las pruebas; éstas tienen que anunciarse previamente en la audiencia de formulación del dictamen y preparación del juicio, que la sustancia el juez de garantías penales en la etapa intermedia, si no se actúa en esta forma, dichos medios de prueba no serán admitidos por los tribunales penales y por tanto no podrán constituir prueba de cargo ni de descargo.

Como la prueba se la sustancia ante el tribunal de garantías penales, sus jueces deben valorar las mismas con total imparcialidad, tomando en cuenta únicamente las pruebas lícitas y pertinentes que son las que pueden ser admitidas como válidas.

Posiblemente por desconocimiento del sistema acusatorio adversarial, falta de herramientas de litigación, falta de preparación de los operadores de justicia y de los abogados patrocinadores, éstos cometen muchos errores y equivocaciones en relación a la prueba, los que se evidencian en la presente investigación para prevenir su cometimiento en el futuro.

La Autora

Introducción

Esta investigación tuvo por objeto hacer un estudio de la prueba, la misma que ha sido indebidamente aplicada y valorada por algunos jueces de los tribunales de garantías penales, liberando en ocasiones a los culpables y condenando a inocentes, lo que contraría el sistema acusatorio.

Se debe tener presente que la prueba en materia penal es sinónimo de garantía, situación que debe ser cumplida por los jueces de los tribunales de garantías penales para que no se produzcan excesos ni injusticias.

El juzgador tiene que ir formando su criterio acerca de la credibilidad y la eficacia de cada medio de prueba, desde el momento que entra en contacto con dicho medio, para al final confrontar todas las pruebas receptadas, depurarlas y tomar una decisión, esto es valorarlas en conjunto para sentenciar en base a la convicción lograda luego de dicha valoración.

Con esta investigación identificamos los problemas que surgen en la presentación y valoración de las pruebas para que los jueces de los tribunales de garantías penales rectifiquen sus viejas prácticas de admitir y valorar pruebas ilícitas y lo hagan con pruebas lícitas, pertinentes, con lo que se emitirán sentencias más justas.

Los conceptos básicos que utilizamos en esta investigación son: prueba, objeto, carga de la prueba, valoración de la misma, entre los más relevantes.

Para desarrollar esta investigación tuvimos que ordenar y compendiar la información obtenida, con el propósito de obtener este aporte académico que de seguro servirá a los estudiantes, profesionales y lectores en general para que conozcan sobre la prueba en materia penal.

CAPÍTULO I

LA PRUEBA PENAL

1. La prueba

Es muy importante en el derecho procesal ya que abarca todos los problemas relacionados con la evidencia del proceso, la cual tiene que ser valorada por el Juez.

La prueba está en la necesidad de proporcionar a éste, conocimientos suficientes de lo que sucedió fuera de su conciencia, con la finalidad de demostrar la violación de la norma penal. Es por esto que, a los jueces del tribunal de garantías penales les corresponde realizar comparaciones, hipótesis y análisis, dado que en principio desconocen los hechos, es por esto que las pruebas introducidas en la audiencia de juzgamiento son inciertas, por lo que deben ser objeto de comprobación para no cometer errores al momento de deliberar y con esto, condenar al responsable de la infracción o absolver al inocente, sin más trámite. La reconstrucción del pasado se la realiza con la producción de elementos que constituirán la base de credibilidad para establecer la existencia o no del hecho punible, correspondiéndole por esto al juez de garantías penales la labor de averiguar en el pasado como han acontecido los hechos, realizando por lo tanto un juicio crítico, reconstructivo e histórico. En este sentido Antonio Dellepiane establece cuáles son los “distintos pasos de esa reconstrucción:

- 1) Busca de rastros. 2) Recolección de los mismos, directamente o con auxilio de peritos, o inspección in situ. 3) Conservación de los rastros. 4) Descripción o representación figurada de los mismos. 5) Descripción del lugar y reproducción por medio de fotografías, etc. 6) Observación y estudio de los

rastros directamente o auxiliándose con peritos. 7) Formación de inferencias e hipótesis basadas en los rastros recogidos. 8) Crítica de las mismas para establecer su valor. 9) Comparación y combinación de inferencias para investigar el acuerdo o desacuerdo de los hechos. 10) Exclusión de hipótesis contradictorias”.¹

En el conocimiento de un hecho, el ser humano puede estar en uno de los tres estados siguientes: duda, probabilidad y certeza; éstos son explicados con mucha brillantez por Nicola Framarino Dei Malatesta de la siguiente manera:

“La mente humana puede encontrarse, con respecto al conocimiento de un hecho, en estado de ignorancia, o sea ausencia de todo conocimiento; en estado de credibilidad, en sentido específico, es decir, igualdad de motivos en cuanto al conocimiento afirmativo y al negativo; en estado de probabilidad, que es el predominio del conocimiento afirmativo, y en estado de certeza, que es conocimiento afirmativo y triunfante”.²

De la misma manera Pietro Ellero, manifiesta:

“La certeza, la probabilidad y la duda son los únicos y verdaderos grados persuasivos del hombre, como cualquiera puede observar en sí propio. Y aun puede decirse que los términos precisos e invariables son el primero y el tercero, esto es, la certeza y la duda, porque en el primero no hay un solo elemento de duda, y en el tercero ni uno de certeza; en cambio el segundo es un término indeciso y variable, pudiendo haber en él una probabilidad

¹ Cfr. Carnelutti, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Edeval, Valparaíso, 1979, p. 67; Dellepiane, Antonio, *Nueva teoría general de la prueba*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1939, pp. 34, 36 y 37.

² Framarino Dei Malatesta, Nicola, *Lógica de las pruebas*, Bogotá, 1964, t.I., p.11.

indefinidamente mayor o menor y no sujeta a medida". Y luego agrega: "A medida que las dudas se aminoran, la probabilidad aumenta; una vez desvanecidas, la certeza surge".³

De lo anterior se desprende que se debe eliminar toda duda para que surja la certeza, pero hay que tener cuidado de llegar a la certeza sobre hechos reales, los cuales deben ser verificables y comprobables dentro de la audiencia oral de juzgamiento, a través de las pruebas introducidas en legal y debida forma por los sujetos procesales.

Para que exista certeza no debe haber un solo resquicio de duda y de producirse ésta, los jueces del tribunal de garantías penales deben absolver al acusado, sin más trámite, aplicando el principio *indubio pro reo*.

Así también Nicola Framarino, expresa:

"La certeza es un estado subjetivo del espíritu, que puede no corresponder a la verdad objetiva. Pero certeza y verdad no siempre coinciden, pues algunas veces estamos ciertos de lo que objetivamente es falso; otras, dudamos de lo que es objetivamente verdadero; y la misma verdad que le parece indudable a alguien, en ocasiones le parece dudosa a otro, y hasta falsa a un tercero".⁴

Por todo lo expuesto, con la finalidad que se resuelva sobre la realidad histórico-procesal, para llegar a la certeza, se requiere que los jueces de garantías penales verifiquen, comparen con objetividad las pruebas y afirmaciones realizadas por los sujetos procesales en la audiencia de

³ Ellero, Pietro, *De los juicios criminales*, Madrid, 1953, 5ª. Ed., pp. 18 y 36.

⁴ Framarino, ob. cit. t.I, p. 13

juzgamiento, hasta tener la convicción suficiente sobre la exactitud de tales pruebas.

Cuando un juez juzga un hecho, sus ideas pueden estar entre la duda o la creencia hasta que al desvanecerse aquella o afirmarse ésta, recién tiene la certeza. La duda es la verdad conocida sólo como posible y en la cual no existe un conocimiento pleno de los hechos, sino parcial, que le impide llegar a la certeza; la creencia se forma de la probabilidad, en base a las evidencias exhibidas en el juicio lo que lleva al juez a la certeza, pero todas éstas, son operaciones mentales que realiza el operador de justicia en la audiencia de juzgamiento y en sus deliberaciones, para emitir la sentencia respectiva. En la que pone término a un proceso penal, tiene que determinar la existencia o inexistencia del hecho punible que constituirá el elemento fáctico sobre el cual recaerá la aplicación de la ley al caso concreto.

1.1. Concepto

En un sentido estricto, se entiende por prueba las razones o motivos que sirven para llevar al juez la certeza sobre los hechos. Es decir, probar es aportar al proceso los medios y procedimientos aceptados por la ley.

Francesco Carrara, al referirse a la prueba decía: “En general se llama prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza está en nosotros: la verdad en los hechos. Aquella nace cuando uno cree que conoce a ésta; más, por la falibilidad humana, puede haber certeza donde no haya verdad y viceversa”.⁵

⁵ Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, traducción de J. Ortega y J. Guerrero, Parte general, Temis, Bogotá, 1957, t. II, p. 381.

Desde una óptica técnico-procesal la prueba “es 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”.⁶

También podemos afirmar que la prueba consiste en la verificación de afirmaciones que se llevan a cabo utilizando los elementos de prueba de que disponen los sujetos procesales, que se incorporan al proceso a través de medios de prueba, de conformidad con la ley, observándose en la misma las garantías del debido proceso.

1.2. Actividad probatoria

Es importante, pues mediante ella las partes procuran acreditar la exactitud de sus alegaciones y el órgano jurisdiccional intenta alcanzar el convencimiento sobre la verdad procesal, en aras de ofrecer la tutela más justa.

Pellegrini dice que “la actividad probatoria corresponde al conjunto de actos destinados a obtener la incorporación de los elementos de prueba al proceso, que se desarrolla en cuatro momentos denominados proposición, admisión, rendición y valoración”.⁷

⁶ Cfr. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984, t.I, p. 33.

⁷ Pellegrini, A, *Pruebas ilícitas, en Derecho Penal. Derecho Procesal Penal*. (Buompadre, J., Coordinador), Abeledo, Perrot, Buenos Aires, 1997, 308. Este autor considera que la actividad probatoria pasa por cuatro momentos que son: proposición, admisión, producción y apreciación,. La mayor parte de la doctrina considera en cambio que la actividad probatoria tiene tres momentos aunque con diferencias de forma y de fondo, así Vélez Mariconde, cita a Manzini, Messina y Fenech, y distingue los momentos de producción, recepción y valuación.

Cafferata Nores denomina a estos momentos como “*proposición, recepción y valoración*”⁸. La proposición de pruebas consiste en la solicitud formulada por los sujetos procesales a los jueces del tribunal de garantías penales para que ordenen la recepción de un medio de prueba determinado, como la declaración testimonial de un testigo; la recepción de pruebas es la actividad desplegada por un órgano que ejerce funciones jurisdiccionales a efectos de introducir el elemento probatorio en el proceso; y, la valoración de las pruebas consiste en el análisis crítico que hace el tribunal de las pruebas rendidas durante el juicio oral con el objeto de decidir si se han verificado o no las afirmaciones en las cuales se basa la acusación y la defensa, para adoptar la decisión de absolución o condena.

La actividad probatoria está sujeta a un complejo y elaborado conjunto de reglas tendientes a incorporar elementos de convicción relevantes, confiables. La prueba no confiable o engañosa debe ser excluida, del mismo modo que aquella que representa un serio peligro de generación de prejuicios injustos contra uno de los sujetos procesales; sólo si éstos se encuentren debidamente legitimados podrán intervenir en la actividad probatoria, ya que el derecho a la prueba es un derecho que integra otro mayor: el derecho fundamental a un proceso justo, en el que prevalecen los derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

En nuestro sistema procesal penal, la actividad probatoria está constituida por la actuación que realizan dentro de la etapa del juicio (audiencia de juzgamiento) todos los sujetos procesales con la finalidad de establecer la exactitud o inexactitud de los hechos materia del juicio. Jorge Clariá Olmedo

⁸ Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*,^{4ª} ed., Argentina, Editorial Depalma, 2001, p. 41.

dice que “este despliegue está referido no solamente a la actividad tendiente a introducir el material probatorio (ofrecimiento, producción, contralor, etc.) sino también a la manifestación intelectual y de conocimiento que se realiza en el momento crítico, o sea en oportunidad de valorar lo colectado”.⁹

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

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

⁹ Cfr. Clariá Olmedo, Jorge A, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, t. V, p. 6.

Es así que la prueba puede ser concebida como el conjunto de actividades destinadas a obtener la verdad de los hechos, que servirán para que los jueces del tribunal de garantías penales tomen la decisión más acertada, condenando o absolviendo al acusado.

