

U N I V E R S I D A D E S T A T A L D E B O L Í V A R

F A C U L T A D D E J U R I S P R U D E N C I A , C I E N C I A S

S O C I A L E S Y P O L Í T I C A S

E S C U E L A D E D E R E C H O

T Í T U L O :

“T U T E L A S J U R Í D I C A S P A R A L A J U D I C I A L I Z A C I Ó N D E L A P R U E B A E N E L J U I C I O O R A L P E N A L”

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

A U T O R A

S R A . N E R C I E L I Z A B E T H B A R R A G Á N G A I B O R

D I R E C T O R D E T E S I S

D R . T E L M O E L I A S Y A N E Z O L A L L A

G U A R A N D A – E C U A D O R

2 0 1 2

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
ESCUELA DE DERECHO.

CERTIFICACION DE AUTORIA DE TESIS.

DR. TELMO ELIAS YANEZ OLALLA, en mi calidad de Director de Tesis, designado por disposición del Consejo Directivo, **CERTIFICO**: Que la **SRA. NERCY ELIZABETH BARRAGAN GAIBOR**, egresada de la Universidad Estatal de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Escuela de Derecho, ha cumplido con su trabajo de Tesis, previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República: con el tema: **"TUTELAS JURIDICAS PARA LA JUDICIALIZACIÓN DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL"**, quien ha cumplido con todos los requerimientos exigidos por la institución, siendo la misma de su propia autoría, por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando a la interesada hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la calificación por parte de jurado respectivo.

Atentamente.

DR. TELMO ELIAS YANEZ OLALLA
DIRECTOR DE TESIS

DEDICATORIA

LA PRESENTE TESIS SE LA DEDICO A MI ESPOSO, MIS HIJOS, MI MADRE, MIS HERMANOS, Y TODA LA FAMILIA, A MI ESPOSO POR SER EL PILAR FUNDAMENTAL EN MI VIDA, A MIS HIJOS POR BRINDARME TODO SU CARIÑO Y COMPRENSIÓN, A MI MADRE POR HACER DE MI UNA GRAN PERSONA CON SU EJEMPLO, AMOR Y DEDICACIÓN, A MIS HERMANOS POR ESTAR PRESENTES SIEMPRE EN LOS BUENOS Y MALOS MOMENTOS, PARA PODER CULMINAR MI CARRERA.

Nercy E. Barragán G.

LA AUTORA

AGRADECIMIENTO

MI GRATITUD A DIOS PRINCIPALMENTE POR CONCEDERME SALUD Y VIDA PARA PODER CULMINAR CON MI CARRERA, A MI ESPOSO, MIS HIJOS, MI MADRE, MIS SOBRINOS Y TODA LA FAMILIA POR ESTAR SIEMPRE PRENDIENTES DE MI BIENESTAR Y ADELANTO.

A TODOS MIS MAESTROS DE LA UNIVERSIDAD DE BOLIVAR, EXTENSIÓN SAN MIGUEL Y EN ESPECIAL A MI DIRECTOR DE TESIS DR. TELMO ELÍAS YANEZ OLALLA.

Nercy E. Barragán G.

LA AUTORA

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO

DECLARACIÓN JURAMENTADA
DE AUTENTICIDAD DE AUTORIA

YO, NERCY ELIZABETH BARRAGAN GAIBOR, egresada de la Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento declaro en forma libre y voluntaria que la presente tesis, con el tema: "TUTELAS JURÍDICAS PARA LA JUDICIALIZACIÓN DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL", es de mi propia autoría, así como las expresiones vertidas en la misma, que lo he realizado basado en recopilación bibliográfica de la Legislación Ecuatoriana, libros, revistas, folletos, doctrina y jurisprudencia, dejando a salvo los derechos de terceros sobre la bibliografía consultada y puntos de vista de los autores citados en el presente trabajo investigativo.

Atentamente,

f)_____
Sra. Nercy Elizabeth Barragán Gaibor
C. I. No. 0201002235

Dr. JOSÉ CÓRDOVA NÚÑEZ

R. DEL E.
NOTARIA
PRIMERA
San Miguel
Prov. Bolívar

RECONOCIMIENTO DE FIRMAS Y RUBRICAS

En la Ciudad de San Miguel, Cantón del mismo nombre, Provincia de Bolívar, República del Ecuador, hoy día viernes veinte y tres (23) de marzo del dos mil doce, ante mí, DOCTOR JOSÉ CÓRDOVA NÚÑEZ, NOTARIO PUBLICO PRIMERO DEL CANTÓN SAN MIGUEL, comparece la señora: Barragan Gaibor Nerci Elizabeth, casada; con el objeto de reconocer su firma y rúbrica, que obra al pie del documento que antecede. Al efecto, siendo conocedora de los delitos del perjurio e instruida por mí, el Notario, de la obligación que tiene de decir la verdad, declara y manifiesta, que la firma y rúbrica impresa en el mismo, es suya propia, la misma que utiliza en todos sus actos públicos y privados y como tal la reconoce; firmando en unidad de acto, de todo lo cual Doy Fe.

Dr. José Córdova Núñez
EL NOTARIO

DR. JOSÉ CORDOVA NÚÑEZ
NOTARIA PRIMERA
SAN MIGUEL DE BOLIVAR

R E S U M E N

El presente trabajo investigativo lo he desarrollado cumpliendo exigencias metodológicas propias de una investigación científica, cuyos resultados obtenidos de manera lógica y concreta, constituyen la pauta para exponer el conocimiento socio-jurídico aprehendido y plasmado por escrito en la presente tesis, que tiene como título: "TUTELAS JURÍDICAS PARA LA JUDICIALIZACIÓN DE LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL", y que se estructura esencialmente con: La Introducción, el contenido teórico y la investigación de campo, las conclusiones, recomendaciones y la propuesta legal.

La Introducción, lo he redactado al final de todo el trabajo investigativo, relevando las observaciones que hicieron surgir el problema, la formulación de éste y el planteamiento de la idea a defender, así como sus variables, dando una explicación de los objetivos y de los resultados alcanzados con la investigación, procurando motivar al lector para que se interese en su contenido.

Para la redacción del informe final, se tomó en cuenta fundamentalmente, el contenido académico recopilado en las fichas bibliográficas, y en los resultados obtenidos mediante las encuestas aplicadas a treinta profesionales del derecho (jueces penales, fiscales y abogados en libre ejercicio) que conocen de la materia, cuyos datos están presentados en cuadros y barras, junto con su análisis e interpretación, que luego fueron trasladados sistemáticamente a los respectivos contenidos del sumario, e incluye un trabajo intelectual de comprensión y reflexión para contrastar el cumplimiento de los objetivos propuestos y para verificar la idea defendida, además contiene referencias históricas, citas, análisis críticos, que permiten llegar a la enunciación de conclusiones y recomendaciones.

Las conclusiones y recomendaciones, fueron redactadas luego de terminado el contenido teórico y práctico del informe final, procurando dar un resumen de los resultados alcanzados con la investigación; sugerir medios y procedimientos para aplicar los nuevos conocimientos obtenidos, y establecer los pasos necesarios para la judicialización de la prueba en materia penal en la etapa del juicio, y sirva como herramienta útil para los estudiantes de la carrera de leyes, que como futuros profesionales del derecho, debemos tener un conocimiento claro y preciso sobre éste problema plenamente identificado.

Con este pequeño resumen, presento mi trabajo investigativo que lo he realizado en la ciudad de San Miguel de Bolívar, y lo pongo a consideración del lector como una modesta iniciación para que vengan otros que llenen la justa aspiración de conseguir criticas acertadas y técnicas sobre la judicialización de la prueba en materia penal.

INDICE GENERAL

PÁGINAS

Portada	a
Visto bueno del Director	b
Dedicatoria	c
Agradecimiento	d
Declaración juramentada de autoría	e
Resumen	f
Índice General	h
Índice de cuadros, diagramas, y figuras.	j
INTRODUCCIÓN	1
Antecedentes históricos	3
Antecedentes conceptuales y referenciales	5
CATEGORIAS DEL DISEÑO TEÓRICO	
Problema	7
Posibles causas y efectos	10
Objetivos	11
Hipótesis	12
DISEÑO METODOLÓGICO	
Tipo de investigación	13
Métodos	14
Técnica	15
Instrumentos	15
Población y muestra	16

M A R C O T E Ó R I C O

C A P Í T U L O I.

A N T E C E D E N T E S

1. La Prueba 17

1.1. Visión general 17

1.2. Definición 18

1.3. Objeto de la prueba 20

1.4. Finalidad de la prueba 21

1.5. Apreciación de la prueba 23

1.6. Clases de prueba 27

1.6.1. La prueba material 31

1.6.2. La prueba testimonial 36

1.6.2.1. Testimonio propio 38

1.6.2.2. Testimonio del ofendido 44

1.6.2.3. Testimonio del procesado 46

1.6.3. La prueba documental 47

C A P Í T U L O II.

J U D I C I A L I Z A C I Ó N D E L A P R U E B A

2. La Judicialización de la prueba 48

2.1. Camino de la prueba 49

2.1.1. Recolección 51

2.1.2. Custodia 52

2.1.3. Experticia Forense 53

2.1.4. Presentación 54

2.1.5. Valoración 56

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

3.1. Principios fundamentales 60

3.1.1. La Legalidad de la prueba 61

3.1.2. La Pertinencia y congruencia 63

3.1.3. La Concentración 64

3.1.4. La Contradicción 64

3.1.5. Dispositivo 65

3.1.6. La Inmediación 67

3.1.7. La Oralidad 68

3.1.8. La igualdad 70

3.1. 9. La Investigación integral 71

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1. Encuesta aplicada a jueces, fiscales y abogados en el libre ejercicio de la profesión 75

4.2. Conclusiones 85

3.3. Recomendaciones 86

CAPITULO V

PROPUESTA JURIDICA

4.1. Título de la propuesta 89

4.2. Presentación

4.3. Justificación 89

4.4. Objetivos 90

4.5. Fundamentación 90

4.6. Desarrollo de la Propuesta

BIBLIOGRAFÍA 92

ANEXOS

1. Encuesta

INDICE DE CUADROS Y GRAFICOS

(Encuesta)

CONTENIDO

Cuadro No. 1 75

Gráfico No. 1 75

Cuadro No. 2 76

Gráfico No. 2 76

Cuadro No. 3 77

Gráfico No. 3 77

Cuadro No. 4 78

Gráfico No. 4 78

Cuadro No. 5 79

Gráfico No. 5 79

Cuadro No. 6 80

Gráfico No. 6 80

Cuadro No. 7 81

Gráfico No. 7 81

Cuadro No. 8 82

Gráfico No. 8 82

Cuadro No. 9 83

Gráfico No. 9 83

Cuadro No. 10 84

Gráfico No. 10 84

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo jurídico tiene por objeto establecer los pasos necesarios para la judicialización de la prueba en materia penal en la etapa del juicio, teniendo en cuenta que, el actual Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, en su Libro Segundo, denominado "La Prueba", se refiere a ella en cuatro capítulos, y como principios fundamentales, establece en su capítulo primero, varias disposiciones legales que deben ser observadas para la eficacia probatoria; y, en sus capítulos segundo, tercero y cuarto se refiere a cada una de las clases de pruebas; esto es, la prueba material, testimonial y documental; pero no hace una distinción de los momentos que deben ser considerados como el camino a seguir para la judicialización de la prueba.

El nuevo sistema penal acusatorio, señala que las actuaciones no nacen como pruebas, sino como elementos de convicción que más tarde se judicializan en la etapa del juicio y recién se consideran pruebas dependiendo de cómo han sido obtenidas, preservados, examinados, presentados, calificados; y, de su pertinencia y congruencia.

Por lo tanto, al no establecerse ciertos pasos para garantizar las tutelas jurídicas para la judicialización de la prueba, conlleva a que los miembros del Tribunal de Garantías Penales, no acojan ciertas evidencias procesales como pruebas, más aún si estas han vulnerado garantías procesales para su obtención y recolección.

Para evitar en lo posible el error en la apreciación de la prueba, que coloca en peligro la seguridad de los individuos, concluyo mi tesis, estableciendo ciertos pasos de rigor para la judicialización de la prueba, que garantiza la observancia de las tutelas jurídicas previstas en la Constitución y la ley, cuya aplicación recae en los entes vinculados con la administración de justicia penal, y facilita el cumplimiento de sus roles profesionales y la aplicación de los principios

fundamentales de la administración de justicia, haciendo factible el cumplimiento de los fines que el procedimiento penal persigue para encontrar la verdad y para dar fundamento sólido a la decisión judicial.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El Código de Procedimiento Penal de 1983, trataba el tema de la prueba, en el Libro II, antes de desarrollar las etapas del proceso penal, porque la actividad probatoria principal se realizaba en la etapa del sumario. Mas, al pasar del sistema inquisitivo escrito al sistema acusatorio oral, se debió haber ubicado el Titulo de la prueba dentro de la etapa del juicio, que es donde se realiza la actividad probatoria, salvo determinados anticipos probatorios de urgencia. Sin embargo, la norma pertinente del nuevo Código de Procedimiento Penal establece, en forma inequívoca, la primera regla básica, en el sentido de que las pruebas deben producirse en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces penales, como al tratarse del testimonio propio de una persona que debe ausentarse del país o que por cualquier razón se teme que no podrá presentarse a declarar dentro del juicio.

Las Investigaciones del Fiscal adquieren valor de prueba en la etapa del juicio. La segunda regla importante del sistema acusatorio oral es que en la etapa de la instrucción fiscal solo se investiga y no se prueba. En efecto, en la etapa de la instrucción fiscal, el representante de la Fiscalía investiga y recoge los elementos materiales de la infracción, a fin de presentarlos al juez de garantías penales en la etapa intermedia y al tribunal de garantías penales en la etapa del juicio. En el Congreso Nacional hubo oposición a este principio y se argumento que si las investigaciones del fiscal no tenían valor de prueba, había que suprimirlas. Para evitar que se empantane el Proyecto, se redacto la norma en el sentido de que las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzan el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio, todo de acuerdo con los principios de la contradicción, la oralidad, la publicidad y la inmediación.

La norma pertinente del nuevo Código de Procedimiento Penal, dispone que toda "acción" preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carece de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

La prueba en todas las épocas ha desempeñado un papel de indiscutible trascendencia dentro de las relaciones jurídicas de los pueblos y ha ido evolucionado a través del tiempo. El derecho no puede subsistir sin ella, ya que es trascendental para ejercer los derechos de una persona.

La Prueba tiene la finalidad de proporcionar al juez o tribunal el convencimiento necesario para tomar una decisión acerca del litigio. No bastan las alegaciones de las partes.

Se puede manifestar que la prueba es el camino para llegar a la verdad.

Nuestro Código de Procedimiento Penal en su Art. 252, dice: La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción Fiscal."

ANTECEDENTES CONCEPTUALES Y REFERENCIALES

En este ítem es necesario referirme a las diversas acepciones y definiciones que nos da la doctrina sobre la prueba en materia penal.

"La prueba puede definirse como el conjunto de actuaciones que ejecutadas de manera prevista en la Constitución y la ley dentro de un proceso permiten aceptar o rechazar las aseveraciones de los sujetos procesales; pues de ellas dependerá que una tesis se considere confirmada o desvirtuada."[1]

"La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito".[2]

"Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria".[3]

"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".[4]

---

[1] ROBALINO, Vicente.- 200 Proyectos de Actuaciones Policiales, Fiscales, Judiciales, profesionales según el nuevo Código de Procedimiento Penal.- Ambato 2001. Pág. 143.

[2] REPUBLICA DEL ECUADOR.- Código de Procedimiento Penal 2000.- Art. 83

[3] REPUBLICA DEL ECUADOR.- Constitución 2008. Art. 76, numeral 4.

[4] IBIDEM.- Código de Procedimiento Penal 2000. Art. 80

De todo lo expuesto, se establece que en el nuevo sistema penal acusatorio, las investigaciones y pericias no nacen como pruebas, sino como elementos de convicción que más tarde se judicial izan en la etapa del juicio y recién se consideran pruebas dependiendo de cómo han sido obtenidas, preservados, examinados, presentados, calificados; y, de su pertinencia y congruencia.

P R O B L E M A

¿Porqué los abogados en libre ejercicio profesional no utilizan pasos para la judicialización de la prueba penal en la etapa del juicio?

El actual Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, en su Libro Segundo, denominado "La Prueba", se refiere a ella en cuatro capítulos, y como principios fundamentales, establece en su capítulo primero, varias disposiciones legales que deben ser observadas para la eficacia probatoria; y, en sus capítulos segundo, tercero y cuarto se refiere a cada una de las clases de pruebas; esto es, la prueba material, testimonial y documental; pero no hace una distinción de los momentos que deben ser considerados como el camino a seguir para la judicialización de la prueba, siendo necesario desde el punto de vista técnico jurídico establecer de forma ordenada y sistemática los pasos procesales que deben ser estrictamente observados para conseguir la eficacia del acto practicado, pues de no cumplirse los mismos causaría la ineficacia de la prueba, la misma que por regla general es producida en la etapa del juicio, ante los Tribunales de Garantías Penales correspondientes, salvo del caso de las pruebas testimoniales urgentes, que deben ser practicadas por los jueces de garantías penales. Además, las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzan el valor de prueba una vez que son presentadas y valoradas en la etapa del juicio.

De lo expuesto, se desprende que la falta de un manual técnico jurídico procesal que establezca ciertos pasos de rigor para la judicialización de la prueba, ocasiona la inobservancia de las tutelas jurídicas previstas en la Constitución y la ley, cuya aplicación recae en los entes vinculados con la administración de la justicia penal, y en el rol profesional del abogado en libre ejercicio.

Situación jurídica que a mi juicio debe ser investigada para proponer alternativas de solución.

Considero que es importante referirme brevemente a la "Prueba" como pilar fundamental de mi tema de investigación.

"La prueba puede definirse como el conjunto de actuaciones que ejecutadas de manera prevista en la Constitución y la ley dentro de un proceso permiten aceptar o rechazar las aseveraciones de los sujetos procesales; pues de ellas dependerá que una tesis se considere confirmada o desvirtuada."[5]

"La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito".[6]

"Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria".[7]

"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".[8]

---

[5] ROBALINO, Vicente.- 200 Proyectos de Actuaciones Policiales, Fiscales, Judiciales, profesionales según el nuevo Código de Procedimiento Penal.- Ambato 2001. Pág. 143.