Las diligencias practicadas por el fiscal durante la instrucción, no tienen la calidad de actividades probatorias, ya que constituyen elementos de convicción de cargo o de descargo, que le servirán para fundamentar su decisión, la cual será valorada posteriormente por el juez de garantías penales, en la etapa intermedia, al momento de emitir su auto resolutorio y si hay mérito procesal podrá dictar un auto de llamamiento a juicio en contra del imputado, siempre y cuando exista una acusación fiscal.

En un sistema penal acusatorio y adversarial, como el nuestro, la actividad probatoria se la debe realizar en forma oral, es decir, que la audiencia del juicio, así como las alegaciones y argumentaciones de las partes y las pruebas, como los testimonios propios de los testigos, del ofendido, del acusado y, en general toda intervención de quienes participaren en ella se desarrollarán oralmente. El tribunal no admitirá la presentación de argumentaciones o peticiones por escrito durante la audiencia del juicio oral, sin embargo quienes no pudieren hablar, los sordos, o quienes no supieren el idioma castellano, intervendrán en la audiencia por medio de intérpretes y traductores.

En el desarrollo del juicio presentan la prueba la parte acusadora que es el Agente Fiscal, quien formula cargos contra el acusado, lo hace también el acusador particular que es el ofendido por el delito; por último, lo hace el acusado representado en el juicio por su abogado defensor. En este punto, es

deber de la acusación introducir la prueba de cargo que compromete al acusado.

.1.3. Necesidad de la prueba

La necesidad de la prueba según Hernando Devis Echandía, significa que “todo hecho que constituye el objeto del proceso debe ser corroborado sólo mediante pruebas introducidas legalmente, con independencia del conocimiento que sobre tales hechos tenga el juez, de ahí que, los fallos judiciales deben sustentarse en pruebas previstas en la ley, pruebas que tienen que ser sometidas a la contradicción de la contra parte, para que tenga la oportunidad procesal de conocerla y discutirla, aunque la prueba no le perjudique. La contradicción de la prueba comprende necesariamente el derecho a tener oportunidad para contraprobar, o sea para procurar y ofrecer pruebas que desvirtúen las ofrecidas en su contra”.¹⁰

Todo sujeto procesal que participa en un juicio penal, tiene el derecho a producir la prueba necesaria para formar la convicción del juzgador, que le permitirá determinar si existió o no infracción penal y de existir, podrá precisar cual fue el responsable de la misma, es decir, el juez debe tener la convicción suficiente que le permita determinar si una persona es culpable o inocente, para ello, debe tener una apreciación razonada y libre, sujeta tan sólo a las reglas de la técnica, de la ciencia, del derecho, de la psicología y de las máximas de la experiencia. En otras palabras, debe utilizar las reglas de la sana crítica para emitir su resolución.

¹⁰ Cfr. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de la prueba...* ob. cit, t. I, p. 49.

Cuando el hecho es notorio la ley exime su prueba, pero no porque el juez lo conozca privadamente, sino porque pertenece al conocimiento público en el medio social donde ocurrió el hecho o donde se tramita el proceso; por ello, no se trata de aplicar un conocimiento personal de aquel, sino de reconocerlo como cierto en virtud de esa peculiar condición que es conocida por las partes.

Para que los sujetos procesales conozcan la prueba, es preciso que se notifique no sólo el ofrecimiento y proveído por el cual el juez la admite como tal, sino también el día, hora y forma de su producción, como también todos los actos procesales que se refieren a la misma, como su postergación, variación o suspensión de cualquier naturaleza. Todo ello permite a los sujetos procesales conocer la naturaleza e identidad del medio probatorio, el órgano que la practicará, la oportunidad de su producción y las condiciones en que se llevará a cabo, para luego discutir la prueba producida en la fase de los debates (alegatos).

Se puede manifestar que el derecho de probar permite a un sujeto procesal, producir la prueba necesaria para acreditar o verificar la existencia o inexistencia de aquellos hechos que configuran una pretensión o una defensa, argumentos que deben ser incorporados por el juzgador para la correcta solución del caso concreto.

La necesidad de prueba se refiere a los hechos sobre los cuales versa la investigación penal sobre la cual debe decidir el juez mediante sentencia; en este tema, cabe formularse las siguientes interrogantes: ¿Qué se debe probar en cada proceso?, ¿Quién tiene interés en probar un determinado hecho para

evitarse consecuencias desfavorables?, y ¿Cómo decide el juez a falta de esa prueba?

Para concluir este tema, es preciso mencionar que la necesidad de la prueba, según Hernando Devis Echandía “es el conjunto de hechos materiales o síquicos, en sentido amplio, que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en cada proceso, en vista de las peticiones o excepciones (entiéndase defensas) de las partes o del efecto jurídico perseguido y que la ley exige probar por medios autorizados”¹¹. De este concepto se desprende que en un juicio penal se deben probar los hechos que son materia de investigación para que el juez tenga la convicción suficiente para condenar o absolver al acusado.

1.4. Objeto de la prueba

Es todo lo que es susceptible de ser probado, es decir, aquello sobre lo cual debe recaer la prueba, pudiendo tratarse de hechos naturales o humanos, físicos o psíquicos, referentes a la existencia o cualidades de una persona, o atinentes a cosas o lugares. En otras palabras, es el hecho delictivo que se investiga, dado que “las partes procesales tienen libertad para investigar y practicar pruebas siempre y cuando no contravengan la Ley y derechos de otras personas”.¹²

En cada proceso penal se debe probar todo aquello que forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas, a menos que esté exceptuado de prueba por ley.

¹¹ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Quinta Edición, t.I, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1981, p. 187.

¹² *Código de Procedimiento Penal*, Editorial Jurídica del Ecuador. Art. 84. Se pueden probar todos los hechos y circunstancias de interés para el caso. Las partes procesales tienen libertad para investigar y practicar pruebas siempre y cuando no contravengan la Ley y derechos de otras personas.

El objeto de prueba está constituido por el material fáctico, que servirá para probar y demostrar la existencia o inexistencia de la infracción penal. Esta noción, cuando se la refiere al proceso penal “queda íntimamente ligada al principio de la libertad de prueba según el cual todo objeto de prueba puede ser probado y por cualquier medio de prueba”¹³, según por Jorge Clariá Olmedo. En este sentido cabe formularse las siguientes preguntas: ¿Qué puede probarse en el proceso penal? ¿Sobre qué puede actuar la prueba? y ¿Qué efecto tendrá la prueba presentada en el juicio? Al respondernos estas preguntas, se hará una defensa más técnica y podremos presentar las pruebas que más convenga a la defensa.

El Juez de garantías penales aplica e interpreta la ley para emitir su fallo, en base a las pruebas aportadas en el proceso; los sujetos procesales aportan las pruebas y con éstas se prueban los hechos una vez que se justifica que el acusado cometió la infracción penal. El Juez por su parte, conoce los hechos, valora las pruebas y en base a ellas, dicta la sentencia respectiva, que puede ser absolutoria o condenatoria.

¿Cómo y cuándo se generan las pruebas de los hechos? Los actos humanos están regidos por las leyes de la naturaleza; es decir, que es casi imposible, que un acto humano no deje un registro que sirva como dato fácilmente interpretable, dándonos una lectura más o menos precisa sobre qué paso y como ocurrió.

Los hechos por sí mismos generan las pruebas, que han de servir para reconstruir la historia de todo cuanto ocurrió; asimismo, los hechos se cotejan con la ley y se configura el hecho tipificado como delito en el Código Penal.

¹³ Cfr. Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal...*, ob. cit., t. V, p.18; Rubianes, Carlos J., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, t. II, p. 210; Devis Echandía, Hernando, *Compendio de la prueba...*, ob. cit., t. I, p. 89.

El tipo del delito contemplado en el Código Penal es simplemente el parámetro para considerar que un hecho es o no delito; el verdadero origen de una imputación penal está definitivamente en los hechos.

Todo delito, entonces, tiene que sustentarse en pruebas, sea de la naturaleza que sean, ya que de no existir, jurídica y técnicamente, no existe razón para formular una imputación penal; esto salvo raras excepciones, en que no se requiere más que la declaración de las víctimas, caso concreto, los delitos sexuales, como el de violación.

La doctrina se refiere “al objeto abstracto de prueba y al objeto concreto de prueba; el primero está constituido por todo aquello susceptible de ser probado o sobre lo cual puede recaer la prueba, sin relación con el proceso o procedimiento en particular, en cuyo caso, la prueba es general, sin considerar un caso en concreto, lo que se denomina pruebas penales en abstracto; el objeto concreto de prueba está constituido por aquellos hechos que directa o indirectamente tienen relación con la materia debatida o que ha sido propuesta en un proceso o procedimiento”.¹⁴ Es decir en el objeto concreto de prueba tenemos los lineamientos y requisitos jurídicos de la prueba en un caso en particular, en donde determinamos qué se puede y qué se debe probar, pero aplicado al delito específico como por ejemplo un homicidio, secuestro, violación, lesiones, trata de personas, etc.

En concreto se debe probar sobre la existencia del “*hecho delictuoso*”, del acusado y las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado. Individualizar autores, cómplices o encubridores, verificando su edad, educación,

¹⁴ Devis Echandía, Hernando: *Teoría general de la prueba...*, t.I, ob. cit., p. 165.

costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuaron, los motivos que los hubieran llevado a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad; estos aspectos necesariamente deberán ser objeto de prueba, aún cuando no exista controversia sobre ellos, salvo casos excepcionales.

El objeto de prueba consiste en la existencia o inexistencia de hechos, de ahí que el objeto concreto de prueba está constituido por el conjunto de hechos que directa o indirectamente tienen relación con la materia debatida y que van a ser resueltos por el juzgador, pero los hechos deben ser expresamente afirmados por los sujetos procesales o introducidos expresamente a la discusión por el juzgador para resolver el caso concreto. Con esto se pretende evitar que el juzgador resuelva una pretensión o una defensa teniendo en consideración hechos respecto a los cuales cualquiera de las partes o de los terceros legitimados no tuvieron oportunidad de probar o de discutir al no haberse determinado con exactitud que eran parte del objeto concreto de prueba. En otras palabras, “se busca evitar situaciones de indefensión”¹⁵.

Existen ciertos autores que consideran que el objeto de prueba no está constituido por los hechos, sino por las afirmaciones que las partes han realizado acerca de ellos. Díez-Picazo, por ejemplo “señala que es imposible operar sobre los hechos, ya que éstos pertenecen al pasado y lo que el juzgador recibe es una *“historia”* contada por las partes; por lo tanto, considera

¹⁵ “[...] se estima que las pruebas, más que versar sobre hechos controvertidos, vienen a recaer, de modo inmediato, sobre las afirmaciones articuladas por las partes respecto a hechos controvertidos”. Fabrega, Jorge, *Teoría General de la Prueba*,. Santa Fe de Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, p. 91-92.

que la actividad probatoria consiste en contrastar las afirmaciones de las partes con las “*huellas*” que hayan dejado esos hechos, para poder comprobar su veracidad”.¹⁶

Nuestro criterio, es que el objeto de prueba constituyen los hechos sobre los que recaen las afirmaciones que dieron lugar al litigio. “Los hechos se prueban, en cuanto se conozcan, para comprobar las afirmaciones”.¹⁷ Es decir que el objeto de la prueba va sobre los hechos, acontecimientos o circunstancias que deben ser demostrados en el proceso, a fin de que sean conocidos por el juez para crearle certeza, mediante la cual debe decidir.

Constituye objeto de prueba, las máximas de la experiencia, que son nociones o conocimientos suministrados por diversos factores (costumbre, comercio, industria, oficio, etc.) y que tiene valor propio al ser utilizados en el proceso. Pueden ser objeto de prueba porque contribuyen al mejor conocimiento, explicación y valoración de ciertos hechos.

El objeto de prueba debe reunir dos condiciones:

Pertinencia.- Es decir, que la prueba debe estar relacionada con las proposiciones o hechos que van a ser demostrados dentro del proceso.

Utilidad.- Es decir, que la prueba incluida al proceso sea positiva e idónea, con la finalidad de demostrar la realización de un hecho que permita generar la convicción en el juez.

¹⁶ Garcimartín Montero, Regina, *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Cedecs Editorial S.L., 1997, pp. 47-48

¹⁷ Carnelutti, Franceso, *La prueba civil*, Segunda Edición, Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, p. 40.