[6] REPUBLICA DEL ECUADOR.- Código de Procedimiento Penal 2000.- Art. 83

[7] REPUBLICA DEL ECUADOR.- Constitución 2008. Art. 76, numeral 4.

[8] IBIDEM.- Código de Procedimiento Penal 2000. Art. 80

De todo lo expuesto, se establece que en el nuevo sistema penal acusatorio, las investigaciones y pericias no nacen como pruebas, sino como elementos de convicción que más tarde se judicializan en la etapa del juicio y recién se consideran pruebas dependiendo de cómo han sido obtenidas, preservados, examinados, presentados, calificados; y, de su pertinencia y congruencia.

Por lo tanto, la inobservancia de ciertas tutelas jurídicas previstas en la Constitución y la ley, ocasiona la ineficacia del acto practicado, y esto conlleva a que los miembros del Tribunal de Garantías Penales, no acojan ciertas evidencias procesales como pruebas, por vulnerar garantías procesales en la recolección, y presentación de la evidencia que no alcanzó a ser considerada como prueba en la etapa del juicio, dictando en muchos casos la absolución del procesado, y esta falta de sanción o pena que debe recaer sobre el infractor, llama la atención de la ciudadanía, y tanto las autoridades de control como los medios de comunicación ponen en tela de duda la idoneidad e imparcialidad de quienes administran justicia, sin conocer previamente los motivos jurídicos y legales que fueron considerados para dictar una sentencia. Para evitar estos escándalos públicos, y evitar en todo lo posible el error in procedendo, que coloca en peligro la seguridad de los individuos, es necesario fundamentar la elaboración de un manual técnico procesal que establezca ciertos pasos de rigor para la judicialización de la prueba, que garantice la observancia de las tutelas jurídicas previstas en la Constitución y la ley, cuya aplicación recaiga en los entes vinculados con la administración de justicia penal, y facilite el cumplimiento de sus roles profesionales y la aplicación de los principios fundamentales de la administración de justicia, haciendo factible el cumplimiento de los fines que el procedimiento penal persigue para encontrar la verdad y para dar fundamento sólido a la decisión judicial.

La doctrina y ley, cuidadosamente señalan que la prueba da origen entre otros principios a los siguientes:

- Al principio de la sana crítica, porque la prueba debe ser tasada, valorada por el juez de la causa conforme a las reglas de la sana crítica.

- Al principio de exclusión de la prueba ilícita e ilegal.

- El principio de responsabilidad civil. Si no se aprecia bien la prueba nace el error judicial, ya sea por haber valorado mal la prueba, o haberse valorado indebidamente, etc.

- El principio de la motivación

- Debe practicarse cumpliendo con el principio de contradicción.

- Debe aplicarse el principio de la legalidad de la prueba, esto es, que sea pedida, ordenada, practica e incorporada al proceso

- El principio de inmediación

- El principio de concentración

- El principio dispositivo

- El principio del derecho a la defensa

Principios estos que deben ser debidamente estudiados y analizados para fundamentar su estricta aplicación en los procesos penales, para garantizar la seguridad jurídica y el debido proceso. Tornándose de gran importancia realizar esta investigación jurídica para establecer la necesidad de contar con un manual técnico procesal para judicializar la prueba en la etapa del juicio, mediante una guía que permita al juez, al lado de otras reglas o parámetros determinar racionalmente la eficacia del acto practicado.

- OBJETO

Establecer los pasos necesarios para la judicialización de la prueba en la etapa del juicio.

- POSIBLES CAUSAS QUE ORIGINAN EL PROBLEMA

a) La falta de un esquema jurídico para la aplicación de la normativa procesal con respecto a la admisión de una evidencia como prueba.

b) La inobservancia de las tutelas jurídicas previstas en la Constitución y la ley con respecto a la presentación y valoración de la prueba.

c) La falta de un manual técnico normativo que establezca los pasos necesarios a seguir para la judicialización de la prueba, mediante el cumplimiento de los requisitos previstos en la Constitución y la ley.

- **OBJETIVOS**

- GENERAL

- Realizar un estudio doctrinario, jurídico y de opinión sobre la necesidad de contar con un manual técnico procesal para la judicialización de la prueba en la etapa del juicio y garantizar la observancia de las tutelas jurídicas en el proceso penal.

- ESPECIFICOS:

- Fundamentar la necesidad de contar con un manual técnico procesal para la judicialización de la prueba.

- Demostrar que la inobservancia de las tutelas jurídicas previstas en la Constitución y la ley, causan la ineficacia del acto practicado.

- Elaborar un Manual Práctico Procesal que establezca un mecanismo técnico - jurídico para la judicialización de la prueba, y garantice la eficacia probatoria.

- CAMPO

La investigación jurídica de la problemática se inscribe, académicamente, dentro del Área del Derecho Procesal Penal, principalmente en el Derecho Penal Adjetivo, que presenta un problema jurídico con respecto a la judicialización de la prueba en la etapa del juicio, problemática que se definirá a la luz de la Constitución, del derecho comparado y la legislación ecuatoriana.

- HIPÓTESIS

- El Código de Procedimiento Penal no establece los pasos para la admisión de la evidencia como prueba en la etapa del juicio; lo que ocasiona, que los abogados en libre ejercicio no cuenten con un procedimiento para la judicialización de la prueba.

DISEÑO METODOLÓGICO

MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

Para el desarrollo de la presente tesis realicé una investigación jurídica, doctrinaria y de opinión, qué se concreta en una investigación del Derecho Procesal Penal, tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico, esto es, con respecto a la judicialización de la prueba, primero sobre la eficacia de la misma, y luego sobre la presentación y contradicción de las pruebas en la etapa del juicio, cuyo esquema así resumido parece de simple aplicación, pero se encuentra altamente complicado en la normativa procesal penal, a tal punto que necesitamos de un auxilio técnico para leer, entender y aplicar con certeza las tutelas jurídicas previstas en la Constitución y la ley, cuya inobservancia ocasiona la ineficacia del acto practicado.

Por tal motivo, establecí una investigación bibliográfica de diseño de campo no experimental, descriptiva, la misma que me proporcionó datos reales en la recopilación de la información, obtenida a través del método científico "deductivo-inductivo", porque me permitirá abordar principios desconocidos partiendo de conocimientos generales hacia conocimientos particulares de mi objeto de estudio; y, el método científico "analítico – sintético" porque me permitió realizar un análisis de los resultados obtenidos y una interpretación de los mismos.

TIPO DE INVESTIGACIÓN

Para alcanzar los objetivos planteados, utilicé los siguientes tipos de investigación:

Investigación Histórica.- Me permitió analizar eventos del pasado y relacionarlos con otros del presente.

Investigación Documental.- Analicé información escrita sobre la judicialización de la prueba y la inobservancia de las tutelas jurídicas previstas en la Constitución y la ley.

Investigación Explicativa.- Emito razones lógicas del porqué se debe elaborar un manual técnico procesal para la judicialización de la prueba.

Investigación seccional.- Obtuve información del objeto de estudio a través de una muestra (población), dirigida a treinta profesionales del derecho, por una sola vez en un momento dado.

MÉTODOS

Para el desarrollo de mi investigación académica, me apoyé en los siguientes métodos:

Método Inductivo.- El mismo que me indujo a un proceso analítico - sintético jurídico, mediante el cual partí del estudio general de la judicialización de la prueba para llegar a descubrir su problemática jurídica.

Método Deductivo.- Me permitió realizar un análisis sintético- analítico, presentando así conceptos, principios, definiciones, leyes o normas generales, de donde extraigo conclusiones y recomendaciones para fundamentar la necesidad de contar un manual técnico procesal que recoja los pasos necesarios para la judicialización de la prueba.

Método Lógico.- Utilicé este método porque me permitió la organización secuencial y coherente del desarrollo de la tesis.

Método Histórico.- Me permitió obtener información doctrinaria y jurídica de aspectos relevantes del pasado que aporta al enriquecimiento de la fundamentación científica

Método Hermenéutico Jurídico.- Me permitió interpretar jurídicamente los textos escritos y fijar su verdadero sentido.

TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Utilicé las siguientes técnicas:

La Encuesta, que fue aplicada a veinte abogados en libre ejercicio de la profesión, a dos fiscales y ocho jueces de garantías penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, que residen en el cantón Guaranda.

Instrumento a utilizar: Fue el cuestionario consistente en un pliego de preguntas dirigidas a recabar información de los profesionales del derecho.

Para el procesamiento de la información utilicé los programas tecnológicos: Excell, Word, y Power Point.

POBLACIÓN

Universo poblacional: Fue constituido por cuotas distribuidas al azar de la siguiente forma:

Jueces Provinciales de la Sala Especializada de lo Penal	3
Jueces del Tribunal de Garantías Penales de Bolívar	3
Jueces de Garantías Penales	2
Fiscales	2
Abogados en libre ejercicio	20
TOTAL	**30**

CAPITULO I.

ANTECEDENTES

1. LA PRUEBA

1.1. Visión General

Con el estudio del Código de Procedimiento Penal vigente, se puede detallar las falencias procesales con respecto a la judicialización de la prueba, comenzaré ubicando al hecho punible, siempre con un hecho histórico jurídicamente hablando, es decir que sucedió en la realidad y que debe ser demostrado en el proceso penal, tal demostración sólo es posible hacerlo mediante LA PRUEBA, para que el juez o tribunal califique jurídicamente el hecho y la responsabilidad de los que intervinieron en el mismo, la prueba entonces intenta representar en la forma más ajustada a la realidad, todos y cada una de las circunstancias de los actos que dieron vida a la infracción.

La finalidad primaria de la prueba es la demostración de la verdad, no la verdad real que sucedió antes del proceso penal, sino la verdad formal que permita reflejar en el ánimo del titular del órgano jurisdiccional la certeza respecto de la existencia o inexistencia pretérita del hecho controvertido.

La prueba es el factor básico sobre el que gravita todo el procedimiento, de ella depende cumplir con el fin último que es encontrar la verdad.

Con esta pequeña visión general tratare de emitir una definición de lo que es la prueba.

1.2. Definición

Nuestro Código de Procedimiento Penal, no da una definición de lo que es la Prueba, por lo que acudiremos a la doctrina para conocer sus acepciones, así tenemos:

El tratadista ecuatoriano Walter Guerrero Vivanco, señala: "La persona que quiera comprender el concepto de la prueba tiene que distinguir los siguientes aspectos del problema: a) la actividad probatoria; b) el significado común de la prueba; c) el propósito de la prueba; y, los medios de la prueba".[9]

Según el maestro Guillermo Cabanellas, la prueba, es la "demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho ...".[10]

Los estudiosos del derecho han procurado definir a la prueba como, todo lo que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición o dicho de otra manera, es la suma de motivos productores de certeza, hay algunas expresiones que siendo extensivas no son las más adecuadas para las definiciones, sin embargo dejo constancia de que hay defensores que manifiestan que todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y el conocimiento del responsable es prueba, esto no es verdad ya que siendo el proceso penal una manifestación normada de la agresividad del Estado en contra del procesado o acusado, resulta saludable determinar con exactitud cuáles son los medios de prueba y cómo esta prueba puede ser valorada para generar la certeza en los juzgadores.

---

[9] GUERRERO VIVANCO, Walter.- Derecho Procesal Penal.- Tomo III.- PUDELECO, Editores S.A. Quito 2004. Pág. 9.

[10] CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario Jurídico Elemental.- Decimoquinta Edición.- Editorial Heliasta.- Argentina 2001.- Pág. 327.

Aclaro que no siempre la prueba concluye en el convencimiento positivo acerca del resultado, que es entregar certeza al juzgador, quien tiene certeza está convencido de haber alcanzado la finalidad de la acción, puede también la prueba concluir con probabilidad o duda en el sujeto cognoscente, en cuyo caso no habrá condena. Si bien está es una concepción general de la prueba, para su fácil comprensión debe ser adecuada a las exigencias de la legislación ecuatoriana.

Nuestro Código de Procedimiento Penal ubica a la prueba en una etapa procesal, disponiendo que debe ser producida en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, dejando como excepción al testimonio urgente que puede ser practicado por los jueces penales y las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción, que pueden alcanzar el valor de pruebas una vez que sean practicadas y valoradas en la etapa del juicio, es decir en la etapa de mayor trascendencia, ante los jueces que van a dictar sentencia.

La prueba es la sustancia vital del proceso y puede presentarse de dos maneras: evidente y no evidente.

Es evidente, cuando en la valorización del Juez encuentra rápidamente la relación de causa y efecto entre la premisa y la conclusión (ausencia de la duda) pues, en su conciencia la idea es verdadera; y,

No evidente, cuando se presupone la probabilidad.

Nuestro Código de Procedimiento Penal en su Art. 252, dice: "Existencia del delito y culpabilidad.- La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción Fiscal."

Del precepto jurídico se desprende que la prueba puede ser de cargo o de descargo; sin embargo, las dos forman una sola pieza dentro del proceso: a la primera corresponde la prueba de los hechos incriminados de donde resulta la materialidad de la infracción así como la demostración de la responsabilidad del acusado, en una directa relación entre el acto y el autor; la segunda mira directamente a destruir la legal, estableciendo lo contrario por la imposibilidad del hecho, es decir que esta prueba está en oposición a la otra (destruye las consecuencias deducibles del hecho incriminado).

1.3. Objeto de la prueba

Nuestro Código de Procedimiento Penal, señala: "Art. 84.- Objeto de la prueba.- 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."

Es importante diferenciar al objeto de la prueba del medio de prueba, toda vez que expresamente el precepto jurídico antes descrito consagra como objeto de prueba a todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso, dicho con palabras sencillas, *objeto de la prueba* es todo lo que debe probarse, esto es la conducta o hecho que se investiga, las personas (autor, ofendido, testigo), las cosas en las que recae el daño o han sido instrumento para el cometimiento, y los lugares que contribuyen a la modalidad del delito, mientras que, el *medio de prueba* es el camino para describir cómo ese hecho se introduce en el proceso, es el acto o modo usado por las partes para proporcionar el conocimiento. La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como responsabilidad del procesado o acusado.

Cuando el medio de prueba violenta a las garantías constitucionales, no importa su fruto, se considera que este fruto es el árbol envenenado, por tanto genera ineficacia probatoria, ineficacia que 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. Nótese que la ineficacia probatoria por esta causa, irradia sus efectos a las demás contribuciones probatorias que se han desprendido de la principal; muy diferente es referirse a la prueba ilegal que por estar mal actuado o mal incorporado no tiene valor alguno, sin que sus efectos de ilegalidad contamine a las demás pruebas relacionadas o vinculadas.

1.4. Finalidad de la prueba

El Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, dice: "La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado".

Es importante señalar en este ítem, que la finalidad primaria de la prueba es la demostración de la verdad, no la verdad real que sucedió antes del proceso penal, sino la verdad formal que permita reflejar en el ánimo del titular del órgano jurisdiccional la certeza respecto de la existencia o inexistencia pretérita del hecho controvertido y la responsabilidad o no del procesado.

Dentro de la noción constitucional y legal del debido proceso está comprendido el derecho a no ser juzgado "sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento", es decir con respeto a la estructura general del procedimiento y con observancia de las fases propias del proceso penal, las mismas que tienen una especifica finalidad. Como sostiene Serra Domínguez, "el fin de la prueba consiste en acercarse lo más posible a la realidad de los hechos. Ciertamente lo que interesa del proceso es que las afirmaciones de las partes, concordes o no con la realidad, sean

declaradas probadas positiva o negativamente. Pero ello no quiere decir que el proceso debe entenderse aislado de la realidad precisamente una de las funciones de la prueba es la de lograr la traslación de los hechos de la realidad del proceso."

La finalidad primaria de la prueba es la demostración de la verdad, no la verdad real que sucedió antes del proceso penal, sino la verdad formal que permita reflejar en el ánimo del titular del órgano jurisdiccional la certeza respecto de la existencia o inexistencia pretérita del hecho controvertido.

El proceso probatorio cumple dos fases:

1.- Probar que se ha cometido un delito; y,
2.- Demostrar que el acusado es partícipe del mismo.

Dentro de esa esfera la apreciación de la prueba puede presentar en el juzgador tres estados: a saber;

a) La certeza;
b) La duda; y,
c) La probabilidad,

Términos que conviene distinguir, "Hay probabilidad cuando la razón apoyándose en motivos graves, tiene por verdadero un hecho, pero sólo en el caso de que los motivos poderosos en contrario no hayan desaparecido completamente.

La probabilidad resulta de que las pruebas que debieran por sí mismas establecer la verdad no se presentan a primera vista con las condiciones necesarias; o de que en oposición a los motivos suministrados por ella, existen otros también muy fundados en sentido contrario, o de que la convicción no

descansa sino en ciertos datos que a pesar de su reunión no son todavía bastante poderosos para producir la certeza. En ninguno de estos casos puede tomarse la probabilidad por base de una condena, porque siempre queda lugar a la duda, y la conciencia no puede quedar satisfecha de tal modo que parezca haberse desvanecido la posibilidad de lo contrario.

En cambio, la probabilidad recobra toda su importancia en el curso del proceso, dirige la instrucción y autoriza plenamente las graves medidas que es necesario tomar.

Para que un hecho sea tomado en cuenta debe estar probado dentro del proceso, y al conocimiento del mismo se llega en primera instancia a través de la afirmación que constituye una conducta procesal mediante la cual las partes posicionan los hechos.

El hecho es un dato de conocimiento sensible, que se manifiesta en el proceso a través de la prueba, pues el objeto de la prueba es el hecho, su finalidad está dirigida a demostrar ese hecho y establecer sus partícipes, pues, si el hecho no está probado, la norma de derecho no puede aplicarse.

En nuestro sistema procesal, la prueba corresponde a las partes, de cuya actividad depende la condena o absolución del acusado, de ahí que su orientación es general como aporte para alcanzar el conocimiento real sobre un hecho considerado delictuoso y la declaración de responsabilidad.

1.5. Apreciación de la prueba

Según nuestro Código de Procedimiento Penal, señala:

"Art. 86.- Apreciación de la prueba.- Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo".

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

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

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

2. Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y,

3. Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean:

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

De los preceptos jurídicos descritos se establece una larga confusión entre la prueba presuntiva o prueba lógica, que nuestro código procesal admite para establecer responsabilidad, siempre que se encuentre la existencia material de la infracción con prueba directa y no con otras presunciones, así como que se

fundamente en indicios probados, graves, precisos y concordantes. Resulta interesante recordar las posturas teóricas expresadas por distinguidos maestros del derecho procesal; Mittermaier, Bonnier, Planiol y Bettiol (mencionados por Luis Muñoz Sabaté en su obra "Técnica Probatoria"), han considerado una identidad entre indicio y presunción, incluso alguna legislación latinoamericana tituló a la norma "presunciones o indicios"; otros entre los que se destacó el maestro Lessona, consideraron al indicio como equivalente a conjetura, es decir algo muy inferior a la presunción, una especie de prueba imperfecta o prueba en potencia base para presumir. Para otros los indicios son más importantes que las presunciones; partiendo del silogismo probático el indicio es la premisa menor, Manzini es defensor de esta explicación. Por mi parte, he procurado entender el mandato legal con la ayuda de la explicación semántica de las palabras, partiendo de que indicio y presunción son términos distintos, procesalmente condicionados entre sí, el indicio es una verdad que se encuentra formando parte del proceso, así por ejemplo: El testimonio de A y B precisamente vieron a Luis saliendo en la noche de la casa de Pedro, o que consta la nota de venta a favor de Luis del arma con la que se ha cometido el homicidio, estas son verdades procesales que permiten imaginar posibilidades del actuar de Luis, esta operación mental ayudada por la lógica que solamente puede realizar el ser humano es lo que se llama presunción, así se explica la facultad que concede al juez o tribunal para que basándose en indicios: probados, graves, precisos y concordantes puede presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, siempre que la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho no con otras presunciones, y que los indicios que sirvan de premisa sean: varios, relacionados, unívocos y directos.

La carga de la prueba es una noción de derecho procesal, que se refiere directa o indirectamente al Juez y a todos aquellos que intervienen en el proceso; y, en juicio penal, sobre todo al fiscal, al acusador particular, al procesado e inclusive en la actualidad aún al propio juez, con el objeto de

establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado.

Aún en la actualidad se plantea la polémica de quien debe probar en el proceso penal, si el Estado a través de la Fiscalía, lo cual no admite objeciones o si se puede seguir la regla de oro "probatio incubit ei qui dicit, non qui negat", en otras palabras si "la carga corresponde al acusador y no al que niega".

Personalmente manifiesto que tanto las partes como el juez y por supuesto la Fiscalía a través de sus respectivos representantes, están en la obligación legal y moral de suministrar, en este caso al tribunal, la prueba libre de vicios, artimañas, torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños, o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad o peor aún utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito, según bien lo dispone el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal, porque de lo contrario el Legislador ha considerado que habría deslealtad para con quienes intervienen en el proceso, especialmente para el procesado.

El tratadista Vittorio Denti en su obra "Cientificidad de la Prueba, libre valoración del juzgador." dice: "el verdadero límite que hace arrendarse ante el uso de determinadas técnicas de investigación o de indagación, no es sino la violación de los derechos inalienables de la persona humana, entre las cuales se encuentra el relativo a la integridad física".

He aquí cuando se presenta al juzgador un acuciante dilema, al tener que decidir entre la verdad y la seguridad jurídica; sin embargo con apego al principio político del proceso que debe implicar un máximo de garantías sociales con un mínimo de sacrificio del individuo, esos poderes probatorios basados en la ciencia y en la técnica no deben conducirnos a un autoritarismo despótico, tecnocrático, de tal modo que el buen criterio judicial con un correcto uso de la vasta experiencia del juzgador y del sentido común, en función

siempre del respeto a la dignidad e integridad de la persona humana, deben ser las normas rectoras que orienten a quienes administran justicia, especialmente al resolver la responsabilidad penal de una persona.

Recordemos siempre que el autor del delito siempre es un ser humano y él será sancionado si se comprueba su responsabilidad y culpabilidad.

El descubrimiento de nuevas técnicas en las distintas actividades humanas comparten diversos instrumentos para la verificación de conductas y fenómenos que en ellas se suceden, por cuya razón la Fiscalía debe estar preparado para la importante y difícil misión que le confiere el Código de Procedimiento Penal vigente.

El tratadista Colombiano Hernán Echendía, señala: "Es deber del juez actuar en todos sus actos con ética estricta e imparcialidad absoluta, en el sentido de buscar únicamente la recta justicia conforme al derecho, sin que su criterio se incline por interés personal. Nada más oprobioso que jueces políticos al servicio del interés del partido o determinado Gobierno", de tal manera que la aplicación de todos los habitantes del país, es la de alcanzar una administración de Justicia ejercida por Magistrados, Jueces y Fiscales: probos, sapientes e independientes en el ejercicio de su alta misión.

1.6. Clases de prueba

Nuestro Código de Procedimiento Penal, trata sobre la Prueba desde el Art. 79 al 158, específicamente sobre: la prueba material, la testimonial y entre ella, sobre el testimonio propio, el del ofendido, el del procesado o acusado y sobre la prueba documental.

En la prueba penal hay que tener en cuenta dos conceptos que aparecen enfrentados y son los de averiguación y de verificación.

Averiguar.- Significa caminar hacia la verdad

Verificar.- Significa presentar esa verdad.

En materia penal, primero se averigua lo que se desconoce y seguidamente se verifica lo que se afirma, entonces primero se averigua y luego se verifica; de tal modo que la prueba consiste en verificar que lo que se afirma corresponde a la realidad, porque la prueba es el medio de verificar la verdad.

El Código de Procedimiento Penal ha considerado, en mi criterio, que el juez no tiene la obligación o mejor dicho la labor de averiguación, sino de verificación, de tal modo que el juzgador tiene el deber legal y moral de saber si esas afirmaciones son verdaderas, o sea que al juez penal hay que ofrecerle elementos que prueben que esa averiguación ha sido correcta, realizar tal labor es función de la Fiscalía y de la Policía Judicial.

La sentencia condenatoria requiere de la certeza del hecho punible y la responsabilidad del acusado.

El hecho punible lo define la Ley en cuanto dice que corresponde a una conducta típica, antijurídica y culpable, la certeza de ese hecho, está obligado a demostrar el Estado a través del funcionario respectivo. Así como se debe presentar la certeza de la responsabilidad que le asiste al acusado. La prueba es la que conduce a aquella sentencia de carácter condenatorio.

En esta dirección, la prueba puede ser de dos clases:

a) De acusación y;

b) De defensa,

Sin embargo, en ambos casos tiene el mismo efecto: formar la convicción del juzgador.

Si el hecho no está probado, la norma de derecho que el Fiscal pretende que se aplique, no será posible; de ahí que, son en definitiva los medios de prueba los que revelando los hechos ocurridos en el proceso conforman y delimitan la sentencia

Los medios de prueba, son formas de producción establecidos por la ley; sin prueba no es posible establecer jurídicamente la verdad de algo en la que media su valorización y en la que tiene un rol activo el Juez. "...y se ha acogido el de la sana crítica, en el cual se conjugan, al decir de COUTURE, la ciencia y la experiencia y vienen a ser regladas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia." En lo que confluye las máximas de la experiencia que se extrae de los casos observados, el razonamiento y la lógica lo cual se debe considerar críticamente en la prueba aportada por las partes.

El Art. 79 del Código de Procedimiento Penal, prevé: "Las pruebas deben ser producidas en juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces penales.

Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio."

Desde el instante en que el tribunal interviene en la audiencia va adquiriendo una cierta credibilidad de los hechos controvertidos para pasar posteriormente a la etapa de certeza en la que comprueba si su credibilidad está ajustada a la verdad, en ese instante surge, de la simple credibilidad, a la certeza de la verdad, como mecánica de valoración que fijará la posición del Juez en materia probatoria.

La misión de la prueba consiste en demostrar la verdad de los hechos, de ahí que el objeto de la prueba es el hecho.

La prueba puede ser directa o indirecta;

- Es Directa cuando se la coloca a la percepción del Juez (inspección, reconocimiento)

- Es Indirecta cuando es llevada al Juez por medio de un testimonio, documento, o examen pericial.

En el sistema acusatorio pueden presentarse dos tipos de prueba a saber:

1. De credibilidad; y
2. De certeza.

Puede afirmarse que la prueba es de certeza, cuando demuestra los elementos objetivos y subjetivos del delito y el nexo directo de causalidad, de su existencia.

De probabilidad cuando cuestiona en forma indudable en la determinación del hecho y sus responsables.

El diccionario Jurídico de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche define a la prueba criminal, como: "la averiguación de un delito y de la persona que lo ha cometido; y se divide también en perfecta e imperfecta. Es perfecta, plena y completa la que demuestra de un modo positivo, ser imposible que el acusado sea inocente; y es imperfecta o semiplena la que no excluye la posibilidad de la inocencia del acusado. La primera es suficiente para condenar; y de las segundas son necesarias tantas cuantas basten para hacer una perfecta, de modo que por sí, cada una de ellas es posible que uno no sea reo, por su reunión en el mismo sujeto sea imposible que deje de serlo.

Además, las pruebas imperfectas de que el procesado puede justificarse, y no lo hace debiendo hacerlo, se convierten en perfectas según una Ley de Partida, la prueba en pleito criminal debe darse por testigos, instrumentos o confesión del acusado y no por solas sospechas; pues ha de ser tan clara como la luz, de modo que no admita duda alguna, y será cosa más santa absolver al culpado contra quien no aparezca prueba cierta que dar sentencia contra el inocente por indicios de alguna sospecha que le resulte."

1.6.1. La prueba material

El Código de Procedimiento Penal, define: **"**Art. 91.- Prueba material.- La prueba material consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios o en los instrumentos con los que se la cometió todo lo cual debe ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa del juicio y valorado por los tribunales de garantías penales."

Toda infracción es el resultado de una conducta humana (por acción u omisión), por tanto deja una secuela de evidencias relacionadas con los resultados, los vestigios y los objetos o instrumentos con los que se cometió cuando los delitos son de acción.

La infracción es un acontecimiento histórico que se encuentra ubicado en el lugar y tiempo determinados, pero siempre pretérito al proceso por tanto el primer intento de la aplicación de la justicia es, recoger las evidencias materiales que pueden contribuir al esclarecimiento de la verdad.

El sistema procesal acusatorio oral, impide que se inicie el proceso penal si no se ha identificado previamente a la persona que se le imputa la participación en un hecho presuntamente delictivo, situación que moderniza el ejercicio de la acción penal, pero que al mismo tiempo obliga a la Fiscalía con la colaboración de la Policía Judicial, a investigar los hechos presumiblemente punibles que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento.

Antes de enfrentar el proceso penal, le corresponde a la Fiscalía la investigación pre-procesal que se inicia con la recolección de evidencias que ha dejado como secuela la infracción, siempre habrá resultados objetivos que deben ser registrados, si es posible directamente o con la ayuda de los peritos, se debe reconocer el lugar de los hechos y recolectar todo objeto, huella, señal, arma, instrumento o vestigio conducentes a establecer la existencia del delito y a identificar a posibles responsables. Esta fase preprocesal se denomina "Indagación Previa". No hay prueba de ninguna especie en la indagación, pero la recolección y cuidado de evidencias corresponde al fiscal representante de la Fiscalía y a la Policía Judicial; cuando se recogen y protegen debidamente las evidencias, se facilita la demostración probatoria de la infracción. Algunos estudiosos de la prueba en materia penal, son objetivos al afirmar que la misma interposición de la denuncia ya es un acto de prueba, quizá la intención es dimensionar el cuidado que debe darse a la indagación sobre los hechos y presuntos responsables que deben estar dentro de la acusación y de manera preferente a la recolección y cuidado de evidencias que son los únicos medios de prueba que no mienten.

En materia penal, la investigación del hecho punible es prioritario, y muchas veces para el análisis de las evidencias los fiscales requieren de la contribución pericial. Los peritos son profesionales especializados en diferentes materias que han sido acreditados como tales, previo proceso de calificación de la Fiscalía, para facilitar la investigación de las distintas conductas punibles, cada vez se hace necesario con el mayor número y de las más variadas especializaciones para el auxilio pericial. Durante la indagación previa o en la etapa de instrucción, el fiscal ordenará que se realicen las experticias correspondientes, para el efecto designará el número de peritos que crea necesario, si existe procesado éste tiene derecho a nombrar un perito sin que por este motivo se retarde el reconocimiento.

La fase de indagación previa es pre-procesal, tiene doble propósito, estudiar si la conducta denunciada se puede subsumir en alguna de las tipologías previstas como punibles, como presupuesto básico para que se justifique el inicio de un proceso penal, pero este sólo aspecto es suficiente para poder resolver la iniciación del expediente penal; la indagación previa debe encontrar al procesado, es decir personas naturales presuntamente involucradas en la infracción, cuando el fiscal ha cumplido con el propósito de esta fase, está facultado legalmente para dictar la resolución trascendental con la que da inicio al proceso penal e ingresa a la etapa de instrucción fiscal.

La Policía Judicial al realizar la investigación, bajo la dirección y control de la Fiscalía, recolecta y conserva las evidencias, a fin de reunir y asegurar los elementos de convicción que servirán para que el fiscal sustente sus actuaciones y contribuyan para que el juez motive las órdenes en las que se encuentren involucrados los intereses de las personas, como aquellos que limitan la libertad personal o la disposición de bienes.

Las evidencias además de cumplir con el papel de ser elementos de convicción para las actuaciones del fiscal y motivación de los jueces, son la base de la

prueba penal, por ello es necesario custodiarlas hasta que llegue el momento de legitimarlas y judicializarlas para que se vean valoradas como pruebas.

La prueba material está directamente relacionada con las siguientes evidencias; resultados, vestigios y objetos o instrumentos con los que se cometió la infracción todo lo cual debe ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa de juicio, previamente serán descritos en el acta de reconocimiento, pasarán a custodia de la Policía Judicial, si hay necesidad de pericia se ordenará dicha experticia, para lo cual el fiscal designará el número de peritos que crea necesario, esta facultad en la nominación está vinculada con la calidad de la información por un lado y con la seguridad de la competencia a la audiencia del juicio por otro, el perito está obligado a comparecer para posesionarse y a informar en el plazo señalado por el fiscal.

Los peritos no pueden ser recusados por ninguna de las partes, sin embargo pueden excusarse cuando el sospechoso, el imputado, el acusado, el agraviado, el denunciante, el acusado o el abogado de cualesquiera de ellos sea su cónyuge o conviviente o tenga con el parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; cuando hubiese sido abogado de las partes; cuando tenga los grados señalados de parentesco con el juez o con los miembros del tribunal o cuando esté ligado por intereses económicos a cualesquiera de las partes.

El informe pericial es la configuración técnica de la evidencia, que tienen el mismo valor hasta que pueda ser expuesta y defendida en forma oral en la audiencia de juzgamiento llamada audiencia del juicio, este documento debe contener:

1. La descripción detallada de lo que se ha reconocido o examinado

2. El estado de la persona o cosa objeto de la pericia, antes de la comisión del delito en cuanto fuera posible; esta exigencia es realmente

subjetiva ya que corresponde a un tiempo y condición pasados a los que debería recurrir mediante historial, que generalmente no es propio de los peritos

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

4. El pronóstico sobre la evaluación del daño

5. Las conclusiones, señalando el procedimiento utilizado para llegar a ellas

6. La fecha del informe

7. La firma y rúbrica del perito. Los sujetos pasivos del juicio tienen derecho a conocer y realizar observaciones al informe pericial.

Las armas, efectos, papeles y otros objetos relacionados con la infracción y sus posibles autores, podrán ser incautados con orden judicial, igualmente si tales evidencias se encuentran en determinada habitación, el juez puede ordenar el allanamiento de la indicada vivienda.

La legislación procesal ecuatoriana, orienta la prueba material a ciertos delitos contra las personas, como el caso de muerte, disponiendo al fiscal o a la Policía procuren comprobar la identidad del cadáver, mediante versiones de quienes conocieron a la víctima o con medios científicos y técnicos, luego nombre peritos para que realicen el reconocimiento exterior y la autopsia de la ley; igual dispone en el caso de muerte violenta o repentina en una persona, caso de aborto, envenenamiento y lesiones; continuación en forma superficial y con generalidades trata los delitos contra la propiedad destacando al robo, hurto y abigeato como los principales, situación que no es real, más bien refleja la tradición ya que disposiciones semejantes integraron los códigos de procedimiento penal anteriores. Lo curioso es que al referirse a la prueba material no existe ningún otro delito que se encuentre vinculado en forma expresa, dejando para el resto de delitos la aplicación general de los medios de prueba.

1.6.2. La prueba testimonial

La prueba testimonial según nuestro Código de Procedimiento Penal, lo clasifica en: testimonio propio, testimonio del ofendido y testimonio del procesado, (Art. 117 CPP.)

Este tipo de prueba es variable, se confía más en las personas de mejor memoria, cuyos sentidos no se encuentran disminuidos o dañados, por tanto son menos confiables los testimonios de las personas con deficiencias visuales, educativas o faltos de memoria.

Con respecto a los testimonios del ofendido y del procesado, antes llamados instructivos e indagatorios respectivamente, deben rendirse única y exclusivamente en la audiencia del juicio, ante el tribunal de garantías penales, sujetos a los principios de: inmediación, concentración y contradicción; siempre que se ha presentado acusación particular debe rendir testimonio el ofendido como la primera prueba en la audiencia del juicio; mientras que el acusado tiene derecho a guardar silencio o a rendir su testimonio con juramento si así lo prefiere. Esta prueba está tasada legalmente, la del ofendido por sí sola no constituye prueba y la del acusado siempre será considerada en su favor salvo que se encuentre probada la infracción y admita responsabilidad, en cuyo caso puede transformarse en prueba en contra.

El testimonio de terceros llamado testimonio propio, ingresa al juicio en forma oral como manifestación interesada de una de las partes en base del principio dispositivo. El testigo narra, con juramento, los resultados de sus senso-percepciones que recogió y almacenó en su memoria. El Código de Procedimiento Penal pretende proteger al testigo a fin de que esta prueba llegue al juicio sin influencia alguna, no bajo presión o amenaza.

Los testigos poseen intereses legítimos y relevantes, vinculados con su vida, integridad física, seguridad, patrimonio, etc., que deben ser objeto de protección por parte de la Fiscalía.