1.5. Efectos de la prueba

La prueba en materia penal constituye una garantía, es por esto que la misma debe respetar las normas procesales, constitucionales, así como los instrumentos internacionales y los derechos humanos de los sujetos procesales que intervienen en el proceso penal, en especial del acusado, ya que el más alto deber de la sociedad es la tutela de los derechos e intereses del individuo y de los derechos humanos, los que deben estar protegidos por el Estado; al producirse esto, el efecto inmediato es que la prueba tenga todo el valor legal que el caso requiere por ser lícita y pertinente, lo que conduce a que los tribunales de garantías penales dicten sentencias más justas y apegadas a la realidad procesal por haberse cumplido y respetado en el proceso las garantías del debido proceso.

El principal efecto de toda prueba que se obtenga con violaciones de las garantías individuales, de los derechos humanos y del debido proceso, reconocidas por la Constitución del Ecuador, es que la misma carece de eficacia probatoria, por lo que no tendrá validez alguna para el tribunal de garantías penales. La ineficacia probatoria se extiende inclusive a los actos inmediatos (consecuencias) producidos por dichas pruebas. Esta tesis de causalidad de los elementos de prueba ilícitos, se la conoce como "*tesis del fruto del árbol envenenado*" de acuerdo a la jurisprudencia norteamericana.

La prueba ilícita es aquella que viola derechos fundamentales, garantías constitucionales o es contraria a la ley y por ello no tiene validez alguna y carece de eficacia probatoria, efecto que tiene fundamento expreso en el artículo 76 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador.

En efecto la ineficacia probatoria de la prueba ilícita se encuentra

constitucionalizada, elevada a garantía judicial básica, con lo que se asegura la aplicación de este mandato, más aún cuando en nuestra Constitución, en el inciso segundo del artículo 426, se señala:

“Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente”.

En nuestra legislación penal la ineficacia probatoria de la prueba ilícita tiene una regulación positiva bien específica, la misma que se encuentra prevista en el Art. 80 de nuestro Código de Procedimiento Penal, preceptuándose que *“Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna...”*

Tanto la norma constitucional del artículo 76 numeral 4, como la norma procesal penal del artículo 80, antes citadas, guardan una sola interpretación: la imposibilidad jurisdiccional de valorar prueba ilícita, pues, todo acto de obtención de información o evidencia que violente derechos fundamentales o garantías constitucionales se sanciona constitucionalmente con la invalidez procesal, que es una garantía del debido proceso.

En nuestro país, las pruebas obtenidas con violación de la Constitución o la ley constituyen pruebas inválidas, ineficaces, totalmente improductivos a la hora de ser valorados por el tribunal de garantías penales, por lo que se deberá declarar su ineficacia probatoria y si ésta es la única prueba o evidencia de cargo en contra del acusado, el tribunal en forma responsable deberá

absolverlo en estricto apego a la ley, porque la invalidez de la prueba primaria viciada de inconstitucionalidad se extiende a las pruebas derivadas de aquella. El tribunal de garantías penales no puede sustentar una sentencia en medios de prueba obtenidos con infracción a derechos fundamentales o garantías constitucionales, ya dichos medios de prueba no tendrán validez alguna y por ende, carecerán de eficacia probatoria.

1.6. Elementos de prueba.

Constituyen todos los datos o informaciones objetivas debidamente comprobadas que se incorporan legalmente al proceso con la finalidad de producir un conocimiento cierto o probable sobre la imputación delictiva, siendo útil al juzgador para que rechace o admita en todo o en parte las cuestiones sobre las que debe decidir. Es necesario que los datos sean objetivos para que el juez forme su criterio y con éste pueda decidir; estos datos tienen que ser incorporados al proceso en forma legal, esto es, respetando las garantías constitucionales y las normas procesales de incorporación de pruebas, pero su utilidad, entendida como idoneidad probatoria, será valorada por el juzgador, en base a las reglas de la sana crítica, en el momento de dictar la sentencia.

El autor Julio Maier, señala que el “elemento de prueba es el dato, el rastro o señal, contenido en un medio de prueba ya realizado, que conduce, directa o indirectamente, a un conocimiento cierto o probable del objeto del procedimiento”¹⁸. Es decir que elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o

¹⁸ Maier, Julio B. J, *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, t. I, 2ª ed., Editores del Puerto, Argentina, 2004, p. 579.

probable acerca de los extremos de la imputación delictiva, que nos conduce a descubrir la verdad.

Los datos consisten en los rastros, huellas o señales que el hecho delictivo pudo haber dejado en las cosas (rotura, mancha, etc.) o personas (lesiones), datos que para que constituyan medios de prueba tuvieron que haber sido sometidos a experticias (informe pericial que demostró que la mancha era de sangre).

El dato debe provenir en forma externa al proceso, y no emanar del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva, ya que los datos deben ser controlados por las partes, quienes deben proceder a la construcción de la prueba la que debe ir ligada entre si.

La legalidad del elemento de prueba será presupuesto indispensable para su utilización con la finalidad de llegar al convencimiento judicial.

La ilegalidad del elemento probatorio se da por dos motivos: su ilegal obtención o su irregular incorporación al proceso.

La obtención ilegal se da cuando cualquier dato probatorio se obtenga con violación de garantías individuales previstas en la Constitución, lo que da lugar a que los datos carezcan de valor para fundar la convicción del juez. Como ejemplo de esto tenemos que la prueba recogida en un allanamiento ilegal, infringe la garantía de inviolabilidad del domicilio, por lo que carece de aptitud probatoria.

Aprovechar la ilegalidad para iniciar la persecución del delito es tan inadmisibles como aprovechar la ilegalidad para intentar probar su comisión.

La irregular incorporación al proceso impide utilizar el dato en la fundamentación de la resolución ya que se produce la ilegalidad del elemento probatorio.

En el proceso penal los sujetos procesales aportan elementos de prueba para crear certeza en el juzgador respecto a la existencia del hecho punible, así como la responsabilidad de sus autores, cómplices o encubridores. Esta idoneidad conviccional es conocida como “*relevancia o utilidad de la prueba*”.

El dato probatorio deberá relacionarse con la existencia del hecho y la participación del imputado o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso (agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad; personalidad del imputado; existencia o extensión del daño causado por el delito.

La relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se va a utilizar es conocida como “*pertinencia*” de la prueba.

La confrontación de los sujetos procesales determina la introducción de los elementos de prueba sobre los cuales se fundará la decisión y reduce la posibilidad de que el juzgador emita juicios de valor pre juiciosos o parcializados.

1.7. Medios de prueba.

Son aquellos procedimientos regulados por la ley procesal y que sirven para introducir elementos de prueba en el proceso. De lo anterior se colige que medio de prueba es el método por el cual el juez obtiene el conocimiento de los datos probatorios aportados por los sujetos procesales, con lo cual, ingresan al

proceso. Su enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa: el testimonio, la documental, la pericial, el registro del lugar del hecho, la requisa de personas y vehículos, la incautación de bienes, el reconocimiento de personas, etc.

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

La presencia de “algún medio probatorio que no tenga regulación específica no obsta a su admisión, si resulta pertinente, para comprobar el objeto de prueba, en cuyo caso, deberán aplicársele analógicamente las normas del medio que más se adecuen a su naturaleza y características”.¹⁹

Cada hecho a probarse debe ser contrastado con los medios de prueba de que se dispongan. Dentro de los medios disponibles habrá algunos que son más específicos y propios al hecho en cuestión. Así por ejemplo, con testimonios que son las pruebas menos fiables porque los testigos pueden ser fácilmente manipulados, se pueden probar ciertos hechos en vista que no existen otros medios de prueba y resulta por lo tanto inútil llegar a su conocimiento por otra vía. En el caso de un accidente de tránsito por ejemplo, en donde existe un parte policial informativo, en el cual el agente policial lo realiza en base a las versiones de los sujetos involucrados quienes dan sus propios argumentos, no se puede dar mayor credibilidad al mismo, por este motivo, a pesar que la prueba documental es más fiable y certera, sin embargo en este tipo de asuntos, resulta más confiable la prueba testimonial, porque

¹⁹ Cfr. Devis Echandía, *Compendio de la prueba...*, ob. cit., t. I, p. 273.

seguramente los testigos presenciaron de manera directa el percance y pueden con sus declaraciones ayudar a esclarecer el hecho. El testigo presencial coherente y sin interés en la causa tiene una fuerza de convicción que supera a otras pruebas, pero si se demuestra en el proceso que el testigo a pesar de ser coherente e intachable, tiene una deficiencia visual que le impedía por efectos del tiempo ver con claridad lo relatado, entonces dicho testimonio será desestimado por el juez.

Cada medio probatorio valdrá por la cantidad, calidad de información que le proporcione al juzgador, por la concordancia que tenga con las otras pruebas aportadas en el proceso, por la verosimilitud que posea, además habrá que considerar la cantidad de medios existentes y la relación con el hecho que se quiere probar. Se debe contraponerlos cuando se manifiestan discordantes sobre un hecho, haciendo una reconstrucción del relato para establecer concordancias o contradicciones de los medios de prueba puestos a su conocimiento, debiendo ajustarse total o parcialmente a alguna de las posiciones propuestas por los sujetos procesales.

Otro aspecto que cabe destacarse está relacionado con la existencia de un procedimiento para la incorporación de los elementos de prueba al proceso que debe respetar un cúmulo de garantías y que tienen que ver con su licitud.

Los medios de prueba constituyen un procedimiento formal para la incorporación de elementos probatorios, que está regido por ciertas garantías que tiene su razón de ser, en la necesidad de controlar los instrumentos de los que se vale el juzgador para adquirir conocimiento de los hechos. Este control es necesario en dos vertientes: por un lado, para asegurar que el convencimiento del juez se base en medios racionalmente aptos para

proporcionar el conocimiento de los hechos y no en meras sospechas o intuiciones ni en sistemas de averiguación de corte irracional o de poca o ninguna credibilidad; por otro, para asegurar que los elementos que el juzgador ha tenido en cuenta en la formación de su convencimiento han sido producidos con respeto a las garantías constitucionales y legales.

Resultaría inadmisibles no considerar elementos probatorios, a pesar de su eficacia y pertinencia, por el hecho de no encontrarse previstos entre los medios de prueba que la ley procesal establece, ya que el continuo y vertiginoso avance científico, nos hace adoptar otra postura, en la cual es posible utilizar elementos probatorios no previstos como medios probatorios por no encontrarse determinados en la ley; en este caso, deberán incorporarse en la forma que más se adecue al asunto concreto, pero respetando siempre el derecho de los sujetos procesales. De no admitirse los elementos probatorios, se estaría vulnerando el derecho de defensa de alguno de los sujetos procesales.

CAPÍTULO II

LA PRUEBA EN EL JUICIO PENAL

2.1. Actos de investigación y de prueba

Toda la actividad investigativa que se lleva a cabo durante la etapa de instrucción fiscal no constituye prueba, sino elementos de convicción, que le servirán al fiscal y posteriormente al juez penal -quien sustancia la etapa intermedia- para que se respalden y fundamenten sus actuaciones. En este sentido, se tiene que los actos de investigación son los realizados durante la investigación por parte de la Fiscalía con auxilio de la Policía Judicial, que

tienen por objeto, obtener, recoger y recopilar los elementos de convicción que serán utilizados por el Fiscal para sustentar sus actuaciones, que serán conocidos posteriormente por los jueces penales de garantías, que sustancian la etapa intermedia y que llevan a cabo la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen, en donde de haber mérito procesal, dictarán el auto de llamamiento a juicio en contra de los presuntos responsables de la infracción penal, caso contrario, dictarán el correspondiente auto de sobreseimiento. Es decir que con los actos de investigación se prepara el Fiscal para un eventual juicio oral, mediante la comprobación o investigación de la noticia criminis, para determinar fehacientemente el hecho punible y los posibles responsables.

Actos de prueba, son los realizados por los sujetos procesales, ante el tribunal de garantías penales, con el objeto de incorporar los elementos de prueba tendientes a verificar sus proposiciones de hecho. Al practicarse los actos de prueba en la etapa del juicio se respetan los principios de publicidad, oralidad, inmediación, continuidad y concentración, que rodean precisamente a la producción de la prueba.