Algo preocupante resulta las audiencias de juicio en los casos de: peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito cuando el acusado prófugo no comparezca al juicio. Tanto la Constitución como el mismo Código de Procedimiento Penal faculta la conclusión del juicio penal y por lo tanto la celebración de audiencias en ausencia del acusado, por lo general el juicio oral exige la inexcusable presencia del acusado a fin de que conozca que contra ellos se esgrimen y puedan hacer las preguntas y repreguntas necesarias, sin que sea suficiente a tales efectos la presencia de la defensa técnica realizada a través de sus defensores o del defensor público, el acusado tiene derecho a estar presente mientras los testigos de cargo son interrogados.

Los enfermos, los que van a salir del país y aquellos que demuestren que no podrán concurrir al tribunal, pueden rendir el testimonio urgente ante el juez penal, quien debe observar el cumplimiento de todos los principios de: inmediación, contradicción, concentración en tal declaración que puede ser considerada la única prueba anticipada, rendida siempre en la etapa de instrucción fiscal, (Arts. 119, 139 y 237 CPP).

Igualmente, vinculadas a esta prueba se encuentran las siguientes evidencias:

1. La versión del sospechoso
2. La versión del procesado
3. La versión del ofendido
3. La versión o declaración de terceros.

Así lo prevé el inciso final del Art. 119 del referido código procesal, que dice: "Sin embargo, el Fiscal antes del juicio podrá recoger las versiones del

sospechoso, del procesado, del ofendido, y de terceros sobre los hechos y circunstancias materia de la investigación o de la instrucción. Estas informaciones solamente tendrán valor de prueba, cuando sean ratificadas mediante testimonio rendido en la audiencia."

1.6.2.1. Testimonio propio

Nuestro Código de Procedimiento Penal vigente, señala:

"Art. 123.- Testimonio propio.- Es el que rinde un tercero que no es parte en el proceso ni ofendido por la infracción."

"Art. 124.- Valor probatorio.- El testimonio propio no tendrá valor como prueba de culpabilidad, si de las demás pruebas no aparece demostrada la existencia de la infracción."

"Art. 125.- Admisión.- Con excepción del testimonio de las personas mencionadas en el artículo siguiente, no se rechazará el de persona alguna."

"Art. 126.- Testimonio inadmisible.- No serán obligados a declarar los parientes del acusado comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni su cónyuge ni conviviente en unión de hecho.

No se recibirá el testimonio de las personas depositarias de un secreto en razón de su profesión, oficio o función, si la declaración versa sobre la materia del secreto. En caso de haber sido convocadas, deben comparecer, explicar el motivo del cual surge la obligación de guardar el secreto y abstenerse de declarar."

El Testimonio, en el más amplio sentido, puede decirse que es el relato oral o escrito, espontáneo o provocado, acerca de un hecho que se desea conocer o comprobar o como dicen los juristas es la declaración de una persona idónea que, llamada a juicio, dice lo que sabe sobre los hechos que se indagan y de cuya demostración depende la decisión de la causa.

El testimonio ha sido utilizado en todos los campos del individuo, para trasmitir conocimiento al resto de personas, y en forma particular en el ámbito jurídico, es de gran ayuda para el juez, ya que a través de ella, podrá argumentar sus fallos y tomar una decisión lo más justa posible.

El testigo

Se le define como la persona que debe concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos en los casos así señalados por la ley o requerido por los particulares, para solemnidad del mismo, poder dar fe y servir de prueba.

En Derecho se toma la voz "testigo", en dos acepciones estrechamente relacionadas.

1. Testigos son las personas que necesitan concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos.

2. Testigos son las personas que deponen sobre un hecho que han presenciado.

En la primera acepción, los testigos constituyen una solemnidad; en la segunda un medio de prueba.

Como se puede deducir, el testigo, es la pieza clave en una investigación, ya que de su condición física, psicológica y sociocultural dependerá el éxito o

fracaso de la verdad, por la información que suministra al juez acerca del hecho, de sus autores y más responsables.

En los testigos se debe observar su capacidad física y mental, criterios lógicos, imparcialidad, conocimiento y solemnidad.

Tipos de testigos

Se considera dos tipos de testigos: Desde el punto de vista jurídico y desde el análisis Psicológico.

Desde el punto de vista jurídico

a) Testigo presencial del hecho. Su versión ante el funcionario está basada en la directa percepción. La presencia de un hecho no depende de lo que observe o no observe, sino de lo que haya percibido directamente por cualquier órgano de los sentidos.

b) Testigo indirecto o de oídas. Es aquel testigo que ha recibido la información no por percepción sino por datos que terceras personas le han suministrado.

c) Testigos de abono o de conducta. Acuden ante el funcionario judicial a rendir su deposición sobre honestidad, responsabilidad, comportamiento y reputación de un incriminado penalmente.

d) Testigos instrumentales. Son aquellos que dan fe del contenido de un contrato, lo que se presume con la firma que estampan sobre un documento.

Desde el análisis psicológico

Debemos tomar en cuenta las diferencias individuales, que repercuten en el tipo de testimonio. Se afirma que mientras más extrovertido sea el sujeto, más fácil será dentro de ciertos límites, la obtención del testimonio. El sujeto introvertido proporcionará declaraciones más parcas e incluso más subjetivas, más constantes, menos influenciables por las circunstancias exteriores y por el tiempo.

Así, tenemos el tipo objetivo-conservador y el subjetivo-elaborador; el sujeto sensitivo y el apático; los sujetos inestables; el falso insensible y el falso sensible; los sujetos susceptibles; los sujetos de temperamento eufóricos, hipomaníacos y depresivos; el observador y el descriptivo; el obstinado y el voluble; el tímido; el narrador; el vanidoso; el mentiroso; los mitómanos; los fabuladores.

El valor de la declaración sólo puede juzgarse determinando el tipo de persona que la ha realizado. Del análisis de los testigos que acuden con mayor frecuencia a rendir su testimonio, podemos determinar las siguientes características:

a) Testigo descriptivo. Este testigo señala los aspectos destacados de la imagen y del acontecimiento sin atribuirles significado. Existe ausencia de emotividad y de atención sistemática.

b) Testigo observador. Este testigo conduce su atención y concentración hacia la escena. Se centra más en los detalles, por lo que puede informar al juez sobre circunstancias específicas como: hora, lugar, colores, vestimenta, voces, signos, acciones y demás detalles. Actúa con calma, serenidad y sobriedad ante este tipo de eventualidades, su comportamiento y testimonio concuerdan en forma lógica.

c) Testigo erudito. Es un testigo, con un vasto conocimiento en todos los campos del conocimiento, sin embargo al divagar sobre lo que conoce, descuida y desvía mentalmente los acontecimientos de los sucesos, que en algún momento estaba seguro de conocerlos. Al dar su testimonio, este testigo narra aquello que sabe del objeto, y del hecho en general.

d) Testigo imaginativo. Este testigo descuida la observación y la sustituye por recuerdos personales, con tendencia hacia la afectividad; es propenso a establecer frecuentemente comparaciones de sus vivencias con los hechos que presencio y cargar de emotividad y subjetividad el testimonio que rinde ante de la justicia, sin caer en falso testimonio pero si distorsionando los hechos.

e) Testigo emocional. Reproduce sobre todo la emoción que emana de la escena misma

Además de éstos tenemos: Al obstinado y el voluble; el tímido; el narrador; el vanidoso; el mentiroso; los mitómanos; los fabuladores, etc.

Requisitos de aptitud del testimonio

Para que sea válido el testimonio se requiere los siguientes requisitos:

1. Qué el medio probatorio sea conducente.
2. La capacidad mental del testigo en el momento de la percepción de los hechos y en el instante en que está relatando los hechos al juez.
3. Ausencia de perturbaciones de tipo psicológico, inclusive de tipo físico.
4. Que el testigo no tenga defectos que le inhiban su percepción por defecto total en los órganos superiores.
5. Que tenga una capacidad memorativa normal en el momento de presenciar los hechos o en el instante de evocación.

6. La ausencia en el testigo de interés familiar o personal en la declaración que va a rendir (la otra parte puede tachar al testigo por parcialidad y el juez resolverá este asunto)

7. Ausencia de la mala fe en las declaraciones anteriores o que no haya sido condenado por perjurio.

8. Que el testigo dé la ciencia o la razón de su dicho (el por qué, el cómo y el cuándo)

9. Que sea lógico y posible jurídicamente el hecho.

10. Que los distintos hechos narrados por el testigo, no aparezcan contradictorios entre sí. El lapso de tiempo influye en el testimonio, habrán contradicciones principales o graves y accesorias o pequeñas.

11. Si en el proceso existe varias declaraciones de la misma persona, y se contradice esta circunstancia, le resta eficacia al testimonio.

12. Que exista claridad y seguridad en el testigo con respecto a la narración de los hechos.

13. Se debe tener en cuenta que no aparezcan contradicciones graves con otro testimonio o prueba que ofrezcan serios motivos de credibilidad.

14. Que no se presente contradicciones entre un hecho notorio y la declaración del testigo y una sentencia que hace tránsito o cosa juzgada.

15. Que el testigo no sobrepase los límites del testimonio.

16. Si el testimonio fuera recibido fuera del proceso, que se haya ratificado o involucrado a decepcionar el testimonio por parte del juez. Si la persona que rindió la declaración extra-proceso ha fallecido, se utilizarán los testigos de abono.

Verificación de la aptitud de los testigos

Todo testigo que revelará los hechos que ha "visto", debe ser sometido a un exámen oftalmológico para evaluar su capacidad visual y descartar cualquier enfermedad como puede ser la miopía, la presbiopía, astigmatismo, la ambliopía, las cataratas, la ceguera nocturna; debemos también evaluar la

capacidad auditiva a testigos que deben informar acerca de datos (ruidos, conversaciones, etc.).

Para confirmar lo anterior, nos valemos de la reconstrucción de los hechos, colocando al testigo en idénticas condiciones de observación a las que, en su inicio, se suponían y apreciamos si es capaz de percibir detalles equivalentes a los que afirma haber discernido.

Preguntas que deben evitarse en los interrogatorios judiciales

- Preguntas capciosas.- Son aquellas que para descubrir la verdad, emplean artificios, suposiciones falsas o mentiras. Tienden a que el interrogado rompa su reserva al creer descubierto lo que oculta o a llevarlo a la confusión con supuestas contradicciones.

- Preguntas impertinentes.- Son las que no se refieren a los hechos o derechos objeto del proceso, son preguntas extrañas al interrogado.

- Preguntas sugestivas.- Son aquellas que contienen en sí la respuesta que ha de darse, en forma directa o de modo encubierto. Este tipo de preguntas debe evitarse, por ser fuertemente sugestivas, capciosas o impertinentes, como lo manifiesta el Art. 136 del Código de Procedimiento Penal.

1.6.2.2. Testimonio del ofendido

El Dr. Simón Valdivieso, dice: "El testimonio del ofendido.- Es el que rinde el sujeto pasivo en la etapa del juicio. No importa si dedujo o no acusación particualr. Si es que ha presentado acusación, está obligado a comparecer."[11]

[11] VALDIVIESO, Simón.- Derecho Procesal Penal.- Ediciones Carpol.- 1ra. Edición.- Cuenca 2007. Pág. 392.

Nuestro código procesal señala que, "cuando el ofendido haya presentado acusación particular, estará obligado a comparecer ante el tribunal de garantías penales, para rendir su testimonio con juramento."[12]

Por mandato de ley procesal penal, la declaración del ofendido por sí sola, no constituye prueba.

Además, el citado código en su Art. 141, establece el contenido del testimonio del ofendido.- "Una vez que el ofendido haya declarado su nombre, apellidos, edad, nacionalidad, domicilio y residencia, estado civil, oficio o profesión, será interrogado acerca de los datos siguientes:

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

De los preceptos jurídicos se establece que el ofendido debe rendir su testimonio bajo juramento en al etapa del juicio bajo un interrogatorio establecido en la ley.

[12] REPUBLICA DEL ECUADOR.- Código de Procedimiento Penal.- Art. 140.

1.6.2.3. Testimonio del procesado

Testimonio del procesado.- "Es el que rinde la persona que ha sido llamada a juicio. Es decir aquel que tiene una acusación fiscal en su contra y lo presta en la etapa del juicio, generalmente es sin juramento, pero excepcionalmente lo puede hacer con juramento".[13]

Por mando legal, el acusado no puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el tribunal de garantías penales. Su testimonio le sirve como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, da al testimonio del acusado el valor de prueba contra él.

Si el procesado o acusado así lo solicitare de manera expresa podrá prestar su testimonio bajo juramento.

En todo caso, el juez antes de comenzar la declaración, debe comunicarle detalladamente al acusado el acto que se le atribuye, un resumen de los elementos de prueba existentes y del tipo de infracción que se le imputa.

El testimonio del acusado es indivisible; por lo tanto, el tribunal de garantías penales debe hacer uso de toda la declaración o de ninguna de sus partes, excepto cuando haya graves presunciones contra la parte favorable al acusado.

[13] VALDIVIESO, Simón.- Derecho Procesal Penal.- Ediciones Carpol.- 1ra. Edición.- Cuenca 2007. Pág. 389.

1.6.3. La prueba documental

Simplemente el Código de Procedimiento Penal, en su Art. 145, hace referencia a que la prueba documental está constituida por documentos públicos y privados que igualmente deben ser incorporados legalmente en la audiencia del juicio.

El documento público es aquel que se celebra ante autoridad competente, cumpliendo con todas las formalidades legales, capaz que por sí sólo este documento garantiza ser: genuino por autoridad que lo patrocinó, auténtico por la seguridad de las partes que intervienen en la celebración y veraz por la verdad de su contenido

El documento privado es toda constancia que han expresado los particulares, en la que se encuentran comprometidos sus propios intereses, un documento privado judicialmente reconocido es cualitativamente distinto para el ejercicio de la acción civil, pero sigue siendo documento privado para la utilización penal.

Cuando estos documentos han sido incorporados en la indagación previa o en la etapa de instrucción, son simplemente evidencias que pueden ser elementos de convicción y hasta podrían ser considerados indicios (según el caso), pero para que se transformen en pruebas deben ser presentados en la etapa del juicio, luego de públicamente demostrar la autenticidad y de judicializarlos conforme a la ley.

CAPITULO II

JUDICIALIZACION DE LA PRUEBA

2. La Judicialización de la Prueba

El proceso acusatorio se caracteriza esencialmente por ser contradictorio, público y oral, en los que las funciones de acusar, defensa y decisión, están encomendadas a un órgano propio independiente, de ahí que la forma acusatoria da lugar fundamentalmente a un proceso de partes, y la forma inquisitoria a la concentración de un mismo órgano con funciones de promoción de la acción penal y decisión.

Como es conocido en todo sistema oral penal se recogen y se judicializan medios de prueba. Se produce una actividad destinada al descubrimiento de medios de prueba, los cuales tienen que ser ingresados al proceso, aceptados dentro de éste y sometidos a juzgamiento. En el sistema acusatorio hay una distinción clara entre los dos momentos. Hay una fase para la recolección de las pruebas y otra para la judicialización; en otras palabras, se recogen medios de prueba para incorporarlos como elementos probatorios. Esto diferencia el sistema acusatorio de nuestro sistema mixto anteriormente vigente, en el cual las pruebas se ingresaban al proceso a medida que se investigaba.

En el sistema acusatorio todas las evidencias se judicializan durante el juicio, esto es, mediante un determinado procedimiento se incorporan como pruebas para demostrar las tesis de la acusación y de la defensa y luego son valoradas por el juez para formar su convicción.

2.1. Camino de la Prueba

Esta etapa se iniciará con la substanciación del proceso ante el Presidente del Tribunal de Garantías Penales, quien estaría obligado en primera instancia, a designar un defensor para el acusado en caso de que éste se encuentre imposibilitado para contratarlo. Además deberá convocar a la Audiencia para el juzgamiento y solicitar a las partes que le entreguen la lista de los testigos, ya que estará encargado de dictar las órdenes respectivas para la comparecencia de los mismos. Como se había señalado anteriormente en la instrucción fiscal solo se investiga pero no se prueba, para que todas las indagaciones realizadas por el fiscal alcancen el valor de prueba, estas deberán ser presentadas ante el tribunal penal.

Propósitos de esta etapa

Esta etapa, a criterio del Dr. Guerrero tendrá tres propósitos fundamentales:

a) La prueba de la existencia del delito

b) La prueba de la culpabilidad del infractor; y,

c) La imposición de la pena correspondiente al delito cometido, de las medidas de seguridad y del pago del daño causado al ofendido.

Audiencia de Juicio

Se respetarán los principio de contradicción, oralidad, publicidad, inmediación y concentración; el Código de Procedimiento Penal vigente, determina claramente como se realizara la substanciación ante el Tribunal de Garantías Penales y los pasos que tendrán que seguirse, sobre todo, en lo que se refiere al orden lógico de intervención de los sujetos procesales, la declaración de los testigos y peritos y la exhibición de pruebas, pero no establece los pasos que deben seguirse para la admisión de la evidencia como prueba.

Desde el Art. 277 al 304 del citado código, se establece el procedimiento a seguir, el mismo que se ha dividido en dos partes:

LA PRIMERA PARTE, empezará con la intervención del fiscal, en esta intervención se presentará la acusación y se solicitará que se practiquen las pruebas que se consideren necesarias. A continuación, el ofendido estará obligado a comparecer a juicio para rendir su testimonio, bajo juramento, sin duda, este testimonio contribuirá al esclarecimiento de los hechos. Una vez presentado el testimonio, los miembros del Tribunal y los otros sujetos, procesales podrán interrogar al ofendido, siempre y cuando las preguntas sean debidamente formuladas.

A continuación, vendrá la exposición del acusador particular o de su defensor, quien realizará una exposición del motivo de su acusación y solicitará la práctica de las pruebas que considere necesarias, para finalizar esta primera fase de la audiencia, se receptará el testimonio de los peritos y de los testigos pedidos por el fiscal y por el acusado particular.

EN LA SEGUNDA PARTE de la audiencia, el acusado rendirá su testimonio voluntario, luego de lo cual, podrá ser interrogado por los miembros del Tribunal y las otras partes. Inmediatamente, deberá reconocer los objetos y vestigios de la infracción.

Realizado el reconocimiento, el defensor del acusado hará una exposición detallada de los hechos y circunstancias favorables para su defendido y pedirá que se practiquen las pruebas de descargo, luego de lo cual, el Tribunal procederá a tomar testimonios de los testigos presentados por el acusado, quienes también podrán ser interrogados por las partes. Finalmente, se realizaran las demás pruebas ordenadas por el Tribunal y se dará lugar a un debate en el que las partes podrán exponer sus alegatos, luego de lo cual los miembros del Tribunal deberán deliberar sobre lo ocurrido

2.1.1. Recolección

La evidencia es recogida durante la etapa de investigación, que tiene por objeto encontrar medios de prueba o indicios que denominaremos genéricamente evidencias para demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado. Al final de la investigación, se oficializa una evidencia mínima. Esto quiere decir que concluida la investigación, durante la audiencia preliminar se analiza una cantidad limitada de evidencias, las suficientes para demostrar que hay suficientes meritos para llamar a juicio al procesado. La decisión de acusar al procesado y por tanto de llamarlo a juicio puede ser tomada por un juez de garantías penales.

La decisión sobre acusar o no, se toma sobre la base de lo que el sistema acusatorio denomina causa probable. Podría decirse que hay causa probable cuando del conjunto de las evidencias disponibles se desprende que es mas probable que si -en lugar de que no- que la infracción se ha cometido; o que es mas probable que si - en lugar de que no- que el procesado es el presunto responsable.

En el sistema acusatorio todas las evidencias se judicializan durante el juicio esto es, mediante un determinado procedimiento se incorporan como pruebas para demostrar las tesis de la acusación y de la defensa y luego son valoradas por el juez para formar su convicción.

Donde se debe recoger la evidencia

Se recoge la evidencia en cualquier lugar donde pueda existir. Las inmediaciones cercanas al sitio de la infracción son el lugar en donde se debe empezar porque allí es donde hay más probabilidades de encontrarla.

La búsqueda no debe terminar allí, es posible que la evidencia haya sido diseminada por el área circundante por actividad humana o de animales o por otros factores. Muchas veces la evidencia es escondida por el infractor en el lugar donde cometió la infracciona. Hay que poner atención en los lugares que facilitan el ocultamiento de cualquier evidencia. Una vez que la investigación se amplia, se necesitara buscar evidencia en cualquier lugar donde se encuentre.

Puede ser en residencias, negocios, vehículos, embarcaciones, bodegas, depósitos, etc. Se necesitaran órdenes de allanamiento o el consentimiento de los propietarios para llevar a cabo estas búsquedas de evidencia.

Porque se debe recabar evidencias

A través de la evidencia se pueden probar los puntos de la acusación o, en su caso, de la defensa. Si se cuenta con buena evidencia cualquiera puede ser condenado o, en su defecto, absuelto por un Tribunal de Garantías Penales. Si no se cuenta con buena evidencia no se probara la existencia de la infracción o la culpabilidad del presunto responsable.

2.1.2. Custodia

Toda la evidencia debe ser almacenada de manera segura lo mas pronto posible para prevenir su perdida o contaminación. Los artículos de evidencia deben ser almacenados en un lugar seguro, como una caja fuerte o un cuarto de evidencia con puertas sin acceso publico. Solamente las personas autorizadas deben tener acceso a la evidencia.

Toda la evidencia debe ser preservada para su posible presentación en el juicio y/o para su análisis forense. Esto significa que los artículos perecibles deben

permanecer congelados y otros artículos deben mantenerse fuera de calor extremo, frió o de lugares infestados por insectos.

Todos los artículos de evidencia deben ser ingresados en un libro de registro de evidencia actualizado que permanecerá en el lugar donde se almacene la evidencia. Si los artículos son enviados a cualquier otro lugar para someterlos a análisis, o son transferidos a otro oficial o agente o si son destruidos, deberá registrarse en el libro de registro de evidencia tales actividades. De esta manera la condición y ubicación de cualquier pieza de evidencia estará siempre disponible en el lugar de almacenamiento.

Para garantizar la correcta preservación de los indicios encontrados en el lugar de los hechos, durante todo el proceso investigativo, desde que se produce la recolección hasta su valoración por parte de la autoridad competente, se aprobó un manual de cadena de custodia, que contiene un conjunto de procedimientos que deben ser observados por toda persona, organismos de socorro, bomberos, paramédicos, profesionales de las casas de salud, Policía Nacional y funcionarios de la Fiscalía para ejecutar una correcta cadena de custodia.

2.1.3. Experticia Forense

Es el estudio o análisis científico de la evidencia con fines legales. En delitos en contra de la vida, el forense resuelve preguntas tales como si cierta bala provenía de cierta arma; o, en delitos contra la vida silvestre, a que especie pertenece cierta parte animal encontrada; o si la sangre o materia orgánica animal de un lugar corresponde al mismo animal, pero de un lugar diferente; o que causo la muerte de un individuo o grupo de animales; o si las huellas digitales encontradas corresponden a cierta persona; etc. En esta materia se han registrado avances verdaderamente espectaculares en materias como el

análisis del ADN, y de todo tipo de componentes y fluidos orgánicos, así como de la más amplia gama de sustancias biológicas o químicas.

Los artículos de evidencia deben ser manipulados lo menos posible antes de su envió al laboratorio forense, con el fin de prevenir su destrucción o contaminación.

La evidencia enviada al laboratorio forense debe ser etiquetada, empacada apropiadamente, incluida en el formulario de cadena de custodia, anotada en un formulario de envió de evidencia; especificando lo que el oficial o agente quiere que se determine por el laboratorio.

La evidencia debe ser enviada por la noche y en el laboratorio deben saber que la evidencia llega, de tal manera que alguien la puede recoger antes de que se derrita si ha sido congelada o se arruine de cualquier otra manera.

Toda la evidencia debe ser fotografiada al momento de la recolección y si es posible en la condición en que fue encontrada.

2.1.4. Presentación

En el nuevo sistema procesal penal, dado el hecho de que toda la actividad probatoria se concentra en la etapa del juicio, va a cobrar cada vez mayor importancia la forma en que fiscales y abogados - defensores o acusadores particulares - presenten ante el tribunal los medios de prueba que han recogido.

Nuestro Código de Procedimiento Penal en su Art. 79.- señala como regla general: "Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales

urgentes, que serán practicadas por los jueces de garantías penales. 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"., y, en su Art. 252, dice: La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción Fiscal."

De los preceptos jurídicos se desprende 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, sin que exista normativa jurídica que dé una descripción de la forma en que la evidencia se incorpora como prueba en la audiencia de juicio en el sistema oral acusatorio.

En los sistemas comparados se usan para la presentación de evidencias los más variados medios, no solo imágenes sino diagramas, modelos, filmaciones, experimentos, demostraciones, reproducciones, maquetas de edificios, de lugares de accidentes, etc.

En este sentido, una pieza de evidencia física puede ser cualquier cosa que no sea un testimonio, que pueda ser percibida por los sentidos y pueda ser presentada ante el tribunal como medio de prueba.

En los sistemas comparados, una pieza de evidencia se incorpora como prueba a través de un testigo calificador, mediante el cumplimiento de una secuencia de pasos formales. Las piezas de evidencia solo pueden ser admitidas como pruebas una vez que se han cumplido todos los pasos procedímentales.

2.15. Valoración de la prueba

Así como los medios de prueba han progresado apreciablemente, los criterios para valorizarla han evolucionado también. La teoría legal, la de la libre convicción y la fundada en las reglas de la sana crítica constituyen sucesivas etapas que señalan innegable progreso y técnicas en esta importante materia, que estudiaremos a continuación.

"Teoría Legal según Vishinski "es la que hace determinar previamente por la ley la fuerza de las pruebas". Ella se encargaba de prescribir que la confesión a el acusado era superior a cualquier otro medio; que los documentos tenían mayor valor que los testimonios y que entre estos debían preferirse el del mas alto numero de personas que hayan depuesto sobre determinado hecho; es del hombre al de la mujer; el del noble al de plebeyo; el del eclesiástico al del que no ostentaba este carácter, etc. Estimado como prueba por excelencia a la confesión, se la trataba de obtener de cualquier manera, recurriendo aún al bárbaro empleo del tormento".[14]

Era tan la casuística la reglamentación legal que la teoría en estudio se alego a subdividir en teoría legal positiva y teoría legal negativa. Por la primera, cumplidos ciertos presupuestos previstos por la ley, un hecho debía ser tenido como probado aun cuando el juez no hubiera alcanzado el indispensable grado de certeza para asumir una decisión. Para la segunda, la ley prohibía al juez tener como verdadero un hecho si no se verificaba un mínimo de elementos o circunstancias que la misma ley precisaba, así el juez estuviera convencido de la suficiencia de una prueba.

Hacia la primera mitad del siglo XIX ya la teoría legal de la prueba había llegado a su pleno descrédito y fue rechazada por la Ciencia del Derecho y por

[14] LLORE MOSQUERA.- Víctor.- Derecho Procesal Penal Ecuatoriano.-Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana.- Tomo I.- 3era Edición.- Ecuador 1979.- Pág. 138.

la práctica judicial. En 1790 la Asamblea Constituyente de Francia, continuado la labor de humanización de la prueba que fue uno de los postulados de la Gran Revolución, dispuso que las decisiones judiciales se deberían basar en, la convicción intima de los jueces y fue redactado el Art. 342 del Código de Instrucción Criminal en la siguiente forma cuyo espíritu hasta ahora perdura en algunas legislaciones: "La ley no pide cuentas a los jurados de los medios por los cuales han llegado a formar su convicción, no les prescribe ninguna clase de reglas de las que deban hacerse depender especialmente la plenitud y suficiencia de una prueba; solo les exhorta a preguntarse así mismos, en el silencio y recogimiento, y buscar en la sinceridad de su conciencia, que impresión han producido en su razón las pruebas aportadas contra el acusado y sus medios de defensa".

"Teorías de la libre convicción. Desde entonces la decisión a base del intimo convencimiento de los jueces, según su recto, honrado y sincere criterios sin norma fija alguna, sustituyo a la valoración reglada. Al decir del doctor Eduardo J. Couture, dentro de este método el juez adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos y aun contra la prueba de autos. Casi, podría decirse, una dictadura judicial inconveniente y peligrosa".[15]

Contra la libertad absoluta de valoración de la prueba han manifestado su oposición sobresaliente maestros como Eugenio Florián que estima que es imposible no admitir la intervención de la ley en la disciplina de la prueba dado el importantísimo interés publico que preside aquella intervención, dejando solo en manos del juez toda reglamentación de las mismas. "Lo esencial dice es que en el proceso actúe un sistema o reglamento de prueba por el que pueda triunfar la verdad material, pero en el cual se eviten también los arbitrios, están tutelados los derechos de los sujetos procesales y reciba eficaz reconocimiento

[15] LLORE MOSQUERA.- Víctor.- Derecho Procesal Penal Ecuatoriano.-Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana.- Tomo I.- 3era Edición.- Ecuador 1979.- Pág. 139.

la probidad del contradictorio cuanto mayormente este reconocido la libertad del convencimiento, tanto mas necesaria es aquella intervención".[16]

En verdad, la teoría de la libre convicción no va hacia la absoluta ilimitación de la prueba considerada en sus diferentes aspectos y conceptos. Hay que convenir con el ilustre profesor de la Universidad de Turín que es necesario limitar, reglamentar debidamente el objeto, las medios y las formalidades de la prueba. Pero la valoración de la misma debe ser más expeditiva y sujeta a criterios flexibles.

Esta limitado el objeto de la prueba cuando se prohíbe volver a justificar algo ya resuelto y pasado en autoridad de cosa juzgada, principio que se enuncia con la máxima "no bis in ídem". Este limitado del objeto de la prueba cuando se prescribe respeto total para la decisión ejecutoriada sobre cuestiones prejudiciales.

Esta igualmente limitados los medios de prueba cuando la ley los ha señalado taxativamente sin perjuicio, eso si, de que en forma excepcional y en caso da ser necesario por la urgencia y descubrir la verdad real, pueda recurrirse a medios no pre-ordenados, bajo el estricto cumplimiento de los presupuestos antes señalados para el supuesto de tenerse que emplear tales medios.

Pero reglar al detalle la valoración de la prueba, como acontecía en el sistema o teoría legal, es decir normar el convencimiento, el criterio mismo del juez, ello si es inconveniente, peligroso y difícil, por decir imposible. Y por esta inconveniencia es que la teoría legal cayó definitivamente como cayó de igual manera la de la libre convicción por otra clase de inconveniencia: la absoluta falta de normación técnica. Cayeron las dos teorías para dar paso a un tercer sistema ecléctico y racional.

---

[16] LLORE MOSQUERA.- Víctor.- Derecho Procesal Penal Ecuatoriano.-Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana.- Tomo I.- 3era Edición.- Ecuador 1979.- Pág. 140

"Teorías de la apreciación por las reglas de la sana crítica. Para, atemperar los extremos de los dos sistemas anteriores surgió esta teoría en el que no hay ni reglas fijas e inmutables que obstaculizan todo discrimen en la conciencia del juez, ni libertad absoluta e ilimitada. Es el método más eficaz, como que esta fundado en el razonamiento de acuerdo con las reglas de la lógica y los principios de la ciencia, la moral y la experiencia."[17]

"En el sistema de las pruebas legales, enseña el doctor Couture en su hermoso libro Fundamentos del Derecho Procesal Civil", el legislador le dice al juez tú fallas como yo te lo digo. En el sistema de la libre convicción le dice tú fallas como tu conciencia te lo diga, con la prueba de autos, sin la prueba de autos y aun contra la prueba de autos. Pero en la sana crítica, luego de haberle dado facultades para completar el material probatorio suministrado por las partes, le dice: tú fallas como tu inteligencia te lo indique, razonando la prueba de acuerdo con su experiencia de la vida y con la ciencia que puedan darte los peritos. La superioridad de un método de esta índole sobre los restantes, es indudable".

¿Y qué es la sana crítica?: la aplicación de las reglas de la Teoría del Conocimiento o Criteriología a la valoración de los hechos. El criterio de verdad le da sentido común o sidérisis, el de evidencia, el de contradicción, el de experiencia, el de autoridad, etc., servirán siempre de eficiente ayuda para inquirir y encontrar la verdad.

[17] LLORE MOSQUERA.- Víctor.- Derecho Procesal Penal Ecuatoriano.-Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana.- Tomo I.- 3era Edición.- Ecuador 1979.- Pág. 141.

CAPITULO III

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

3. Principios fundamentales

La Constitución de la República del Ecuador, con mucha claridad establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, no existe justicia, si se lincha al sospechoso o se lo azota y ortiga al procesado; sin un proceso previo regulado por normas legítimamente aprobadas; adicionalmente del mismo mandato constitucional se desprende que, la aplicación racional de la justicia no solo exige un proceso, sino que al interior de éste se harán efectivas las garantías del debido proceso y además se deben observar los principios de: inmediación, celeridad y eficiencia. Complementa el mandato supremo al disponer que en la sustanciación de los procesos se deben incluir la presentación y contradicción de las pruebas con el sistema oral, cumpliendo los principios: dispositivo, de concentración e inmediación.

La explicación detallada anteriormente en la que se mencionan los principios rectores del procesamiento en el Ecuador, sería suficiente para puntualizar las radicales diferencias con la prueba aplicada en el sistema inquisitivo, pues en éste la mediación solo era una fase para la norma porque en la práctica se recogían pruebas a la distancia y a través de los auxiliares de juzgados o se permitían que el perito remita el informe con el mismo interesado; con el nuevo sistema la eficacia de la inmediación no puede ser soslayada por los operadores de la justicia, no hay prueba válida sin notificación o la otra parte para que ejerza el derecho de contradicción, no deberá existir prueba de oficio, puesto que esta actitud propia del sistema procesal pasado violenta el principio dispositivo, en fin, para introducirme al tema es conveniente destacar lo que hemos dicho, que no hay juicio sin proceso previo, que no hay prueba fuera del proceso, y no hay prueba que se consiga violando los principios constitucionales.

El Código de Procedimiento Penal, garantiza los siguientes principios:

El principio de inmediación, al señalar en su Art. 253: "el juicio debe realizarse con la presencia ininterrumpida de los jueces y de los sujetos procesales".

El principio de publicidad, contenido en el Art. 255, que dice que la audiencia del Tribunal de Garantías Penales será pública, con ciertas excepciones establecidas en el referido artículo.

El principio de oralidad, previsto en el Art. 258, que dice: "El juicio es oral; bajo esta forma deben declarar las partes, los testigos y los peritos. Las exposiciones y alegatos de los abogados, serán igualmente orales. Las resoluciones interlocutorias deben pronunciarse, pero debe dejarse constancia de ellas en el acta del juicio".

Principios estos, que son necesarios para garantizar el sistema procesal oral

3.1.1. La legalidad de la prueba

El Art. 83, del Código de Procedimiento Penal, dice: "Legalidad de la prueba.- La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito."

Hablar de la legalidad de la prueba es hablar del respeto a los Derechos Humanos en la administración de justicia; pero sobre todo en materia penal, que como sabemos se refiere aquellos derechos fundamentales que le son

reconocidos a cualquier persona, que por una u otra razón, justa o injustamente entre en contacto con la rama penal. Hay que recordar que el Derecho Procesal Penal hoy en día, es básicamente garantista, o sea es el derecho constitucional reformulado, en tanto reglamenta los principios y garantías constitucionales reconocidos por la Carta Fundamental.

El Ecuador ha ingresado a la política de respeto por el Derecho Penal Humanitario, al actuar dentro de los márgenes que establece el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, respetando en todo momento la dignidad, derechos y garantías judiciales de los ciudadanos.

Los actos de los funcionarios judiciales en particular deben ceñirse a los mandatos constitucionales y a la normativa procedimental vigente.

La transparencia del medio de prueba que se practique dentro del proceso penal es tema tratado en los Tratados Internacionales y Convenios aprobados por el país; de la protección de los derechos fundamentales en las prácticas de las pruebas depende la obtención de la justicia en nuestro país.

El principio de legalidad es la piedra angular sobre la que se ha levantado la doctrina penal moderna, pues un derecho procesal que se desatendiere de la protección de garantías sobre Derechos Humanos en cabeza del procesado, sería un instrumento legal deshumanizado, mas propio para ser aplicado por la arbitrariedad y la injusticia que por jueces de sensible condición humana y ponderadas cualidades jurídicas.

Hoy tenemos a una Constitución protectora de derechos y a un Código de Procedimiento Penal garantista de los Derechos Humanos, falta educar a nuestros jueces para que sepan amparar y salvaguardar esos derechos humanos, así la administración de justicia aumentaría su valor a cada instante pues sólo así se mide la cultura de un pueblo.