Excepcionalmente, la ley procesal penal acepta que se produzca prueba anticipada, como anticipo jurisdiccional de prueba, durante la etapa de investigación, pero respetando los principios antes señalados, cuando un testigo se encuentre imposibilitado de concurrir a declarar ante el tribunal penal.

Cafferata Nores José, nos dice que:

“La prueba deberá versar sobre la existencia del hecho delictuoso y las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen o influyan en la

punibilidad y la extensión del daño causado. Deberá dirigirse también a individualizar a sus autores, cómplices o instigadores, verificando su edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes, el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que lo hubieran llevado a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad".²⁰

De este concepto, se deduce que la prueba que se la practica ante el tribunal de garantías penales, debe demostrar y justificar la existencia de la infracción y la responsabilidad penal de sus autores, cómplices o encubridores, la misma que por su carácter, tiene la calidad actos de prueba.

Los actos de prueba de la parte acusadora, tienen por objeto persuadir al tribunal, con grado de certeza, acerca de los cargos de la imputación delictiva; si los actos de prueba provienen del acusado, la finalidad es desvirtuar los cargos imputados en su contra, para lo cual debe presentar las pruebas de descargo, que le conduzcan a este fin.

Los actos de prueba sólo pueden ser realizados por los sujetos procesales, ya que en un sistema adversarial, el tribunal de garantías penales tiene un rol pasivo, mientras que a las partes les corresponde probar las afirmaciones de hecho que fundamentan sus pretensiones de condena o absolución. Al tribunal que sustancia el juicio oral se le reconoce sólo excepcionalmente la posibilidad de realizar actos de prueba de contenido sumamente limitado, como sucede por ejemplo en la facultad que se le

²⁰ Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, 3ª.ed., actualizada y ampliada, Argentina, Editorial Depalma, p. 23.

reconoce a los jueces para formular preguntas al testigo o perito con el fin de esclarecer los hechos.

Los actos de prueba tienen por objeto lograr la convicción del tribunal para probar los asertos de los sujetos procesales, que sustentaron sus proposiciones fácticas y que tienden a provocar la decisión de absolución o de condena.

2.2. Anticipos jurisdiccionales de prueba

Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes²¹, rendidas por los enfermos, de los que van salir del país, de las víctimas de violencia sexual y de aquellos que demuestren que no podrán concurrir al tribunal de garantías penales en la etapa del juicio²², testimonios que serán receptados por los jueces de garantías penales, en la etapa de instrucción fiscal o etapa intermedia, para lo cual se deberán aplicar las disposiciones del testimonio propio, previa notificación a los sujetos procesales, para que éstos, puedan estar presentes en la diligencia y con ello garantizar los principios de contradicción, inmediación y concentración, lo que da lugar a que las pruebas sean contradecidas y no se realicen a espaldas de la defensa, como sucedía en el sistema inquisitivo; al tratarse del testimonio urgente, el juez de garantías penales ordenará que se lo reduzca a escrito debiendo ser la diligencia un fiel reflejo de lo expuesto por el declarante, sin perjuicio de que este testimonio pueda ser grabado. La diligencia será firmada por el juez de garantías penales. De todo esto se desprende que los testimonios

²¹ Código de Procedimiento Penal, ob. cit., p.53.

²² Idem, artículo 119.

urgentes receptados como pruebas anticipadas cuentan en el nuevo sistema oral, con todas las garantías.

Con estas pruebas se salvaguardan los testimonios de quienes por los motivos antes señalados, no pueden concurrir al tribunal, pero los mismos pueden ser introducidos en la audiencia de juzgamiento, para ser valorados por los jueces del tribunal de garantías penales.

Cuando sea necesario el anticipo jurisdiccional de prueba, la Fiscalía por sí o a petición de parte, requerirá al juez de garantías penales, para que recepte los testimonios con el carácter de urgentes, previo a ello, el peticionario deberá justificar al fiscal que existen motivos fundados y de extrema necesidad para la práctica de la prueba como anticipo jurisdiccional y que la misma se debe llevar a cabo para evitar su pérdida o alteración. Los motivos fundados van más allá de la simple afirmación del peticionario; la extrema necesidad debe respaldarse en actos de investigación que demuestren la ostensible urgencia que obliga a practicar la prueba antes del juicio oral.

La pérdida o alteración del medio probatorio, también debe comprobarse, así, si una persona que puede testificar tiene su vida amenazada por una enfermedad terminal, es necesario que se recepte su testimonio en forma urgente, en la forma antes señalada. Como ejemplo de esto, tenemos el caso de una persona acusada de homicidio, a quien se le imputó injustamente, por lo que solicitó el testimonio de un enfermo terminal de sida, quien departió con él, en un evento artístico (peña bailable), en el cual estuvieron hasta las 02h00 del día siguiente, pero se le atribuye una muerte producida a las 20h50 del día anterior, lo que no pudo acontecer, por encontrarse a su lado. Con este

testimonio se probaría la ninguna participación del imputado en el delito incriminado.

Admitida por el juez la prueba anticipada, se la practicará de la misma forma como la prueba en audiencia pública del juicio, para ello notificará a los sujetos procesales, quienes podrán realizar el examen y contra examen al testigo. En los casos en que habiendo sido notificados legalmente, no concurriere el abogado defensor del imputado o acusado, el juez podrá sustituirlo por un defensor público o de oficio para que lo represente y con esto no se vicia la diligencia.

La prueba solicitada por el agraviado o por la Fiscalía, como anticipo jurisdiccional, debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionados con la existencia del delito y con la responsabilidad del acusado, mientras que si solicita esta prueba el acusado, debe demostrar su inocencia, de ser el caso, o debe tratar de hacerla valer como prueba de descargo para atenuar su responsabilidad penal.

Sea quien solicite esta prueba anticipada, debe presentar al juez de garantías penales, su teoría del caso, que relaciona la prueba solicitada con los hechos relevantes y los efectos jurídicos que pretende demostrar. Solo así el juez puede evaluar de manera íntegra la pertinencia de la prueba.

Si quien solicita la prueba anticipada es la Fiscalía, nace una oportunidad para la defensa de conocer la teoría del caso que orienta la acusación, y de observar la fuerza probatoria de las evidencias de la Fiscalía, que le servirán para planificar una estrategia de defensa. También es la oportunidad para conocer otras evidencias que saldrían a la luz al sustentarse la teoría del caso del fiscal ante el juez de garantías penales. Es también una

oportunidad para oponerse a la práctica de la prueba por irrelevante si no se reúnen los requisitos señalados, o inadmisibles, si su urgencia o necesidad no compensan –ni por su materialidad o por su eficacia– la intervención excepcional y temprana del juez de garantías, antes de la participación de los jueces del tribunal de garantías penales. Esto obviamente con el fin de debilitar la acusación y fortalecer la teoría del caso de la defensa.

Si la prueba anticipada es una prueba necesaria para la defensa, debe medirse su peso frente a su teoría del caso, su pertinencia y las condiciones de admisibilidad. El descubrimiento anticipado de la estrategia de defensa puede fortalecer a la Fiscalía y llevarla a completar su teoría del caso, o a corregirla con miras a obtener un triunfo procesal.

Una vez practicada la prueba anticipada se incorporará directamente al proceso, la que se dará lectura en la audiencia de juzgamiento.

En cualquier caso, el uso de la prueba anticipada, es excepcional, y la Fiscalía recurrirá a este mecanismo cuando sea imposible contar con la presencia física del testigo en el tribunal, de lo contrario, estaríamos regresando al sistema inquisitivo en donde primaba la prueba escrita y desvirtuaríamos la naturaleza de esta prueba. Por esta razón, el Ministerio Público tendrá que oponerse a los pedidos no fundados de los anticipos jurisdiccionales de prueba, lo mismo lo hará el juez de garantías penales, cuando tenga que admitir una prueba de este tipo sin los fundamentos y justificativos suficientes.

Según Joan Picó I. Junoy, “la prueba anticipada puede ser utilizada con mala fe procesal, máxime cuando con ella se logra acreditar hechos de

imposible o muy difícil repetición en el acto del juicio”.²³ Para evitar estas situaciones, como lo tenemos mencionado, el fiscal no debe admitir la prueba anticipada si no se le acredita o justifica su necesidad.

2.3. Pruebas valederas

La prueba en materia penal es sinónimo de garantía, la misma no debe ir en contra de la moral y las buenas costumbres, para que no pierda su naturaleza, que le convierte en imperativa. Su validez se condiciona al hecho de que no sean obtenidas a través de medios como torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños, inducción a la comisión del delito u otros medios corporales o psíquicos que vulneren la voluntad del sujeto que violan también los derechos humanos reconocidos por nuestra legislación y por instrumentos internacionales o que se utilicen procedimientos que induzcan a la comisión del delito.

Los medios de prueba constituyen un aspecto fundamental, son la base primordial al interior del proceso penal, pues aquellos serán los que fijen una resolución justa o injusta en la causa cuyo conocimiento y decisión tendrá el tribunal de garantías penales competente; de lo anterior, surge la necesidad de que esos medios de prueba sean válidos y efectivos, conforme a la ley, a las garantías del debido proceso. Pero dichos medios pueden ser susceptibles de alteración, y su manipulación puede tener lugar en varios momentos: 1) A la hora de formarla o recogerla; 2) Al presentarla e incorporarla; y, 3) En la valoración para decisión judicial.

²³ Picó I Junoy, Joan, *La prueba anticipada en la ley de enjuiciamiento Civil, en La Ley*, 2001, J.M. Bosh Editor. España, 7, pp. 1518 a 1526.

Todo medio de prueba que quebrante las normas procesales, así como las constitucionales, no tendrá validez alguna para fundamentar la acusación o para producir la convicción del tribunal en la sentencia, por haber sido obtenidas mediante la violación de un derecho.

Es admisible toda prueba lícita y pertinente, el problema es que hay prueba lícita y pertinente que podría ser excluida por criterios subjetivos del juez; así, una prueba podría ser valorada de diferente forma por los jueces, ya que cada uno puede tener diferente apreciación de la misma. Luego de admitida una prueba el juez realiza la valoración, en base de las reglas de la sana crítica. Lo importante sería que la decisión se la tome uniformemente en todos los juzgados y no de acuerdo al criterio subjetivo de cada juez. Al no existir reglamentación uniforme sobre los requisitos necesarios para la admisibilidad de la prueba se vulnera el principio de uniformidad en la aplicación de la justicia, principio fundamental en todo sistema legal.

Para que las pruebas sean valederas, sean éstas de cargo o de descargo, para justificar la responsabilidad penal del acusado o la inocencia del mismo, se requiere que sean “pedidas, ordenadas, practicadas e incorporadas al juicio”²⁴ las que deben ser presentadas ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo las consideradas como pruebas urgentes o anticipos jurisdiccionales de prueba, que serán practicadas por los jueces penales.

Por consiguiente toda prueba que quebrante estas garantías, así como las constitucionales, no tendrá validez alguna para fundamentar la acusación o para producir la convicción del tribunal de garantías penales en la sentencia,

²⁴ *Código de Procedimiento Penal*, ob. cit., p.54. Art. 83: “La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código...”.

por más que el único medio para conseguirlas sea la violación de un derecho, hecho que se encuentra contemplado no sólo en ley adjetiva penal²⁵ sino también en nuestra Constitución²⁶ y en los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador, que de igual forma protegen estas garantías.

La prueba debe tener relación con el objeto del proceso, es decir, ser pertinente, que busca descubrir la perpetración del delito y la responsabilidad del acusado; en lo penal se busca la valoración de un hecho concreto que ya acaeció, pero con la limitación de respetar las garantías constitucionales y los derechos humanos de las partes que intervienen en el proceso como ya mencionamos.

“El descubrimiento de la verdad debe ser efectuado en forma lícita, no sólo porque hay de por medio un principio ético en la represión del delito, sino porque la tutela de los derechos del individuo es un valor más importante para la sociedad que el castigo al autor del delito. El respeto a la dignidad del hombre y a los derechos esenciales que derivan de esa calidad, constituyen el vértice fundamental sobre el que reposa la existencia misma de todo estado de derecho”.²⁷

²⁵ *Código de Procedimiento Penal*, ob. Cit., p. 53. Art. 80. “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”.

²⁶ *Constitución de la República del Ecuador*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, año 2008. Artículo 76 numeral 4: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

²⁷ CSJN, 22/8/1891, “Charles Hermanos”, *Fallos dictados en Argentina, números 46:36*; CN Crim Corr. Fed. Sala I, 10/8/84, “Monticelli de Prozillo, Teresa B.”, JA, 1984-IV-403, y LL, 1984-D-378, voto del doctor Gil Lavedra, con adhesión de los doctores Arslanian y Torlasco. Cita tomada de la obra de Falcón, Enrique M.: *Tratado de la prueba. Civil. Comercial. Laboral. Ppenal. Administrativa*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 2003, pp. 780 y 781.

2.4. Reglas de la exclusión de las pruebas ilícitas

Para una mejor comprensión, es preciso referirnos a lo que se entiende por prueba ilícita. Ésta es, la que en sentido absoluto o relativo es contraria a la forma establecida en la norma o va contra principios y garantías protegidos por el derecho positivo, que recoge además la protección contenida en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es decir que la prueba que vulnera garantías constitucionales o derechos fundamentales en su obtención es prueba ilícita, ya que para su obtención se violan derechos consagrados en nuestra Constitución, que pueden ser, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, de secreto, de correspondencia, derecho de libertad, derecho a no autoincriminarse, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a no ser incomunicado, derecho a la asistencia legal obligatoria, entre otros, que constituyen derechos de libertad y garantías básicas del debido proceso prescritos en los Arts. 66 y 76 de nuestra Constitución. Esta conceptualización no es extraña a lo que señala el Art. 80 de nuestro Código de Procedimiento Penal, por lo que se deduce, que el referido concepto y definición de prueba ilícita son aplicables en nuestra legislación.

Algunos tratadistas hablan sobre la prueba ilícita de una manera más precisa, al referirse, a que son pruebas obtenidas por medios ilícitos; mientras que otros doctrinarios dicen que son limitaciones a los medios de prueba o limitaciones probatorias por tratarse de normas relativas a la admisibilidad o inadmisibilidad de pruebas.

La prueba ilícita tiene íntima correlación con el concepto de medio de prueba prohibido o ilícito, que es aquel que proporciona elementos que permiten llegar a constatar la existencia de un hecho o la responsabilidad de un

sujeto, pero que el ordenamiento jurídico lo prohíbe utilizar, por ser contrario a sus principios y garantías; es decir, son pruebas obtenidas o utilizadas en contra de lo que establece la ley y su consecuencia directa es la inadmisibilidad, sin importar la clase de prueba.

Conforme al “principio de legalidad de la actividad procesal y de la prueba en especial”,²⁸ “todo elemento de convicción que se incorpore al proceso debe respetar las normas constitucionales y procesales para su obtención y producción”.²⁹

Las pruebas ilícitas han sido recogidas por una buena parte de la doctrina y jurisprudencia internacionales.

La jurisprudencia norteamericana la ha denominado como “*tesis del fruto del árbol envenenado*”, mientras que otros como J. Maier, J. I. Cafferata, De Marino, etc., la han llamado “*regla de exclusión o la doctrina de la fuente independiente*”, según la cual no puede aceptarse como válido que se utilicen pruebas directamente relacionadas con otros elementos de prueba ilícitos, para sustentar una posición contraria a la del imputado o acusado en el proceso penal. De todo esto tenemos que es fácil sospechar que hay y habrá un sinnúmero de casos que quedarán en la impunidad por el hecho de no existir prueba valedera que la fundamente, precio que la sociedad y el sistema jurídico imperante de un Estado social de derecho deben pagarlo a cambio de la tutela de derechos humanos, a tal punto que han sido recogidos no sólo por Constituciones de los Estados, sino también por instrumentos internacionales.

²⁸ Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal argentino. Fundamentos*, t. I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 464.

²⁹ Cfr. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de la prueba...*, t. I, p. 51.

La “*regla de exclusión probatoria*”,³⁰ según la cual “debe ser excluido para su valoración cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción”.³¹

La consecuencia de la regla de exclusión es la no valoración del elemento de prueba obtenido ilegalmente por haberse violado normas procesales y constitucionales; de modo que los jueces no podrán basar ninguna de sus decisiones en pruebas viciadas por esas razones y más bien deben prescindir por completo de las mismas ya que deben fundamentar sus resoluciones en pruebas existentes. La exclusión procederá sólo cuando el o los elementos probatorios viciados resulten contrarios para el imputado, no cuando lo favorezcan, ya que el juez debe respetar el principio *in dubio pro reo*.

El efecto primordial de toda prueba que se obtenga con violación de las garantías individuales reconocidas por la Constitución, es que se convierte en ilegal, por lo que no tendrá validez alguna, por ser nula e inadmisibles.

Esta tacha de ilegalidad de los medios de prueba no implica solamente a los actos inmediatos con los que se viola la garantía constitucional sino también a sus consecuencias, como por ejemplo una confesión del imputado o acusado receptada mediante tortura, versión en el que menciona el lugar específico donde se encuentran determinados objetos que son parte del delito y que son incautados por las autoridades, pruebas que al momento de ser analizadas tendrán que ser desechadas por ilegales, ya que en cuanto a la confesión, ésta

³⁰ La denominación proviene del Derecho anglosajón, donde se designó a esta doctrina jurisprudencial como *exclusionary rule* (regla de exclusión), también designada como *suppression doctrine* (doctrina de supresión), y en Europa como “prohibiciones de valoración probatoria”, todo con su consecuencia del *fruit of the poisonous tree* (fruto del árbol venenoso).

³¹ Cfr. Carrió, Alejandro, *Justicia criminal*, Lerner, Córdoba, p. 74; Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit, t. 1-B, p. 462; Cafferata Nores, José I, ob. cit. p. 14 y ss.

se logró a través de medios coercitivos, prohibidos por la ley y la incautación al ser consecuencia de la información inadmisibile no tendrá ningún valor legal, esto debido a que “la no valoración del elemento de prueba obtenido ilegalmente se refiere no sólo a la prueba ilegal o irregular, sino que también alcanza a todas aquellas que se hayan incorporado a la causa como consecuencia de ella. El vicio primario se expande a los actos y pruebas subsiguientes que de él dependan”³², según lo señala José Cafferata Nores.

En el caso de las denuncias, detenciones ilegítimas, allanamientos ilegales, interferencias clandestinas de comunicaciones, realizadas con violación de la ley procesal, las pruebas materiales, testimoniales o documentales que se obtengan de ellas serán ilegítimas y por tanto invalorables.

Para investigar y castigar el delito se deben respetar los derechos esenciales del individuo y su dignidad humana, cuya tutela es más importante para la sociedad que el castigo al responsable del delito. “En la comparación de valores es preferible dejar sin castigo los delitos, que permitir que una garantía constitucional se torne en letra muerta o a merced de cualquier eventual pretexto. Una práctica ilegal de la policía o el abuso sobre el interno, constituyen potenciales ataques sobre los derechos de todos los ciudadanos, porque cada uno de nosotros está únicamente protegido en la medida en que los demás lo están”.³³ El abuso no transforma en legítima una conducta

³² Esto se lo conoce con el nombre de fruit of the poisonous tree o simplemente fruit doctrine o fruto del árbol venenoso; ver al respecto Cafferata Nores, José I., *Los frutos del árbol envenenado, en doctrina penal*, 1986, pp. 40 y ss.

³³ Cam. Nac. Crim. y Corr. Federal, Sala 1ª, causa “Monticelli de Porcillo”, J. A., 1984-IV-409. Cita tomada de la obra de Jauchen, Eduardo M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 615.

ilegítima, ni modifica la verdad objetiva, sin perjuicio de sancionar al que cometió el abuso o el delito en la obtención de la prueba.

“La sentencia que se sustente en prueba ilegal o irregular es nula”³⁴, y “en consecuencia, susceptible de ser casada o anulada, mediante el acogimiento de los recursos de casación o de nulidad”³⁵, según la legislación aplicable. Asimismo es viable la “acción extraordinaria de protección” cuando en la sentencia o auto definitivo se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.³⁶

CAPITULO III

3.1. Práctica de la prueba

Una vez que se ha investigado y recogido la evidencia necesaria para llevar a una persona a juicio, hay que transformarla en prueba, de tal forma que sirva de sustento a las alegaciones de culpabilidad o de inocencia del involucrado, sustentadas por los sujetos procesales.

Las pruebas que los sujetos procesales pueden presentar en la audiencia de juzgamiento son: “materiales, testimoniales y documentales”³⁷ y las mismas tienen valor, si han sido pedidas, ordenadas, practicadas e incorporadas al juicio conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal; si han sido obtenidas y practicadas en esta forma, tendrán toda la validez legal y los jueces del tribunal de garantías penales se pronunciarán en

³⁴ Jauchen, Eduardo M., *Tratado de la prueba...*, ob. cit., p. 616.

³⁵ Cfr. Binder, Alberto M., *El relato del hecho y la regularidad del proceso; función constructiva y destructiva de la prueba penal, en Doctrina Penal*, 1990, p. 92.

³⁶ *Constitución...*, ob. cit, Art- 94: “La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuere atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.

³⁷ *Código de Procedimiento Penal*, ob. cit. p. 56. Artículo 89.

este sentido, una vez que formen su convicción en base a los méritos y resultados de la prueba cuya producción y formulación hayan apreciado directamente en el curso de la audiencia de juzgamiento.

La prueba en materia penal se la presenta en la audiencia de juzgamiento que se sustancia en la etapa del juicio, ante los jueces de los tribunales de garantías penales, es aquí donde se verifican las afirmaciones en las que se basan la acusación fiscal y la defensa.

“Hasta tres días antes de que se reúna el tribunal de garantías penales, las partes presentarán una lista de los testigos que deben declarar en la audiencia, expresando la edad, los nombres, los apellidos, la profesión y residencia de ellos, y pedirán las demás pruebas a fin de que se practiquen durante la audiencia, siempre que no hubieren sido anunciadas y discutidas en la audiencia preparatoria del juicio.

Estas pruebas podrán ser objetadas por las partes en la audiencia de juzgamiento”.³⁸ Con la redacción del artículo 267 del Código de Procedimiento Penal antes mencionado, que consta en Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, se está facultando a los sujetos procesales para que tres días antes de que se lleve a cabo la audiencia de juzgamiento, presenten la lista de testigos y las demás pruebas, pero al condicionar su presentación con la frase “siempre que no hubieren sido anunciadas y discutidas en la audiencia preparatoria del juicio”, se permite que presenten cualquier prueba no anunciada en la audiencia preparatoria del juicio, contrariando con esto su verdadero sentido. Al respecto consideramos que los assembleístas quisieron decir lo contrario, es decir “siempre que

³⁸*Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal*, Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo del 2009, Artículo 71, sustituye el artículo 267, p. 15.

hubieren sido anunciadas y discutidas en la audiencia de preparación del juicio”, lo cual es coherente, en vista que una de las finalidades de dicha audiencia es la “anunciación de pruebas”³⁹ para que la contraparte conozca las estrategias de su contendor y con ello pueda ejercer una defensa técnica por conocer el contenido de la imputación y los antecedentes que la fundan lo que le permite formular las observaciones y objeciones de dicha oferta de prueba, impugnándola oportunamente.

El presidente del tribunal de garantías penales ordenará la comparecencia de los testigos en el día y hora fijados para la audiencia y les notificará oportunamente, previniéndoles que de no hacerlo, se les hará comparecer con auxilio de la “fuerza pública”.⁴⁰

Una vez instalada la audiencia harán sus exposiciones iniciales sobre los hechos que son materia del juzgamiento, el fiscal, el acusador particular si lo hubiere y la defensa del procesado, quienes empezarán sus intervenciones formulando sus teorías del caso, que no son más que puntos de vista o simples, lógicas y persuasivas historias de lo que realmente ocurrió con la que cada parte pretende convencer al tribunal de garantías penales para que resuelvan a su favor; finalizadas sus exposiciones, “...el Presidente solicitará la presentación de los medios de prueba; correspondiendo en primer lugar recibir los medios probatorios de la acusación y luego los de la defensa.

³⁹ *Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal*, ob. cit, Artículo 59. A continuación del artículo 226, agréguese los siguientes artículos innumerados:

Art. .. “Adicionalmente la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen a que se refieren los artículos 224 y 226, tiene las siguientes finalidades:

Numeral 3. Los sujetos procesales anunciarán las pruebas que serán presentadas en el juicio, cada una tendrá el derecho a formular solicitudes, observaciones, objeciones y planteamientos que estimaren relevantes referidos a la oferta de prueba realizada por los demás intervinientes”.