3.1.2. La Pertinencia y congruencia de la prueba

Por la disposición que trae el Código de Procedimiento Civil, Ley Supletoria del Código de Procedimiento Penal, las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos a juicio, porque el objeto de la prueba debe relacionarse directa o indirectamente con el ilícito que se investiga.

Además de ello, es necesario respetar los mecanismos legales de la limitación de la prueba. No es pertinente probar con declaraciones testimoniales el evento material dejado por el acto delictivo, salvo el caso de que las señales, las huellas o los vestigios del ilícito, hubieran desaparecido por cualquier causa, en cuya circunstancia, de acuerdo a la norma respectiva del Código de Procedimiento Penal, probada la desaparición, se admite prueba supletoria de carácter testimonial. De la misma manera, el Código Civil, estipula que no es pertinente probar con declaraciones de testigos una obligación que haya debido estipularse por escrito.

Así lo establece nuestro Código Procesal Penal, en su Art. 286.5; "Los documentos que pretendan ser incorporados como prueba instrumental serán leídos en el juicio en su parte relevante, que esté directa e inmediatamente relacionada con el objeto del juicio, previa acreditación por quien lo presenta y que deberá dar cuenta de su origen.

Los objetos que pretendan ser incorporados como prueba, podrán ser exhibidos en el juicio, si igualmente están relacionados con la materia del juzgamiento, y previa acreditación de acuerdo con el inciso precedente.

Los videos, grabaciones u otros medios análogos serán incorporados, previa acreditación, mediante su reproducción por cualquier medio que garantice su fidelidad y autenticidad."

3.1.3. La Concentración

Este principio se encuentra consagrado en el numeral seis del Art. 168 de la Constitución, y el Dr. Zavala Baquerizo, señala que, éste principio se hace presente en el proceso penal, en la concentración de la prueba en etapas, según la finalidad de éstas. Según este principio constitucional, se debe propender a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.

Como podemos ver, este principio de contradicción, está vigente en nuestra legislación ecuatoriana, especialmente en materia penal y laboral, pero no se implementa en su totalidad, pues hay cuerpos jurídicos, como el Código de Procedimiento Civil, que no contiene normas legales que permitan su aplicación.

Este principio de concentración guarda relación con el principio de celeridad, que trata que la administración de justicia sea rápida, y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decido, por lo que el juez está obligado a proseguir el trámite dentro de los términos legales sin esperar petición de parte, salvo los casos que la ley disponga lo contrario.

3.1.4. La Contradicción

La contradicción, en cambio, es una garantía que, se encuentra recogida, explícitamente en el numeral 6 del Art. 168 de la Constitución y en normas jurídicas tales como los Arts. 82, literal f) de la Convención Americana y 14.3, literal e) del Pacto. En esta garantía importa la posibilidad de las partes, en este caso del acusado, de controvertir toda la información ya sea que emane de la prueba o de la argumentación que presente la contraparte en el juicio. De esta

forma, la contradicción busca que el acusado tenga la posibilidad efectiva de manifestar su punto de vista e intervenir en la formación de convicción por parte del tribunal. En este sentido, la contradictoriedad es una manifestación del derecho a la defensa en el juicio.

Como podemos ver, este principio de contradicción, está previsto tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en los tratados y convenios internacionales, y garantiza el derecho a la legítima defensa.

3.1.5. Dispositivo

Este principio consiste en que todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada, de ahí que las juezas y jueces deben resolver de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. Excepto, en procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, el órgano judicial puede pronunciarse sobre tales cuestiones.
Llamase principio dispositivo aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez. La vigencia de este principio se manifiesta en los siguientes aspectos: iniciativa, disponibilidad del derecho material, impulso procesal, delimitación del tema de decisión, aportación de los hechos y aportación de la prueba.

- Iniciativa. El proceso civil sólo puede iniciarse a instancia de parte, más no de oficio.

- Disponibilidad del derecho material

Una vez iniciado el proceso, el órgano judicial se halla vinculado por las declaraciones de voluntad de las partes relativas a la suerte de aquél o tendientes a la modificación o extinción de la relación de derecho material en la cual se fundó la pretensión.

- Impulso Procesal.

Consiste en la actividad que es menester cumplir para que, una vez puesto en marcha el proceso mediante la interposición de la demanda, aquel pueda superar los distintos períodos que se compone y que lo conducen hasta la decisión final.

- Delimitación del pedido

El principio dispositivo impone que sean las partes exclusivamente, quienes determinen el tema de decisión. Debiendo el juez, por lo tanto, limitar su pronunciamiento a lo que ha sido pedido por aquellas en los actos de constitución del proceso.

- Delimitación de los hechos

Como consecuencia del principio dispositivo, la aportación de los hechos en que las partes fundan sus pretensiones y defensa constituye una actividad que les es privativa, estando vedada al juez la posibilidad de verificar la existencia de hechos no afirmados por ninguno de los litigantes.

- Aportación de pruebas

No obstante que la estricta vigencia del principio dispositivo exigirá que la posibilidad de aportar la prueba necesaria para acreditar los hechos controvertidos se confiase exclusivamente a las partes, aun las leyes

procesales más firmemente adheridas a ese principio admiten, en forma concurrente con dicha carga, aunque subordinada a ella, la facultad de los jueces para complementar o integrar, de oficio, el material probatorio del proceso.

3.1.6. La Inmediación

La inmediación consiste en que quien valora la prueba ha de ser el mismo que presenció su práctica, de modo que no se limita a apreciar el alcance probatorio de cada uno de los elementos aportados al proceso, porque directa y personalmente se entera no sólo del contenido de las pruebas, sino también de sus fuentes (testigos, peritos, documentos, etc.) y de la manera como son evacuadas.

En el sistema acusatorio, de acuerdo a la inmediación, no se dicta sentencia con apoyo de lo consignado en actas, sino como fundamento en las pruebas cuya práctica ha percibido. Este principio se conecta con los siguientes:

Controversia de la prueba.- El carácter de preparatorio de la prueba facilita la efectividad del derecho de controversia, que tradicionalmente se ha entendido como la facultad que tienen los sujetos procesales de interrogar y contra interrogar pero que, hoy por hoy, es necesario entender de manera amplia, haciendo hincapié en que la contradicción va mucho más allá de la réplica, pues se concreta también en la facultad que tienen los sujetos de conocer la fuente misma de la prueba (que no solamente ha de controvertirse el medio probatorio sino su origen) y de las valoraciones que de la misma hagan los sujetos procesales y funcionarios judiciales.

La defensa.- El derecho a la defensa también desarrolla el principio de la inmediación. Hablar de contradicción es referirse a la defensa misma, porque

los dos derechos están indisolublemente ligados, pues no es posible la defensa de un proceso sin controvertir la prueba o la tesis de los demás o las decisiones de los funcionarios.

La Publicidad.- La inmediación también contribuye a que se dé la publicidad del juicio, característica general del mismo sistema acusatorio, pues no cabe la idea del juicio secreto o reservado. Esta posee doble fusión: por un lado, la de permitir que los sujetos procesales conozcan la manera como se desarrolla el juicio, cómo se practican la pruebas y se llevan a cabo las distintas intervenciones de los sujetos procesales; por otro lado, implica que la sociedad se entere de la forma de administrar justicia.

La Oralidad.- El proceso público y las intervenciones de los sujetos procesales son eminentemente de forma verbal, a diferencia del inquisitivo que era escrito por excelencia.

La Celeridad.- Asimismo, se cumple este principio porque el proceso debe ser rápido, evitando las prolongaciones innecesarias, así como las cuestiones que no tengan ninguna relación con la materia del debate público.
El principio de la permanencia de la prueba.- Se ha señalado que en el sistema acusatorio, la prueba practicada por el instructor es preparatoria, porque sirve para que el juez cite a la celebración del juicio, en el cual debe repetirse la prueba, en su integridad, ante el jurado, a fin de que opere el principio de inmediación.

3.1.7. La Oralidad

La idea de que el juicio oral constituye un derecho central del debido proceso, surge del análisis de los tratados internacionales sobre los derechos humanos, en materia de garantías procesales. De ese modo, el primer aspecto, regulado

por las normas internacionales en materia de garantías básicas del debido proceso, se refiere a la idea del derecho a "SER OÍDO POR UN TRIBUNAL". Así, esta idea, está expresamente mencionada en el Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; tratados que fueron suscritos y ratificados por el Ecuador.- Esta misma garantía fue contemplada en el Art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, donde se señala expresamente que el propósito del derecho a ser oído, debe ser visto como la noción genérica de salvaguardia del resto de garantías específicas enumeradas en el mismo artículo 6 del citado cuerpo legal. En consecuencia, una idea central respecto a la regulación de los derechos humanos en el ámbito procesal está constituida por la idea de juicio. El juicio es considerado, por los estándares internacionales de derechos humanos, como un marco de protección general para todas las garantías del procedimiento. Sin juicio es difícil concebir la existencia de un proceso penal capaz de respetar los derechos individuales. Por ejemplo, un sistema de justicia puede ser muy protector de los derechos de la defensa durante la etapa preliminar en un proceso, pero si ese defensor no tiene luego la posibilidad de discutir sus argumentos, presentar sus pruebas y contradecir la evidencia presentada por el Fiscal en el juicio, todas las salvaguardas de la etapa preliminar del proceso carecen de sentido.

Como ya señalamos, el núcleo central del derecho a ser oído está constituido por la noción de que cada acusado tiene derecho a ser juzgado en un juicio oral.

La oralidad, consiste en una metodología de producción y comunicación de la información entre las partes, también entre las partes y el tribunal, esta metodología tiene su sustento en el uso de la palabra, en contraposición al uso de la escritura. La oralidad no es una característica que aparezca explícitamente mencionada en los tratados internacionales, pero sí constituye una derivación directa de los mismos. Tanto los organismos encargados de la

aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, como la doctrina procesal, entendieron que la oralidad constituye el único mecanismo idóneo para asegurar la inmediatez y la publicidad en el proceso. En la medida en que las pruebas y argumentos de las partes, no se presenten en forma oral y directa frente a los jueces que van a decidir el asunto, se corre el riesgo de la delegación de funciones y que el proceso se transforme en el intercambio de papeles entre las partes y el tribunal, al cual ni el acusado ni el público tendrían acceso.

3.1.8. La Igualdad

El Derecho Constitucional Ecuatoriano, por lo menos en forma teórica, declara que todas las personas son iguales ante la ley y prohíbe toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, filiación, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen social, posición económica o de nacimiento. Por lo mismo, aplicando aquel principio constitucional, podríamos decir que todas las personas tienen el mismo derecho a la actividad probatoria de cargo o de descargo, y más concretamente, que los diferentes sujetos procesales penales se encuentran en igualdad de condiciones para probar la culpabilidad del infractor o la inocencia del procesado. En tal virtud, los jueces no pueden hacer ninguna diferencia en la atención de las actuaciones probatorias solicitadas por las partes, pues el fiscal, el acusador particular, el procesado y los defensores tienen iguales derechos procesales

El legislador a incorporado al Código de Procedimiento Penal, el Art. 14, que señala: "Igualdad de derechos.- Se garantiza al Fiscal, al procesado, a su defensor al acusador particular y sus representantes y las víctimas el ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución de la República y este Código."

En la práctica, las diferentes condiciones económicas de los sujetos procesales enerva el principio constitucional y legal antes mencionado pues solo el que posee dinero puede contratar un abogado, pagar los honorarios de los peritos, cubrir las costas procesales y todos los gastos que deben realizarse con motivo de un proceso penal.

3.1.9. La Investigación integral

El procedimiento ordinario penal, se inicia con una investigación preliminar que tiene como antecedente la denuncia o el conocimiento oficial, en la que se investigan los hechos para poder decidir si se debe promover la acción penal, pues "Antes de resolver la apertura de la instrucción, si lo considera necesario, el fiscal con la colaboración de la policía judicial que actuará bajo su dirección, investigará los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento.", decisión que compete exclusivamente al fiscal sobre la base de los resultados obtenidos, diligenciamiento que se practica con la intervención de la Policía Nacional mediante delegación.

En esta fase se pone en evidencia la facultad autónoma de la Fiscalía, tomando en cuenta que puede disponer el archivo de la denuncia cuando el acto no constituya delito o exista impedimento para el desarrollo del proceso penal, sin que se pueda dejar de anotar que en el caso de la desestimación está severamente limitada al control judicial.

Resulta evidente la existencia de un procedimiento preparatorio, que involucre diligencias relativas al hecho presumiblemente delictuoso así como a la individualización de sus participes, en el que tienen lugar actos iniciales de investigación que no podrán prolongarse por más de un año en los delitos sancionados con pena de prisión, ni por más de dos años en los delitos

sancionados con pena de reclusión. Estos plazos se contarán desde la fecha en la cual el fiscal tuvo conocimiento del hecho.

La fase de investigación formal se inicia con la resolución que da inicio a la instrucción fiscal, la misma que se produce cuando el fiscal considere que existen fundamentos suficientes para imputar a una persona participación en un hecho delictivo. Si como medida cautelar o por tratarse de un delito flagrante se hubiere privado de la libertad a alguna persona, provocando la intervención del juez a efectos de la notificación al procesado, al ofendido y a la oficina de la Defensoría Pública y la decisión sobre las medidas cautelares de considerarlas procedentes.

En esta etapa el procesado adquiere plenamente el derecho a la participación e información de las investigaciones a efectuarse, así como la asistencia letrada de un defensor público o de oficio dentro del desarrollo de los actos de averiguación, y aunque 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, puntualizando que las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzaran el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio.

Con la decisión de abstención o acusación, el proceso pasa a un período intermedio que es dirigido íntegramente por el Juez y en el que tiene trascendencia "la audiencia preliminar" que se tramita en forma oral e inmediata y en la que se decide como previo y especial pronunciamiento las cuestiones formales para luego determinarse la apertura a juicio o el sobreseimiento o rechazo de la acusación.

Pieza esencial del procedimiento inicial es la audiencia oral y el poder de aportación de pruebas por parte de los sujetos procesales para que luego de

un periodo de deliberaciones sobre los debates y actuaciones probatorias el Tribunal se pronuncie por la absolución o condena.

Dentro de esta esfera se presenta por excelencia un proceso contradictorio (posición del acusador y posición de la parte defensora) frente a un juez que dirige la controversia.

Con esta caracterización se identifica el proceso acusatorio, que consagra como función básica para la procedencia del juicio la existencia de acusación, como fundamento material, pues no hay fundamento sin acusación que no es más que una formulación de acusación que entrega el monopolio de la investigación al Fiscal, quien está obligado a calificar los resultados de la instrucción fiscal.

Para calificar el mérito de la instrucción fiscal, no es necesario que se haya agotado la investigación de los hechos, pues debe entenderse que la etapa de investigación es una fase meramente preparatoria del juzgamiento y que el debate central se produce en la audiencia pública por lo que, en dicha diligencia el fiscal puede alegar otros elementos de prueba e introducir modificaciones a la resolución de acusación.

La sentencia condenatoria requiere de la certeza del hecho punible y la responsabilidad del acusado.

El hecho punible lo define la Ley en cuanto dice, que corresponde a una conducta típica, antijurídica y culpable, La certeza de ese hecho, está obligado a demostrar el Estado a través del funcionario respectivo. Así como se debe presentar la certeza de la responsabilidad que le asiste al acusado. La prueba es la que conduce a aquella sentencia de carácter condenatorio.

C A P I T U L O III

A N Á L I S I S E I N T E R P R E T A C I Ó N D E R E S U L T A D O S

En este capítulo doy a conocer los resultados obtenidos mediante la aplicación de la técnica de investigación de campo, la encuesta, instrumento que fue utilizado para recabar información confiable de ocho jueces penales, dos fiscales y veinte abogados en libre ejercicio profesional y que fue diseñado en base al problema planteado, los objetivos y la hipótesis constantes en el proyecto de investigación, cuyos resultados demuestran que el actual Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, se refiere a la prueba en cuatro capítulos, y como principios fundamentales, establece en su capítulo primero, varias disposiciones legales que deben ser observadas para la eficacia probatoria; y, en sus capítulos segundo, tercero y cuarto se refiere a cada una de las clases de pruebas; esto es, la prueba material, testimonial y documental; pero no hace una distinción de los momentos que deben ser considerados como el camino a seguir para la judicialización de la prueba.

Es decir desde mi punto de vista estaré demostrando que es necesario contar con un Manual de Judicialización de la Prueba para la presentación y admisión de evidencias como prueba en la etapa del juicio, que permita el cumplimiento de la ley, y el respecto de las tutelas jurídicas.

P R E G U N T A 1

¿ L a j u d i c i a l i z a c i ó n d e l a p r u e b a , ú n i c a y e x c l u s i v a m e n t e d e b e r e a l i z a r s e e n l a e t a p a d e l j u i c i o o r a l y a n t e e l T r i b u n a l d e G a r a n t í a s P e n a l e s c o m p e t e n t e ?

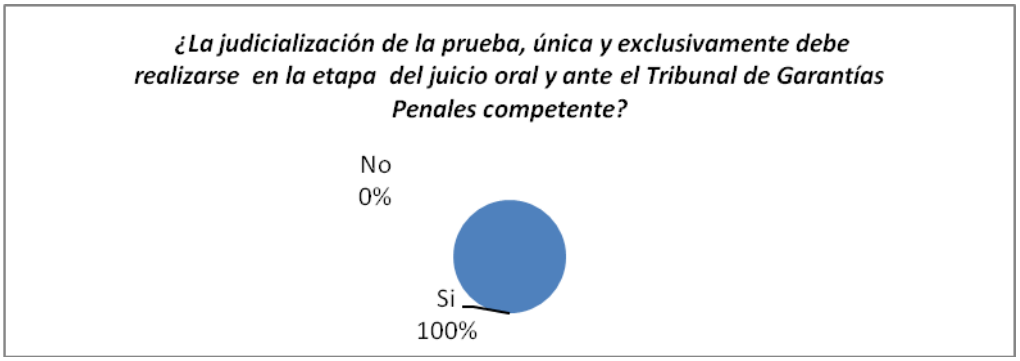
C U A D R O 1

V A R I A B L E	F R E C U E N C I A	%
S I	3 0	1 0 0 %
N O	0	0 %
T O T A L	3 0	1 0 0 %

A u t o r a : S r a . N e r c y E l i z a b e t h B a r r a g á n G a i b o r

F u e n t e : E n c u e s t a a p l i c a d a 2 0 1 1 - 2 0 - 0 1 .