⁴⁰ *Código de Procedimiento Penal*, ob. cit. p. 70.

Artículo 129, inciso segundo. “El Fiscal, el Juez o el Tribunal pueden hacer uso de la fuerza pública para la comparecencia del testigo que no cumpliera esta obligación”.

Los sujetos procesales pueden convenir en: acuerdos específicos relacionados a hechos constitutivos de prueba, los que serán puestos a conocimiento del tribunal de garantías penales”.⁴¹ Hay que tener presente que los medios de prueba deberán girar en torno a la teoría del caso presentada por cada sujeto procesal.

Luego de la exposición inicial del fiscal, se recepta el testimonio al ofendido y el presidente del tribunal de garantías penales puede interrogarlo – de ser necesario– para averiguar datos sobre la infracción, siendo facultad de los jueces del tribunal pedirle explicaciones para comprender lo que está testificando, posteriormente lo interrogan los sujetos procesales quienes deben formular preguntas legales y procedentes, las que en caso de existir objeciones deben ser calificadas por el presidente; a continuación relata su exposición inicial el acusador particular, luego de esto el presidente dispone que el secretario llame a los peritos y testigos solicitados por el fiscal y el acusador particular, tales testimonios se recibirán en el orden señalado en las listas que presentaron al tribunal de garantías penales hasta tres días antes que se reúna el tribunal para la audiencia del juicio y podrán ser contra interrogados por la contra parte.

La posibilidad de que los jueces del tribunal de garantías penales interroguen primero a los testigos para comprender lo que están testificando, es una facultad excesiva que le otorga el segundo artículo innumerado que consta en el artículo 77, a continuación del artículo 286 de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, ya que los jueces del tribunal se deben limitar a observar y escuchar lo manifestado por los testigos,

⁴¹*Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal*, ob. cit, p. 15. Artículo 77. A continuación del artículo 286, agréguense los siguientes artículos innumerados: Primer artículo innumerado.

peritos, fiscal y los abogados de los sujetos procesales, testimonios e intervenciones que luego serán valorados con mayor objetividad de acuerdo a las reglas de la sana crítica; la facultad de interrogar les corresponde exclusivamente a los sujetos procesales que intervienen en la audiencia y no a quienes administran justicia, porque al hacerlo estarían emitiendo juicios de valor innecesarios y también estarían prejuzgando sin mayores fundamentos.

Si en la instrucción fiscal se hubiere receptado un testimonio urgente se dispondrá que el secretario de lectura a esa declaración, antes de receptarle el nuevo testimonio, pero esto es muy difícil que suceda, ya que el juez de garantías penales para admitir un testimonio de este tipo debe previamente cerciorarse que el testigo está enfermo, que va salir del país, que es víctima de violencia sexual o que demuestre que no podrá concurrir al tribunal de garantías penales en la etapa del juicio, condiciones básicas para admitir un testimonio como anticipo jurisdiccional de prueba, caso contrario debe denegar dicho pedido ya que el testigo está en condiciones de concurrir a la audiencia de juzgamiento; de lo anterior se colige, que si existe un testimonio urgente, ese testigo jamás concurrirá a testificar nuevamente al tribunal de garantías penales porque ya lo hizo en su momento y sería inoficioso hacerlo.

Cualquiera de los sujetos procesales pueden 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, vagas o difusas, pero están permitidas en el “contra examen”⁴² las preguntas sugestivas realizadas a sus propios testigos o peritos.

En el sistema penal acusatorio el examen y contra examen a los testigos y peritos deben hacerlo las partes, con la venia del presidente del tribunal de garantías penales, quien califica las preguntas y permite o niega que las mismas sean contestadas por el interrogado.

La contradicción de la prueba se manifiesta en la posibilidad de una contra examinación o contra interrogatorio a los testigos y peritos que conocieron el hecho o realizaron alguna experticia respectivamente; es decir, que la contradicción es un derecho que tiene la otra parte para debatir la prueba que se presenta e incorpora al juicio, en la audiencia de juzgamiento, con lo que tiene la oportunidad procesal para conocerla y discutirla. Sobre la evidencia puede atacarse a la forma como fue recogida y analizada, en lo que respecta a testigos y peritos, la contra parte puede comenzar con lo que algunos llaman la confrontación, es decir la posibilidad de atacar no lo manifestado por el testigo o perito sino su credibilidad, ello involucra su experiencia, sus antecedentes ético profesionales, su desempeño en el pasado y en la actualidad, con el fin de demostrar que se trata de un testigo que no merece credibilidad alguna y por tanto se lo anula o al menos se crea la duda en el tribunal, por ello es de suma importancia que quien presenta al testigo, primero lo venda ante el tribunal, que trabaje sobre su credibilidad y luego sobre los hechos.

⁴² *Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal*, ob. cit, p. 16. Artículo 77. A continuación del artículo 286, agréguense los siguientes artículos innumerados:
Tercer artículo innumerado inciso segundo: “Las preguntas sugestivas estrarán por regla general prohibidas en el interrogatorio solicitado por los sujetos procesales a sus propios testigos o peritos, pero serán permitidas para el contra examen”.

En cuanto al contra interrogatorio sobre los hechos, generalmente las repreguntas formuladas exigen respuestas sumamente concretas, de sí o no, para no darle mayor opción al testigo de que se ponga a explicar las cosas.

Una vez que declaran los testigos y peritos presentados por el fiscal y el acusador particular, le corresponde declarar al procesado el que debe satisfacer las inquietudes formuladas por los jueces del tribunal de garantías penales a quienes debe darles las explicaciones que le solicitaren; a su vez el procesado puede reconocer voluntariamente los objetos y vestigios dejados por la infracción, posteriormente hace su exposición inicial el defensor del procesado y luego se reciben los testimonios solicitados por éste.

Si el tribunal de garantías penales considera que por motivos de seguridad o utilidad procesal, es imposible o peligrosa la comparecencia del acusado, testigo o perito, podrá disponer de oficio o a petición de parte que dichas personas rindan sus testimonios a través de videoconferencias u otros medios técnicos similares, siempre que se garantice una comunicación real, directa y fidedigna de imagen y sonido entre los sujetos procesales y los jueces del tribunal de garantías penales, quienes deben garantizar el derecho de defensa y velar por el cumplimiento del principio de contradicción. Con esta comunicación mediante videoconferencias que tiene que ser veraz y fidedigna realizada en tiempo real, los sujetos procesales y los jueces del tribunal tienen la oportunidad de interactuar ya que se produce por este medio técnico la inmediación, es por esto que las partes pueden formular el examen y contra examen y oponerse a las preguntas impertinentes, capciosas o sugestivas mediante la formulación de objeciones, las que tienen que ser calificadas por los jueces del tribunal de garantías penales.

Para que las videoconferencias funcionen adecuadamente en las audiencias de juzgamiento, es preciso que se asigne un presupuesto adicional a la Función Judicial para este fin, para que se dote a los juzgados y tribunales de garantías penales de computadoras de última generación, internet y todos los equipos necesarios para implementar este sistema, para cuando les comisionen o deprequen la práctica de testimonios los jueces comisionados lo cumplan eficientemente, sin dilaciones, con lo que disminuirían sustancialmente las audiencias fallidas y se despacharían los juicios con mayor celeridad. Sin infraestructura ni medios tecnológicos suficientes es muy difícil ejecutar este sistema, el cual lo debemos implementar en el menor tiempo posible por el bien de la justicia.

En el caso de los peritos, debemos mencionar que si un perito muere o es imposible dar con su domicilio, para que el informe pericial –por él emitido en la instrucción fiscal– alcance el valor de prueba en la audiencia de juzgamiento, deberá nombrarse a un nuevo perito para que analice, estudie y opine sobre el informe emitido por el perito o los peritos desaparecidos.

Los peritos deben sustentar o sostener lo manifestado en el informe que consta en el proceso, reconocer y autenticar los instrumentos u objetos sobre los que hizo la experticia, y relatar la forma cómo llegó a las conclusiones, debiendo esclarecer cualquier duda que pudiera existir en los sujetos procesales o en el tribunal de garantías penales.

Durante el decurso de la audiencia y la presentación de los medios de prueba por parte de los sujetos procesales, debe primar la lealtad procesal y la buena fe de los litigantes, buena fe que se extiende también a los testigos y

peritos, quienes no pueden contestar a las preguntas formuladas, con mentiras, falseando los hechos, porque de hacerlo pueden incurrir en el delito de perjurio.

En todo momento de la audiencia de juicio prima la inmediación y con mayor razón, respecto de la evidencia física y testimonial que ayudarán a probar la existencia de la infracción y la responsabilidad de quien la cometió.

3.2. Nuevas pruebas

Por regla general las pruebas presentadas, practicadas e incorporadas al juicio deben anunciarse previamente en la audiencia de preparación del juicio.

La existencia de la anunciación de pruebas excluye la posibilidad de emplear durante el juicio pruebas sorpresivas, asegurando reglas mínimas de equidad y juego justo en el desarrollo del debate. Esto significa que ninguna de las partes puede por regla general, rendir durante el juicio oral prueba que no se haya ofrecido previamente.

Sólo excepcionalmente puede el tribunal de garantías penales aceptar la recepción de prueba no ofrecida oportunamente, cuando la parte que la solicite, justifique fundamentadamente no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento y cuando, con ocasión de la rendición de la prueba, surgiere una controversia o incidente relacionado exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad que haga necesaria la práctica de la nueva prueba sobre ese aspecto específico, con la que se esclarecerán los hechos controvertidos, que son materia de la discusión. En este caso, el tribunal de garantías penales ordenará la recepción de la nueva prueba siempre que sea a petición de alguna de las partes, para que pueda justificar

sus asertos y no quede en indefensión. Esto se lo debe hacer por existir una norma constitucional que lo prevé y que se refiere a que “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”⁴³; la Constitución goza de jerarquía normativa que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, por constituir una norma suprema.

En la prueba documental suelen presentarse objeciones respecto de su autenticidad o integridad o respecto a la veracidad de su contenido; como ejemplo de esto tenemos, la introducción al juicio de una carta manuscrita supuestamente elaborada por el procesado y que contienen declaraciones incriminatorias. En este caso para probar su veracidad y autenticidad se debe realizar el correspondiente examen documentológico de la carta, siempre que el procesado lo haya desconocido como suyo.

A más del caso mencionado, se podrían presentar en la audiencia de juzgamiento otros, en los que cualquiera de los sujetos procesales podría alegar falta de autenticidad o de integridad, o ausencia de veracidad de datos, información, mensajes, imágenes u otro tipo de contenidos recogidos en películas cinematográficas, videograbaciones, fotografías, fonografías, versiones taquigráficas, software y en general cualquier sistema de reproducción de la imagen o del sonido, sobre los que se pueden practicar pruebas nuevas, pero como lo dijimos en forma excepcional, una vez que la parte interesada justifique fundamentadamente su necesidad, para que no se sacrifique la justicia por la sola omisión de formalidades.

⁴³ *Constitución...*, ob. cit.

Art. 169. “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

La falta de veracidad que permitiría la práctica de pruebas nuevas, debe recaer sobre hechos concretos, fácilmente verificables, no sobre percepciones u opiniones, es por esto que no se debe admitir este tipo de pruebas sobre testimonios, ya que para ello existe el examen y contra examen que sirve para atacar la credibilidad del declarante. En todo caso, siempre debe justificarse por parte del solicitante de la prueba nueva, que no fue posible prever su necesidad en el momento procesal que tenía para hacerlo, esto es, en la anunciación de la prueba en la audiencia preparatoria del juicio.

3.3. Carga de la prueba

Para referirnos a la carga de la prueba, es necesario precisar que el imputado goza de un estado jurídico de “inocencia”⁴⁴ que la propia Constitución le reconoce, del que se deriva la no exigencia u obligación de probar su inculpabilidad.

El acusado es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad mediante sentencia condenatoria, la misma que debe estar ejecutoriada. En este mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Art. 8.2 establece que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 14.2 señala que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

⁴⁴ *Constitución del Ecuador...*, ob. cit., Art-. 76 numeral 2: “Se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.

Es por ello que el acusado no puede ser tratado como culpable ni tiene por que ser obligado a declarar en su contra, dado su estado de inocencia.

Al operar la presunción de inocencia a favor del acusado, es claro que la carga de la prueba corresponde a la acusación. La necesidad de investigación y la obligación del esclarecimiento de los hechos, que es la finalidad de todo proceso penal, y, sobre todo, el derecho a la presunción de inocencia, conducen inexcusablemente a que sea el acusador quien deba probar el hecho por el que acusa a una determinada persona. Es entonces al Estado, representado por la Fiscalía, a quien le corresponde acreditar la responsabilidad penal, una vez que haga extensiva la investigación no sólo a las circunstancias de cargo sino también a las de descargo, con el deber de indagar las circunstancias eximentes o atenuantes invocadas por el imputado en su favor. Es decir que el fiscal debe desvirtuar la presunción de inocencia, demostrando su teoría de culpabilidad, si quiere lograr la condena.

La doctrina procesal sostiene que la carga de la prueba afecta a la parte acusadora a quien corresponde “probar” las afirmaciones que formule ofreciendo medios probatorios tendientes a generar convicción acerca de la veracidad de los hechos afirmados, a fin de provocar ese estado de certidumbre que permita al juez de garantías penales resolver la cuestión litigiosa. Si no se prueba la culpabilidad del acusado se debe aplicar la presunción de inocencia para no lesionar sus derechos fundamentales.

El representante de la Fiscalía como titular de la acción penal pública tiene la obligación de dirigir la investigación pre procesal y procesal penal y si encuentra fundamento acusará a los presuntos infractores ante los jueces de garantías penales y tribunales competentes, ante quienes impulsará la

acusación en la sustanciación del juicio penal, pero como sujeto procesal acusador, ya que “si no hay acusación fiscal, no hay juicio”,⁴⁵ es por esto que le corresponde probar las imputaciones que promueve, pero no se le puede considerar como el único suministrador de la prueba, ya que el acusado puede presentar las pruebas de descargo que estime convenientes para justificar en algunos casos atenuantes y en otros, probar su inocencia.

Si el imputado alega legítima defensa, no le corresponde probar la existencia de la misma, sino que el fiscal tendrá que demostrar que su hipótesis de culpabilidad es cierta y que no cabe la posibilidad de aplicar esta causa de justificación; en caso que no logre desvirtuar la presunción de inocencia, el tribunal de garantías penales tendrá que absolverlo al procesado.

Es al Estado, a quien incumbe probar los hechos que sustentan la pretensión punitiva. El imputado goza de su natural estado de inocencia, y en consecuencia “nada debe probar”, ni siquiera sus excusas o justificaciones, ya que si bien tiene el derecho de hacerlo, la circunstancia que omita esa actividad no acarrea para él ningún prejuicio procesal. Es el Estado el que debe probar su culpabilidad para destruir el estado de inocencia, incluso hasta debe investigar la posibilidad de que hayan existido aquellas excusas o justificaciones alegadas por el procesado con independencia de la prueba que éste introduzca al respecto, pues el principio de investigación integral así lo impone.⁴⁶

⁴⁵ *Código de Procedimiento Penal*, ob.cit, p. 123.

Art. 251. “La etapa del juicio se sustanciará en base de la acusación fiscal. Si no hay acusación fiscal, no hay juicio”.

⁴⁶ Cfr. Ellero, P., *De la certidumbre de las pruebas en los juicios criminales*, 3ª. ed., Reus, Madrid, 1944, p. 324; Chiovenda, Giuseppe: *Principios de Derecho Procesal Civil*, traducción de José Casais y Saltaló, Reus, Madrid, p. 782; Bonnier, Eduardo, *Tratado de las pruebas en Derecho Civil y Penal*, 5ª. ed. francesa, traducido por Caravantes, Reus, Madrid, 1928, p. 38.

3.4. Ineficacia probatoria

La ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las que se derivan de aquellas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas en base a la violación de un derecho fundamental –las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto–, por lo que, de acuerdo con la regla de exclusión, no pueden ser utilizadas en el proceso. Como ejemplo de esto, tenemos el caso de una intervención telefónica realizada sin autorización judicial, en la que el sujeto activo del delito, le relata a un amigo como cometió el mismo y le indica el lugar donde se encuentra la evidencia física; la conversación telefónica interceptada indebidamente debe rechazarse como prueba, al igual que el objeto material de la acción delictiva, a pesar de que ésta última se haya realizado con las formalidades legales, es decir, con autorización judicial para proceder al allanamiento del inmueble en donde se encuentra la evidencia, por lo que ésta última diligencia es ilícita porque tiene su origen en una prueba ilícita que se obtuvo violando el derecho al secreto de las comunicaciones reconocido por la Constitución, lo que indirectamente la vicia, debiendo ser excluida del proceso por existir una ineficacia probatoria.

Al excluir la prueba en la forma señalada, se pretende proteger los derechos fundamentales de las personas.

Rechazar la prueba en la que se produjo la violación de un derecho fundamental y aceptar en cambio la prueba derivada de ésta, dejaría en nada el efecto disuasorio de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, pues

siempre cabría la posibilidad de sacar un provecho probatorio de la violación de un derecho fundamental.⁴⁷

La tacha de pruebas obtenidas por haberse violado derechos fundamentales deberá alcanzar no sólo a las pruebas que constituyen en sí mismas la violación de la garantía constitucional sino también a las que sean su consecuencia inmediata, siempre que éstas no se las hubiese podido obtener igualmente sin la violación de tales garantías, es decir que el vicio primario se expande a los actos y pruebas derivadas de aquel, lo que deberá ser considerado y analizado por los jueces de los tribunales de garantías penales al dictar sentencia, quienes deben estar conscientes que sus decisiones no se fundamentarán en pruebas viciadas sino en pruebas existentes y acordes al marco constitucional y legal. Se excluirá la prueba sólo cuando los elementos probatorios viciados sean contrarios para el procesado y no cuando lo favorezcan, en cuyo caso, se debe más bien aplicar el principio “in dubio pro reo”.⁴⁸

3.5. Valoración de la prueba

La valoración de la prueba constituye una operación mental de gran importancia, exclusiva del juez, que se la realiza en todo proceso y, más aún, en el proceso penal, puesto que de ella depende que el tribunal de garantías

⁴⁷ Como ejemplo ponemos el caso de una persona que ha sido detenida sin orden judicial y al ser interrogada por la Policía Judicial, ésta ha utilizado violencias; en su declaración ha dicho que es tenedor de sustancias estupefacientes y ha revelado los nombres y apellidos de varios consumidores de drogas, los cuales entrevistados por la Policía, en apego a sus derechos constitucionales, declaran que el detenido les suministraba la droga para su consumo habitual. El primer interrogatorio carece de eficacia probatoria y de ninguna manera se puede admitir como elemento de cargo, porque en su recepción se violó un derecho fundamental, ineficacia que se extiende a los interrogatorios posteriores porque son consecuencia de la primera violación del derecho.

⁴⁸ *Código Penal*, Editorial Jurídica del Ecuador, junio del 2007, p. 12.

Art. 4: “...En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo”.

penales llegue o no a la certeza para llegar a la convicción que le permitirá determinar si una persona es culpable o inocente.

El juez de garantías penales debe percibir los hechos a través de los medios de prueba, luego debe realizar la representación o reconstrucción histórica de los mismos, poniendo el mayor cuidado para que no queden lagunas u omisiones que hagan cambiar la realidad procesal.

La valoración de la prueba determina el resultado de la práctica de los medios de prueba, es decir, el grado de convicción o persuasión que la prueba practicada por los sujetos procesales logró sobre los jueces del tribunal de garantías penales.

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

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

La presentación de los puntos de vista de cada sujeto procesal ayuda al juzgador a considerar todas las peculiaridades y matices del caso, al mismo

tiempo que reduce la disputa al focalizar la atención en los problemas centrales, evitando un litigio adicional sobre cuestiones no trascendentales.

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

A más de la actuación de los abogados litigantes en el juicio oral, es preciso que se reglamente sobre el derecho probatorio penal para conocer que medio de prueba se admite o qué no, y en qué circunstancias, dado que en el país cada juez de garantías penales decide qué se admite y qué no se admite en su salón de audiencias al amparo de lo que se conoce como la sana crítica, es decir, cada juez es dueño y señor del aspecto probatorio en el proceso. La consecuencia de ello es que con unos mismos hechos un acusado puede salir victorioso en un tribunal de garantías penales y en otro tribunal, un acusado con hechos similares, salir culpable, y todo porque uno de los jueces de garantías penales admitió determinada evidencia y el otro, ante similar prueba, denegó su admisión. Veamos dos ejemplos:

En el caso de un video considerado como evidencia, en un tribunal de garantías penales se entiende que éste debe admitirse como prueba y en otro, que no. Si existiera un cuerpo de reglas de evidencia (de prueba) habría una sección en donde se especificaría que requisitos debería tener un video para

que pueda admitirse como prueba en el juicio y todos los jueces de los tribunales penales tendrían la obligación de aplicarlo por igual.

Otro ejemplo, es la prueba de referencia (prueba de oídas, de acuerdo a la legislación española). La situación se presenta, en términos generales, cuando el testigo declara algo que no le consta personalmente, sino que declara sobre lo que otra persona le contó. ¿Qué oportunidad tendría la parte afectada por dicho testimonio de confrontar a ese testigo, si éste sólo podrá contestar lo que le contaron y no más? De admitirse esto, ¿no se estaría infringiendo el principio de contradicción en el proceso? ¿Se acepta este tipo de testimonio en Ecuador? Algunos jueces lo aceptan, otros no.

El problema, a nuestro entender, es que se está utilizando el principio de la sana crítica no sólo para valorar la prueba sino para su admisión. Hay una diferencia entre admisión y valoración de prueba. Para que haya uniformidad tiene que reglamentarse el proceso de admisión.

Con el sistema acusatorio, la prueba debe ser actuada en base a los principios constitucionales, respetándose las garantías del debido proceso, caso contrario la actuación adolece de nulidad. La idea del nuevo sistema consiste en promover una investigación justa, imparcial, sin condenar al procesado antes de averiguar la realidad de los hechos.

En el actual sistema procesal penal juega un papel importantísimo, la práctica de los principios procesales de oralidad, inmediación, contradicción, concentración, publicidad y celeridad. Principios que dada su íntima relación con la práctica de la prueba, hacen que sea inevitable su aplicación.

Los jueces del tribunal de garantías penales tienen la libertad para apreciar las pruebas, pero deben explicar las razones que los llevaron a tomar

esa decisión, bien sea condenando o absolviendo al acusado, para ello, deben utilizar las reglas de la sana crítica que es un método por el cual se deben examinar y comparar las pruebas, a fin de que a través de las reglas de la lógica se llegue a una conclusión, o sentencia, en donde deben primar los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, toda vez que el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal determina que las “pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes...”,⁴⁹ las mismas que deben ser valoradas⁵⁰ por los jueces de los tribunales de garantías penales, pues deben actuar en base a la racionalidad, esto es de conformidad con las exigencias que derivan de los requisitos de la sentencia motivada⁵¹. En definitiva, esta parte objetiva de la valoración de la prueba si puede ser controlada a fin de salvaguardar los principios previstos en la Ley Adjetiva Penal y en la Constitución de la República del Ecuador.

Los jueces de los tribunales de garantías penales para dictar sentencia tienen que analizar primeramente en forma separada cada prueba, para luego proseguir necesariamente el examen integral e interrelacionado de todas ellas,

⁴⁹ *Código de Procedimiento Penal*, ob. cit., p. 53.

El Art. 79 determina que “Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces penales”.

⁵⁰ *Ibidem*, .Art. 79 inciso segundo. “Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio”.

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

⁵¹ *Constitución...*ob. cit., Art. 76 numeral 1.- “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se funda y si no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...”.

Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Penal, ob. cit. Artículo 82, que sustituye al artículo 304-A por el siguiente:.

Art. 304-A. “La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos”.

mediante comparaciones, evaluaciones y razonamientos, haciendo una seria ponderación del conjunto, empleando la lógica, los exámenes periciales técnicos o científicos, la experiencia, el sentido común y el recto entendimiento humano. Es decir a los jueces de garantías penales les corresponde analizar y valorar las pruebas referentes al estado de las cosas y a la conducta de las personas inculcadas en un hecho delictivo, que fueren presentadas por los sujetos procesales en la audiencia de juzgamiento, con las cuales irán formando su criterio hasta quedar convencidos de la existencia del delito y la responsabilidad penal de sus autores, cómplices o encubridores, caso contrario, si la prueba no logra persuadir satisfactoriamente el entendimiento de los jueces de garantías penales, ya sea porque el procesado logró justificar su inocencia, o porque los jueces no están convencidos de la culpabilidad del procesado, o porque las pruebas reflejan un panorama confuso y equívoco que les permite tener dudas razonables de la responsabilidad penal de los acusados, deberán dictar sentencia absolutoria.