G R A F I C O N o . 1



E l 1 0 0 . 0 0 % d e l o s e n c u e s t a d o s , q u e c o r r e s p o n d e n a t r e i n t a a b o g a d o s , o p i n a n q u e s í , p o r q u e d e b e p r e s e n t a r s e y a c t u a r s e e n l a a u d i e n c i a o r a l d e p r u e b a y j u z g a m i e n t o a n t e e l t r i b u n a l d e g a r a n t í a s p e n a l e s , q u i e n d e b e n v a l o r a r l a p r u e b a b a j o l a s r e g l a s d e l a s a n a c r í t i c a . E s t o y d e a c u e r d o c o n l a o p i n i ó n r e c a b a d a , p o r c u a n t o a s í l o e s t a b l e c e n e l A r t . 7 9 y 2 8 6 . 1 d e l C ó d i g o d e P r o c e d i m i e n t o P e n a l , s a l v o e l c a s o d e p r u e b a s t e s t i m o n i a l e s u r g e n t e s , q u e s o n p r a c t i c a d a s p o r l a s j u e z a s o j u e c e s d e g a r a n t í a s p e n a l e s .

PREGUNTA 2

¿La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio ante el Tribunal de Garantías Penales competente?

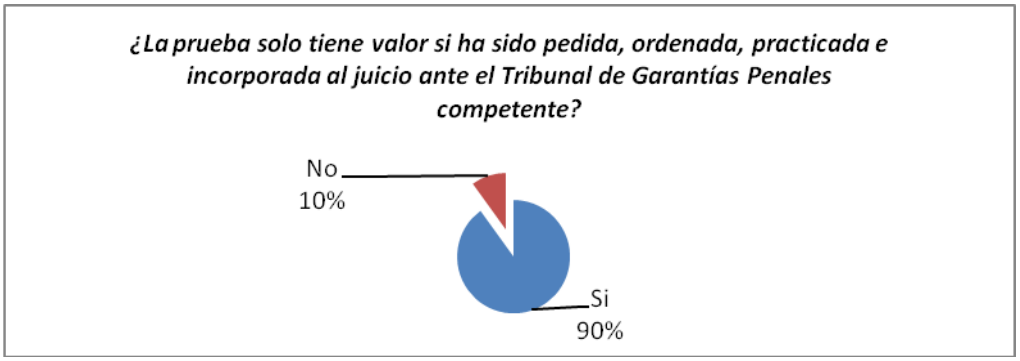
CUADRO 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	27	90 %
NO	3	10 %
TOTAL	30	100.%

Autora: Sra. Nercy Elizabeth Barragán Gaibor

Fuente: Encuesta aplicada 2011-20-01.

GRAFICO No. 2



El 90% de los encuestados, que corresponden a veinte y siete, opinan que sí, porque en esos términos procede la legalidad de la prueba; y, el 10% dicen que no, porque, no se puede dejar en indefensión y por cuanto se ha practicado ante el fiscal. Comparto con el criterio afirmativo de los abogados encuestados, en virtud de la legalidad de la prueba establecida en los Arts. 83, 119 y 267 del Código de Procedimiento Penal, que guardan concordancia con el numeral 4 del Art. 76 y numeral 6 del Art. 168 de la Constitución de la República del Ecuador, que garantiza del debido proceso, el sistema oral y el derecho a la legítima defensa.

PREGUNTA 3

¿Si las partes procesales no solicitan ni presentan medios de prueba dentro de la etapa del juicio, el acusado, necesariamente debe ser absuelto?

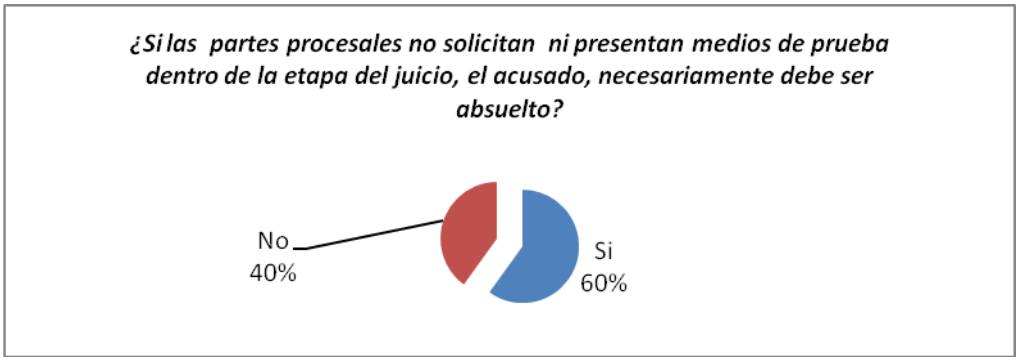
CUADRO TRES

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	18	60%
NO	12	40%
TOTAL	30	100%

Autora: Sra. Nercy Elizabeth Barragán Gaibor

Fuente: Encuesta aplicada 2011-20-01

GRAFICO No. 3



El 60% de los encuestados, que corresponden a dieciocho abogados, opinan que sí se debe absolver, porque al no practicarse prueba alguna en la audiencia de juzgamiento, no se cuenta con los elementos probatorios para la comprobación del delito, ni la responsabilidad del mismo; mientras que el 40%, que corresponden a doce abogados encuestados, dicen que no, porque, existe prueba practicada en la instrucción fiscal.- Estoy de acuerdo con el criterio de la mayoría, por cuanto las investigaciones y las pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzan el valor de prueba una vez que han sido presentadas y valoradas en la etapa del juicio, (Art. 79 CPP.).

PREGUNTA 4

¿Para que la prueba sea válida, es necesario actuar conforme lo ordenan las normas jurídicas?

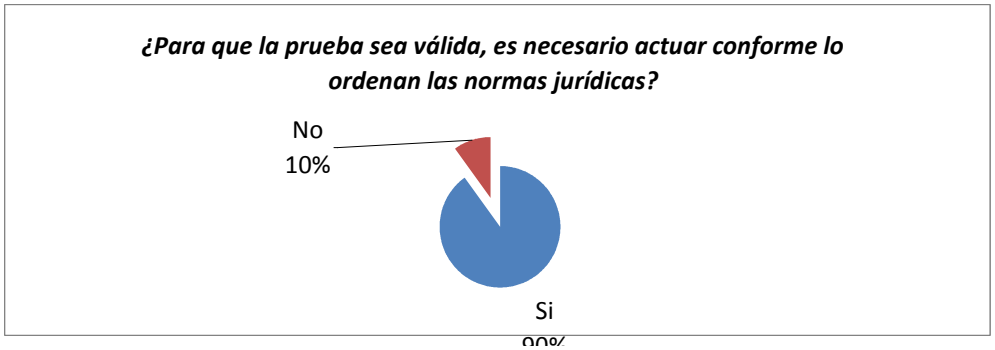
CUADRO 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	27	90%
NO	3	10%
TOTAL	30	100%

Autora: Sra. Nercy Elizabeth Barragán Gaibor

Fuente: Encuesta aplicada 2011-20-01

GRAFICO No. 4



El 90% de los encuestados, que corresponden a veinte y siete abogados, opinan que sí, porque sólo la prueba legalmente actuada hace fe en el juicio, y la prueba obtenida o actuadas con violación a la norma constitucional o legal no tienen validez y carecen de eficacia probatoria; mientras, que el 10% que corresponde a tres abogados, contestan que no, porque, se puede valorar la misma siguiendo preceptos jurídicos lógicos y axiológicos.- Estoy de acuerdo con la opinión de la mayoría, en virtud, que sólo la prueba obtenida o actuada conforme lo prevé la Constitución o la ley es válida, así lo establece el numeral 4 del 76 de la Norma Suprema del Estado.

PREGUNTA 5

¿Existen tutelas jurídicas para determinar si las pruebas procesales son válidas o no?

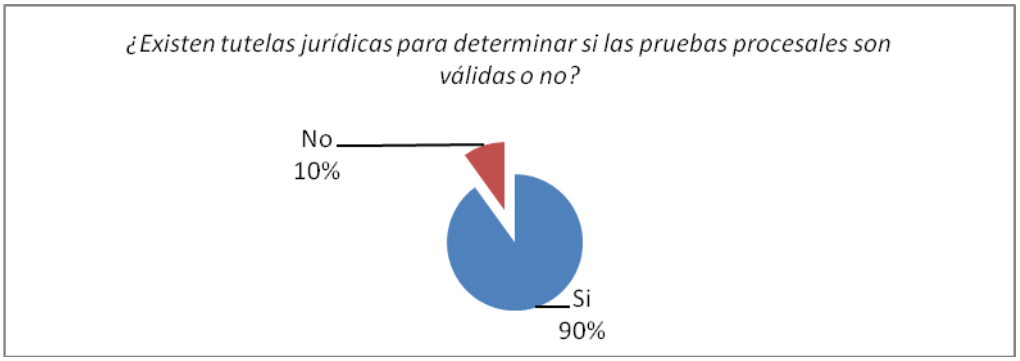
CUADRO 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	27	90%
NO	3	10%
TOTAL	30	100%

Autora: Sra. Nercy Elizabeth Barragán Gaibor

Fuente: Encuesta aplicada 2011-20-01

GRAFICO No. 5



El 90% de los encuestados, que corresponden a veintisiete abogados, opinan que sí, porque toda prueba debe ser apreciada conforme las reglas de la sana crítica, y no se puede suspender o denegar justicia por oscuridad o falta de ley. No pueden ser obtenidas vulnerando garantías; mientras que el 10% que corresponden a tres abogados encuestados, dicen que no, porque nuestra legislación no provee. Comparto con el criterio de la mayoría, por cuanto tanto la Constitución, el Código de Procedimiento Penal, y el Código Orgánico de la Función Judicial, establecen tutelas procesales y jurisdiccionales que garantiza la valoración de la prueba mediante las reglas de la sana crítica, (Arts. 76 y 77 de la CRE., Arts. 80, 83, y 86 CPP., Arts. 23, 25, y 26 del COFJ.).

PREGUNTA 6

¿La prueba ilícita debe ser admitida y valorada en la etapa del juicio?

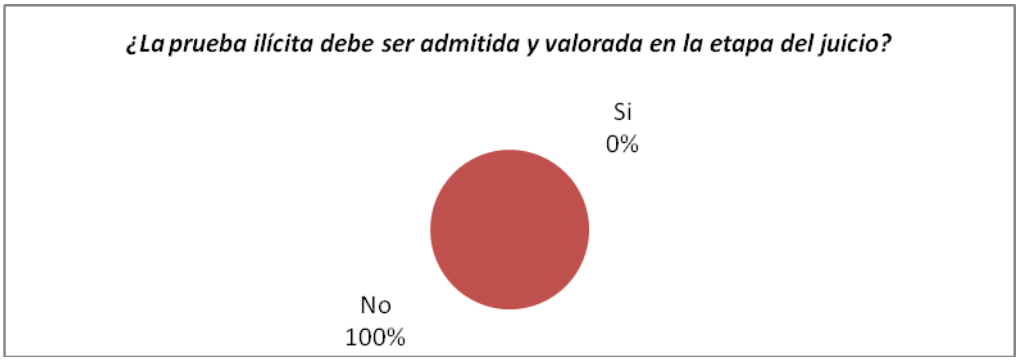
CUADRO 6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	0	10%
NO	30	90%
TOTAL	30	100%

Autora: Sra. Nercy Elizabeth Barragán Gaibor

Fuente: Encuesta aplicada 2011-20-01

GRAFICO No. 6



El 100% de los encuestados, que corresponden a treinta abogados, opinan que la prueba ilícita no debe ser admitida ni valorada en la etapa del juicio, porque vulnera garantías constitucionales, el principio de legalidad. Comparto con el criterio emitido, sin embargo el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, señala que TODA la prueba debe ser apreciada por el juez o tribunal conforme las reglas de la sana crítica, y el Art. 83 de la citada ley, se limita a señalar que la prueba tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio; y, únicamente no puede utilizarse información obtenida mediante torturas, maltratos, amenazas, engaños entre otros que menoscabe la voluntad, o aquella que induzca a cometer el delito.

PREGUNTA 7

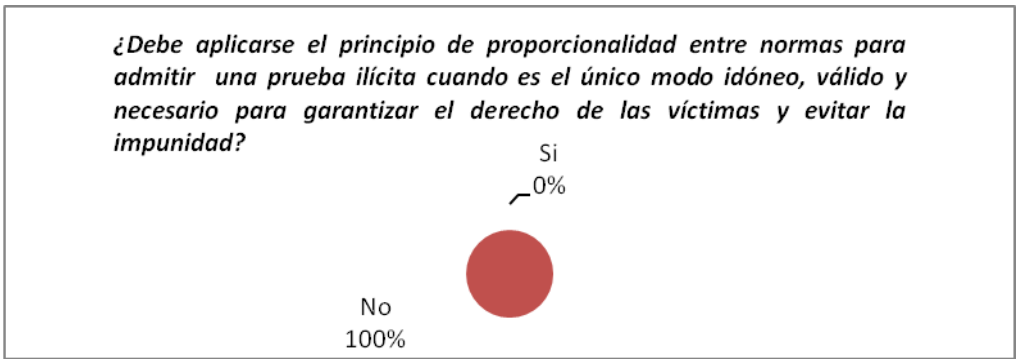
¿Debe aplicarse el principio de proporcionalidad para admitir una prueba ilícita cuando es el único modo idóneo, válido y necesario para garantizar el derecho de las víctimas y evitar la impunidad?

CUADRO 7

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	0	0%
NO	30	100%
TOTAL	30	100%

Autora: Sra. Nercy Elizabeth Barragán Gaibor
Fuente: Encuesta aplicada 2011-20-01.

GRAFICO No. 7



El 100% de los encuestados, que corresponden a treinta abogados, opinan que no se debe aplicar el principio de proporcionalidad para admitir una prueba ilícita, porque no se trata de proteger a ningún sujeto procesal, sino garantizar el derecho a la seguridad jurídica. Estoy de acuerdo con la opinión recabada, por cuanto el método o principio de proporcionalidad se aplica cuando existen contradicciones entre principios o normas, y no es posible resolverlas a través de solución de antinomias. (Art. 3, numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional.)

PREGUNTA 8

¿Debe la ley establecer los pasos jurídicos que se deben aplicar sistemáticamente para la judicialización de la prueba?

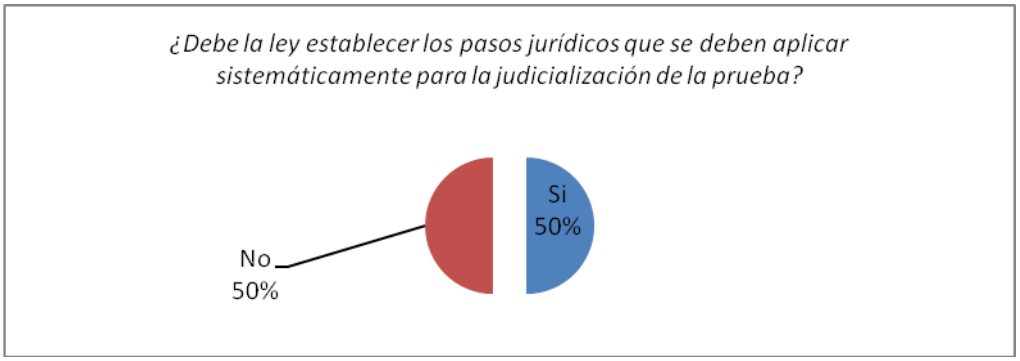
CUADRO 8

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	15	50%
NO	15	50%
TOTAL	30	100%

Autora: Sra. Nercy Elizabeth Barragán Gaibor

Fuente: Encuesta aplicada 2011-20-01.

GRAFICO No. 8



El 50% de los encuestados, que corresponden a quince abogados, opinan que sí debe establecer porque serviría de guía práctica para la obtención, análisis pericial, presentación y valoración de la misma; mientras que el otro 50% de los encuestados que corresponden a quince abogados, dicen que no, porque el Código de Procedimiento Penal contiene las disposiciones relacionadas a la prueba y que son de estricto cumplimiento so pena de su invalidez o ineficacia procesal, y en todo caso puede estar contenido en un reglamento, instructivo, o manual, como el establecido para proteger la integridad de indicios y evidencias previsto en el Manual de Cadena de Custodia.

PREGUNTA 9

¿Cree usted, que la inobservancia de las tutelas jurídicas previstas en la Constitución y la ley, causan la ineficacia del acto practicado?

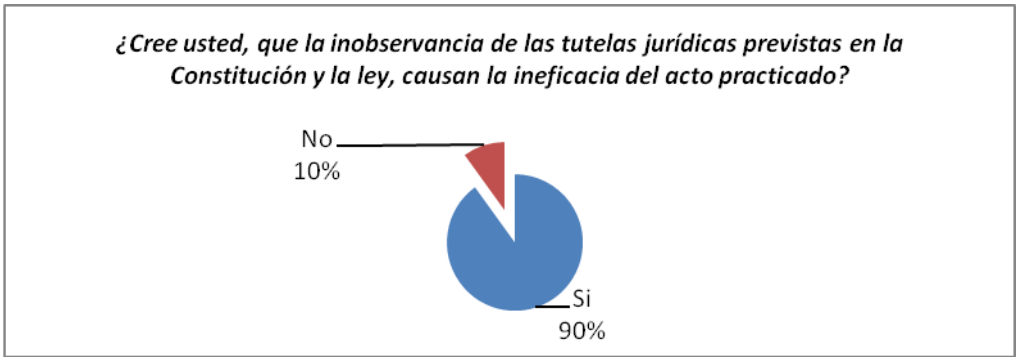
CUADRO 9

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	27	90%
NO	3	10%
TOTAL	30	100%

Autora: Sra. Nercy Elizabeth Barragán Gaibor

Fuente: Encuesta aplicada 2011-20-01.

GRAFICO No. 9



El 90% de los encuestados, que corresponden a veintisiete abogados, opinan que sí causa ineficacia el acto practicado que vulnere garantías constitucionales, porque su normativa jurídica prevista para la obtención de las pruebas son de estricto cumplimiento; y, el 10% de los encuestados que corresponden a tres abogados dicen que no, porque constituye letra muerta que no tienen aplicación. Estoy de acuerdo con la opinión dada por la mayoría de los encuestados, por cuanto la inobservancia o violación de la normas constitucionales y legales en la obtención de la pruebas conlleva a que la prueba no tenga validez alguna y por ende carece de eficacia jurídica.