Para tomar cualquiera de estas dos decisiones, el juez debe estar seguro que las pruebas le conducen a esa convicción, sin tener dudas para pronunciarse sobre el caso en particular.

El estándar de duda razonable juega un rol importante en el procedimiento penal norteamericano, el cual ha sido recogido por nuestra legislación, y sirve para reducir el riesgo de condenas fundadas en errores de hecho, privilegiando de esta manera la presunción de inocencia; es menester anotar que el acusado inculcado en un juicio penal tiene en juego intereses de inmensa importancia como la pérdida de la libertad en caso de dictarse en su contra una sentencia condenatoria lo que da lugar a que se le estigmatice

por la condena, es por esto que los jueces del tribunal de garantías penales no deben condenar al procesado cuando exista una duda razonable relacionada a su presunta culpabilidad.

Al valorar la prueba, los jueces de garantías penales realizan un proceso mental para alcanzar un grado de conocimiento que les permita emitir fallos más justos, para esto, deben estar perfectamente preparados para evaluar acertadamente las pruebas puestas a su conocimiento.

Los jueces de garantías penales deben referirse en sus fallos, a las pruebas actuadas en el juicio, ya que éstas, son la base de la administración de justicia; sin pruebas, no hay fundamentos suficientes para dictar sentencias justas apegadas a derecho, ya que el supuesto de hecho debe acreditarse por medio de pruebas las que deben ser contradichas por los otros litigantes con lo que se ejercita el legítimo derecho de defensa que tienen los sujetos procesales.

El derecho de probar, es visto como un derecho fundamental autónomo, según Carolina Sanchís Crespo, quien manifiesta: “El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental autónomo y, por lo tanto distinto y no incluido, en el de tutela judicial efectiva”.⁵² Siendo un derecho fundamental, las decisiones judiciales deben ser objetivas, justas, pero no siempre se consiguen estos fines, ya que la justicia la administran seres humanos con defectos, virtudes, con aciertos y desaciertos, con criterios contrapuestos en algunos casos, por lo que pueden equivocarse al

⁵² Sanchís Crespo, Carolina, *El derecho a la prueba en España: una perspectiva constitucional*. En revista peruana de Derecho Procesal, No. III, Lima, Asociación Civil Revista peruana de Derecho Procesal, 1999, p. 288.

emitir sus fallos, es por esto que la prueba debe ser rigurosamente valorada para minimizar las posibles equivocaciones e injusticias.

Las sentencias deben contener las pruebas producidas por los sujetos procesales, las que se referirán a los hechos, en tal sentido, cabe la frase que dice: “Dado tal hecho, llego a la conclusión de la existencia de tal otro”⁵³

Debemos tener en cuenta que la apreciación probatoria realmente no se da al final de la audiencia sino que se inicia desde el momento mismo en que el tribunal de garantías penales entra en contacto con el medio de prueba, en virtud del principio de inmediación, en cuyo caso, se produce la percepción directa de la prueba, como los testimonios del acusado, ofendido, testigos, peritos y agentes policiales, salvo obviamente los anticipos jurisdiccionales de prueba. Desde este instante, los jueces de garantías penales irán formando sus juicios de valor, acerca de la credibilidad y la eficacia de cada medio de prueba, para al final, confrontar todas las pruebas receptadas, depurarlas y tomar una decisión final, esto es, valorarlas en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, para sentenciar en base a la convicción lograda luego de dicha valoración.

De todo lo anterior se colige que la valoración de la prueba es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria, en donde los jueces de garantías penales utilizan su intelecto, sabiduría y experiencia, analizan y estudian las diversas pruebas que se han incorporado al proceso penal para dictar sentencias más justas, en salvaguarda de los intereses de la sociedad, garantizando por ende la seguridad jurídica.

⁵³ Cfr. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. De Manuel Ossorio Florit, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 21;

3.6. Conclusiones

1. La prueba penal es fundamental porque de ella se va a obtener la verdad procesal y la convicción del juzgador que le permitirá conocer si existió o no de un delito y cuál es el responsable del mismo.
2. La existencia de una prueba va de la mano con la legalidad que se ejerce al momento de su presentación, práctica e incorporación al juicio.
3. La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio en legal y debida forma.
4. Por principio constitucional se le reconoce al procesado un estado natural de inocencia.
5. El fiscal debe desvirtuar la presunción de inocencia demostrando su teoría de culpabilidad, si quiere lograr una condena.
6. A la Fiscalía le corresponde probar los hechos que sustentan la pretensión punitiva.
7. El anticipo jurisdiccional de prueba, debe ser practicado por el juez de garantías penales a solicitud del fiscal o a petición de parte, para que recepte los testimonios con el carácter de urgentes.
8. Los testimonios urgentes se los practicará en la misma forma que los testimonios rendidos en la audiencia de juzgamiento.
9. Para que se practique una prueba en la audiencia de juzgamiento, es preciso que en la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen se anuncie la prueba, caso contrario la misma no será admitida.

10. La anunciación de pruebas excluye la posibilidad de utilizar en el juicio pruebas sorpresivas.

11. Cada hecho a probarse debe ser contrastado con los medios de prueba que los sujetos procesales dispongan.

12. Cada medio probatorio valdrá por la cantidad, calidad de información que los sujetos procesales le suministren al juzgador, por la concordancia que tenga con las otras pruebas aportadas en el juicio y por su verosimilitud.

13. La recepción de la prueba en la audiencia de juzgamiento permite al juzgador entrar en un verdadero e integral contacto con los medios probatorios poniéndose de manifiesto la oralidad, contradicción, inmediación y concentración como principios que rigen el sistema acusatorio.

14. La prueba no confiable o engañosa debe ser excluida, para ello los jueces del tribunal de garantías penales deben estar atentos de esta circunstancia.

15. Todo sujeto procesal que participa en un juicio penal tiene el derecho a producir la prueba necesaria para acreditar o verificar la existencia o inexistencia de aquellos hechos que configuran una pretensión o una defensa.

16. Los jueces del tribunal de garantías penales tienen la facultad de aplicar e interpretar la ley para emitir fallos más justos, en base a las pruebas aportadas en el juicio.

17. La prueba practicada con violaciones de las garantías individuales, de los derechos humanos y del debido proceso, reconocidas por la Constitución Política del Ecuador, carece de eficacia probatoria por lo que no tendrá validez alguna.

18. Una prueba obtenida ilegalmente alcanza a todas aquellas que se hayan incorporado a la causa como consecuencia de ella.

19. A los jueces del tribunal de garantías penales les corresponde realizar comparaciones, hipótesis y análisis, dado que en principio desconocen los hechos.

20. Los jueces del tribunal de garantías penales deben actuar con imparcialidad.

21. La prueba penal tiene por finalidad obtener la verdad de los hechos, que servirán para que los jueces del tribunal de garantías penales tomen la decisión más acertada, condenando o absolviendo al procesado.

22. Si los jueces de garantías penales no están convencidos de la culpabilidad del procesado, o si las pruebas reflejan un panorama confuso y equívoco que les permite tener dudas razonables de la responsabilidad penal de los acusados deberán dictar sentencia absolutoria.

BIBLIOGRAFÍA

1. Benthán, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. De Manuel Ossorio Florit, Ejea, Buenos Aires, 1971.
2. Binder, Alberto M., *El relato del hecho y la regularidad del proceso; función constructiva y destructiva de la prueba penal, en Doctrina Penal*, 1990.
— *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
3. Bonnier, Eduardo, *Tratado de las pruebas en Derecho Civil y Penal*, 5ª. ed. francesa, traducido por Caravantes, Reus, Madrid, 1928.
4. Borja, Manuel Antonio, *La prueba en el derecho colombiano*, Editorial UNAB, colección Letra Cátedra, 2003.
5. Bovino Alberto, Bovino Alberto, *"El Debate", en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Compilador Julio Maier Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
6. Cafferatta Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, 3ª.ed., actualizada y ampliada, Argentina, Editorial Depalma.
— *La prueba en el proceso penal*, 4ª. ed., Argentina, Editorial Depalma, 2001.
7. Clariá Olmedo, Jorge A, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. V, Ediar, Buenos Aires.
8. Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, traducción de J. Ortega y J. Guerrero, Parte general, t. II, Temis, Bogotá, 1957.
9. Carnelutti, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Edeval, Valparaíso, 1979.

– **La prueba civil**, Segunda Edición, Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982.

– **Cuestiones sobre el proceso penal**, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa–América, 1961.

10. Carrió, Alejandro, **Justicia criminal**, Lerner, Córdoba.

11. Carrara, Francesco, **Programa de derecho criminal**, traducción de J. Ortega y J. Guerrero, Parte general, Temis, Bogotá, 1957.

12. Chiovenda, Giuseppe, **Principios de Derecho Procesal Civil**, traducción de José Casais y Saltaló, Reus, Madrid.

13. **Código de Procedimiento Penal**, Editorial Jurídica del Ecuador, junio 2007.

14. **Código Penal**, Editorial Jurídica del Ecuador, junio del 2007.

15. **Constitución de la República del Ecuador**, 2008.

16. Couture, J., **Valoración judicial de las pruebas**, Editora Jurídica de Colombia, Buenos Aires, Argentina, 1981.

17. D'Albora Francisco J D'Albora Francisco J., **Código Procesal Penal de la Nación Anotado, Comentado y Concordado**, Abeledo Perrot, 1997.

18. Dellepiane, Antonio, **Nueva teoría general de la prueba**, Valerio Abeledo, Buenos Aires.

19. Devis Echandía, Hernando, **Compendio de la prueba judicial**, t.I., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984.

– **Teoría general de la prueba judicial**, Quinta Edición, t.I, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía, 1981.

20. Ellero, Pietro, **De los juicios criminales**, Madrid, 1953, 5ª. Ed.

– **De la certidumbre de las pruebas en los juicios criminales**, 3ª. ed., Reus, Madrid, 1944.

21. Fabrega, Jorge, **Teoría General de la Prueba**, Santa Fe de Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997.

22. **Fallos dictados en Argentina, números 46:36**; CN Crim Corr. Fed. Sala I, 10/8/84, “Monticelli de Prozillo, Teresa B.”, JA, 1984-IV-403, y LL, 1984-D-378.

23. Fierro Méndez, Heliodoro, **La prueba en el derecho penal, sistema acusatorio**, Editorial Leyer, Bogotá-Colombia.

24. Framarino Dei Malatesta, Nicola, **Lógica de las pruebas**, t. I, Bogotá, 1964.

25. Garcimartín Montero, Regina, **El objeto de la prueba en el proceso civil**, Barcelona, Cedecs Editorial S.L., 1997.

26. Jauchen, Eduardo M., **Tratado de la prueba en materia penal**, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.

27. **Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal**, Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo del 2009.

28. Maier, Julio B. J, **Derecho Procesal Penal, Fundamentos**, t. I, 2ª ed., Editores del Puerto, Argentina, 2004.

– **Derecho Procesal Penal argentino. Fundamentos**, t. I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

29. Pellegrini, A, ***Pruebas ilícitas, en Derecho Penal. Derecho Procesal Penal.*** (Buompadre, J., Coordinador), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
30. Picó I Junoy, Joan, ***La prueba anticipada en la ley de enjuiciamiento Civil, en La Ley,*** 2001, J.M. Bosh Editor, España.
31. Rodríguez Orlando, Alfonso, ***Prueba ilícita penal,*** reimpresión julio 2004, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá- Colombia.
32. Rubianes, Carlos J., ***Manual de Derecho Procesal Penal,*** t. II, Depalma, Buenos Aires.
33. Sanchís Crespo, Carolina, ***El derecho a la prueba en España: una perspectiva constitucional,*** En revista peruana de Derecho Procesal, No. III, Lima, Asociación Civil Revista peruana de Derecho Procesal, 1999.
34. Superti Héctor C., ***¿Inquisidores o jueces? Una decisión determinante en el actual proceso de cambio, en Derecho Procesal Penal,*** Editorial Juris, Rosario, Noviembre 1998.