PREGUNTA 10

¿Es necesario contar con un Manual de Judicialización de la Prueba para la presentación y admisión de evidencias como prueba en la etapa del juicio?

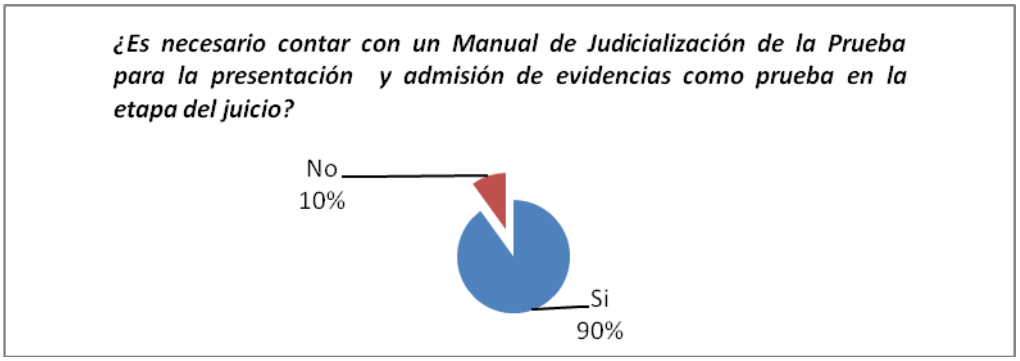
CUADRO 10

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	27	90%
NO	3	10%
TOTAL	30	100%

Autora: Sra. Nercy Elizabeth Barragán Gaibor

Fuente: Encuesta aplicada 2011-20-01.

GRAFICO No. 10



El 100% de los encuestados, que corresponden a veintisiete abogados, opinan que sí se debe contar con un manual de judicialización de la prueba, porque permitiría establecer los pasos a seguir para la admisión de una evidencia como prueba; mientras que el 10% de los abogados encuestados, señalan que no, porque las normas legales existen y sólo debe haber una correcta aplicación de las mismas por el juzgador. Estoy de acuerdo con el criterio emitido por la mayoría de los encuestados, en virtud, de que permitirá el cumplimiento de la ley, y el respecto de las tutelas jurídicas para la judicialización de la prueba en el juicio oral.

C O N C L U S IO N E S

D el trabajo investigativo, se concluye:

- Que, la judicialización de la prueba, única y exclusivamente debe realizarse en la etapa del juicio oral y ante el Tribunal de Garantías Penales competente.

- Que, la prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio ante el Tribunal de Garantías Penales competente.

- Que, la parte acusadora (fiscal y acusador particular), deben presentar los medios de prueba en la etapa del juicio, caso contrario el acusado puede ser absuelto.

- Que, la prueba es válida, únicamente si se actúa conforme lo ordenan las normas jurídicas.

- Que, tanto la Constitución de la República de Ecuador, el Código de Procedimiento Penal, y el Código Orgánico de la Función Judicial, establecen tutelas procesales y jurisdiccionales que garantiza la valoración de la prueba mediante las reglas de la sana crítica, (Arts. 76 y 77 de la CRE., Arts. 80, 83, y 86 CPP., Arts. 23, 25, y 26 del COFJ.).

- Que, el Código Procesal Penal señala que no puede utilizarse información obtenida mediante torturas, maltratos, amenazas, engaños entre otros que menoscabe la voluntad, o aquella que induzca a cometer el delito.

- Que, no es aplicable el principio de proporcionalidad para admitir una prueba ilícita, porque no se trata de proteger a ningún sujeto procesal, sino garantizar el derecho a la seguridad jurídica; además, el método o principio de proporcionalidad se aplica cuando existen contradicciones entre principios o normas, y no es posible resolverlas a través de solución de antinomias.

- Que, la ley procesal penal debe establecer los pasos jurídicos para la judicialización de la prueba, que sirva de guía práctica para la admisión de la evidencia como prueba y valoración de la misma

- Que, la inobservancia o violación de normas constitucionales y legales en la obtención de la pruebas conlleva a que la prueba no tenga validez alguna y por ende carezca de eficacia jurídica.

- Que, es necesario contar con un Manual de Judicialización de la Prueba para la presentación y admisión de evidencias como prueba en la etapa del juicio pues permitirá el cumplimiento de la ley, y el respecto de las tutelas jurídicas.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda a los profesionales del derecho en libre ejercicio, proteger los derechos legales y constitucionales de su cliente, previstos para la judicialización de la prueba, que debe realizarse en la etapa del juicio oral y ante el Tribunal de Garantías Penales competente.

- Se recomienda a los sujetos procesales, tener en cuenta que la prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio ante el Tribunal de Garantías Penales competente.

- Se recomienda a los profesionales del derecho en libre ejercicio, velar para que el fiscal presente los medios de prueba necesarios para establecer la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado en la etapa del juicio, caso contrario se confirmará la inocencia del acusado.

- Se recomienda a los profesionales del derecho en libre ejercicio, demostrar que la prueba es válida, únicamente si se actuado conforme lo ordenan las normas jurídicas.

- Se recomienda a los profesionales del derecho en libre ejercicio, velar para que se cumplan las tutelas procesales y jurisdiccionales que garantizan la valoración de la prueba mediante las reglas de la sana crítica.

- Se recomienda a los profesionales del derecho en libre ejercicio, revisar las evidencias previo al juicio para que el fiscal no pueda utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, amenazas, engaños

entre otros que menoscabe la voluntad, o aquella que induzca a cometer el delito.

- Se recomienda a los administradores de justicia no aplicar el principio de proporcionalidad para admitir una prueba ilícita, porque no se trata de proteger a ningún sujeto procesal, sino garantizar el derecho a la seguridad jurídica.

- Se recomienda a la Asamblea Nacional, revisar el Código de Procedimiento Penal para establecer un procedimiento para la judicialización de la prueba, que sirva de guía práctica para la admisión de la evidencia como prueba y valoración de la misma

- Se recomienda a Policía Judicial y Fiscalía, tener en cuenta que la inobservancia o violación de normas constitucionales y legales en la obtención de la pruebas conlleva a que la prueba no tenga validez alguna y por ende carezca de eficacia jurídica.

- Se recomienda a la Fiscalía contar con un Manual de Judicialización de la Prueba para la presentación y admisión de evidencias como prueba en la etapa del juicio, que permita el cumplimiento de la ley, y el respecto de las tutelas jurídicas.

CAPITULO IV

MARCO PROPOSITIVO

4.1.- TITULO DE LA PROPUESTA:

"Manual de Judicialización de la Prueba Penal"

4.2.- PRESENTACIÓN

Para el desarrollo de mi propuesta utilizaré los resultados de la investigación doctrinaria, jurídica y empírica que han sido debidamente recabados y analizados, llegando a establecer que es necesario contar con un Manual de Judicialización de la Prueba para la presentación y admisión de evidencias como prueba en la etapa del juicio, que permitirá el cumplimiento de la ley, y el respecto de las tutelas jurídicas, para lo cual se debe tener en cuenta que el Código de Procedimiento Penal no establece un procedimiento para la judicialización de la prueba, y que existe un Manual de Cadena de Custodia.

4.3. JUSTIFICACIÓN

La presente propuesta jurídica se justifica académica y jurídicamente en la necesidad de contar con un procedimiento que señale la forma en la que la evidencia se incorpora como prueba en la audiencia de juicio y garantice los derechos y garantías consagrados en la Constitución y en la ley; tornándose indispensable contar con un manual de judicialización de la prueba que permita la correcta administración de justicia en lo que tiene que ver con la admisión y presentación de la evidencia actuada o obtenida en las investigaciones pre-procesales e instrucción fiscal, las mismas que servirán de sustento jurídico para la acusación fiscal y la existencia del delito y de la culpabilidad del

acusado y que se obtiene de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubiesen practicado en la etapa de instrucción fiscal; en tal virtud, acogiendo los resultados de las encuestas aplicadas a los profesionales del derecho y administradores de justicia, se propone la elaboración de un manual de judicialización de la prueba, **que contenga un procedimiento ágil y oportuno para la presentación de la evidencia en el juicio preservando los derechos de los sujetos procesales, dotándole de seguridad jurídica.**

4.4. OBJETIVOS

- Establecer un procedimiento técnico jurídico para presentar evidencia en el juicio penal, que garanticen una valoración justa y apegada a derecho.

- Concretar un Manual de judicialización de la prueba, que establezca algunos pasos para la admisión de la evidencia como prueba.

- Defender mi tesis y socializar mi propuesta jurídica ante los miembros del Tribunal de Grado de la Escuela de Derecho.

4.5. Fundamentación:

Para que la evidencia resulte admisible ante los tribunales, deben respetarse la normativa jurídica que regula la prueba tanto en la Constitución como en el Código de Procedimiento Penal.

Todos conocemos que la Fiscalía dirige, de oficio o a petición de parte la investigación pre-procesal y procesal penal; que de hallar merito acusará a sus presuntos infractores ante el juez competente e impulsará la acusación en la sustentación del juicio penal.

La judicialización de la prueba, única y exclusivamente debe realizarse en la etapa del juicio oral y ante el Tribunal de Garantías Penales competente.

Que, tanto la Constitución de la República de Ecuador, el Código de Procedimiento Penal, y el Código Orgánico de la Función Judicial, establecen tutelas procesales y jurisdiccionales que garantiza la valoración de la prueba mediante las reglas de la sana crítica, (Arts. 76 y 77 de la CRE., Arts. 80, 83, y 86 CPP., Arts. 23, 25, y 26 del COFJ.), pero no establecen los pasos para la admisión de una evidencia como prueba.

Que en todo proceso en el que se determine derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluye como garantía básica, que toda autoridad judicial garantizará el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, disposiciones estas que son consideradas y observadas para el desarrollo de mi propuesta jurídica.

4.6. DESARROLLO DE LA PROPUESTA:

MANUAL DE JUDICIALIZACIÓN DE LA PRUEBA PENAL

INTRODUCCIÓN

El arte de hablar y escribir con claridad se esta enriqueciendo, pues cada vez mas la comunicación se sirve de otros medios, además de la palabra para comunicar mensajes.

La comunicación a través de los medios (TV, revistas, afiches, vallas) es predominantemente no verbal y muchas veces apela a mensajes subliminales para impactar en la atención y en la mente del público.

Hay estudios que demuestran que la mayor parte de lo que aprendemos y memorizamos esta relacionado con la vista, mientras que el oído y los otros sentidos influyen cada vez menos en el aprendizaje.

Estos cambios han sido ignorados en las salas y tribunales de justicia, sobre todo por el predominio que en nuestros sistemas procesales ha tenido la palabra escrita, que ha plagado los procesos con innumerables folios y cuerpos procesales.

En el nuevo sistema procesal penal, dado el hecho de que toda la actividad probatoria se concentra en la etapa del juicio, va a cobrar cada vez mayor importancia la forma en que fiscales y abogados - defensores o acusadores particulares - presenten ante el tribunal los medios de prueba que han recogido.

Generalidades

Se presenta a continuación una descripción de la forma en que la evidencia se incorpora como prueba en la audiencia de juicio en el sistema oral acusatorio.

En una sala de audiencias, igual que en todas partes, una imagen vale más que mil palabras.

En los sistemas comparados se usan para la presentación de evidencias los más variados medios, no solo imágenes sino diagramas, modelos, filmaciones, experimentos, demostraciones, reproducciones, maquetas de edificios, de lugares de accidentes, etc.

En este sentido, una pieza de evidencia física puede ser cualquier cosa que no sea un testimonio, que pueda ser percibida por los sentidos y pueda ser presentada ante el tribunal como medio de prueba.

En los sistemas comparados, una pieza de evidencia se incorpora como prueba a través de un testigo calificador, mediante el cumplimiento de una secuencia de pasos formales. Las piezas de evidencia solo pueden ser admitidas como pruebas una vez que se han cumplido todos esos pasos procedímentales.

Concepto de Manual de Judicialización de la Prueba

Es el conjunto de procedimientos tendientes a garantizar la correcta presentación de la evidencia recabada y actuada en la etapa preprocesal y procesal penal para convertirla en prueba en el juicio ante el Tribunal de Garantías Penales.

Objetivo General

Establecer los pasos para la admisión de la evidencia como prueba en la etapa del juicio, por parte de la Fiscalía y abogados en libre ejercicio, para asegurar la aplicación de las tutelas jurídicas para la judicialización de la prueba.

Objetivos específicos:

1. Orientar al personal de la Fiscalía y abogados en libre ejercicio en la presentación secuencial y ordenada de las evidencias recabadas o actuadas durante todo el proceso investigativo en la etapa del juicio.

2. Normar el procedimiento de admisión de una evidencia como prueba

3. Mejorar el desempeño y confiabilidad de la Fiscalía en cuanto tiene que ver con la presentación de las evidencias de diferente naturaleza.

Responsabilidad

Es responsabilidad de los fiscales y abogados en libre ejercicio ejecutar todas aquellas acciones y procedimientos que permitan llevar una correcta presentación de la evidencia para su judicialización.

Marco Legal

La Constitución de la República de Ecuador, el Código de Procedimiento Penal, y el Código Orgánico de la Función Judicial, establecen tutelas procesales y jurisdiccionales que garantiza la valoración de la prueba mediante las reglas de la sana crítica, en sus Arts. 76 y 77 de la Constitución; arts. 80, 83, y 86 del Código de Procedimiento Penal; y Arts. 23, 25, y 26 del Código Orgánico de la

Función Judicial, pero no establecen los pasos para la admisión de una evidencia como prueba.

Código de Procedimiento Penal

Art. 79.- Regla general.- Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces de garantías penales.

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. 80.- Ineficacia probatoria.- 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.

Art. 83.- Legalidad de la prueba.- La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito.

Art. 84.- Objeto de la prueba.- 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.

Art. 85.- Finalidad de la prueba.- La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado.

Art. 86.- Apreciación de la prueba.- Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo.

Art. 119.- Recepción.- La prueba testimonial se recibirá en la etapa del juicio ante el tribunal de garantías penales.

Los partes informativos, informes periciales, versiones de los testigos y cualquier declaración anterior se podrá usar en el juicio con los únicos objetivos de refrescar la memoria y sacar a relucir contradicciones, siempre bajo prevención de que no sustituya al testimonio; no serán admitidos como prueba.

Como excepción, los jueces de garantías penales pueden recibir y practicar los testimonios urgentes de personas enfermas, personas que van a salir del país, de las víctimas de violencia sexual y de aquellos que demuestren que no pueden concurrir al tribunal de garantías penales en la etapa del juicio.

Estos testimonios surtirán eficacia probatoria en la etapa de juicio. Se practicarán en una diligencia que se llevará a efecto con presencia de la defensa y cumplirá con el mismo procedimiento y respeto a similares garantías y principios que los fijados para el testimonio en el juicio.

Los testimonios que se rindan ante el Tribunal serán grabados y las grabaciones se agregarán al acta de la audiencia.

Sin embargo, el Fiscal antes del juicio podrá recoger las versiones del sospechoso, del imputado, del ofendido, y de terceros sobre los hechos y

circunstancias materia de la investigación o de la instrucción. Estas informaciones solamente tendrán valor de prueba, cuando sean ratificadas mediante testimonio rendido en la audiencia.

Art. 250.- Finalidad.- En la etapa del juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o absolverlo.

Pasos para la admisión de la evidencia como prueba

Paso 1.- Marcado de las piezas de evidencia: previo o dentro de la audiencia

Las evidencias deben marcarse con números secuenciales. Habrá casos en que las evidencias se tengan que agrupar por temas. En tales casos se pueden usar números para los temas (1, 2, 3, etc.) y subnúmeros (1.1, 1.2, 1.3, etc.) para marcar las evidencias dentro de cada tema. El marcado puede hacerse previamente, antes de la audiencia, o en el curso de esta.

En general, se puede usar cualquier sistema de numeración. Lo importante es que cada pieza de evidencia quede perfectamente identificada.

La marca en las piezas de evidencia debe identificar a cual de las partes pertenecen las evidencias.

En este momento, en que todavía las piezas de evidencia no han sido incorporadas, se añade una indicación (un sello o una leyenda: para identificación) que indica que la pieza esta sujeta a identificación.

Paso 2.- Mostrar la evidencia a la otra parte

En primer lugar, se pedirá al tribunal que, en su momento, haga que conste en el acta, que la evidencia se mostró a la otra parte.

A continuación el fiscal o el abogado entrega la evidencia al abogado de la otra parte para que la examine, y se la retira luego.

Paso 3.- Pedir permiso para que se acerque el testigo

Como ya se ha señalado en otra sección de este manual, en el sistema acusatorio todas las evidencias tienen que presentarse oralmente, a través de testigos, por tanto un paso necesario es pedir al Juez que autorice que se acerque el testigo.

Paso 4.- Mostrar la evidencia física al testigo

En este punto, el fiscal o abogado puede aproximarse al testigo y entregarle la pieza de evidencia o colocarla frente a el.

Paso 5.- Presentar los fundamentos de la evidencia

Este es un paso crucial y se relaciona con el concepto mismo de evidencia.

Mientras se habla de piezas de evidencia, se habla solo de objetos perceptibles por los sentidos, de una materialidad, que puede ser presentada al tribunal.

Pero la evidencia como tal, como medio de prueba, a más de la materialidad, debe poder satisfacer a un objetivo de orden netamente jurídico.

Hay que recordar que la evidencia esta constituida por testimonios, escritos, objetos materiales y cualquier otro elemento perceptible por los sentidos, que se ofrece para probar la existencia o no existencia de un hecho relevante para la argumentación del caso.

Por tales razones, cada pieza debe reunir ciertos requerimientos para ser aceptada por el tribunal. Tres son básicos:

El testigo tiene que ser idóneo, esto es, capaz de testificar acerca de que la pieza de evidencia que se esta mostrando es lo que se pretende que es;

La evidencia debe ser relevante, esto es, debe tener la capacidad de probar un hecho directamente relacionado con el caso;

La evidencia debe ser autenticada, esto quiere decir que un testigo debe ser capaz de testificar que la evidencia que se esta mostrando es la misma que fue recogida en un sitio determinado y que se encuentra al presente sustancialmente en las mismas condiciones.

Paso 6.- Solicitar del juez la admisión de la evidencia como prueba

Una vez que se ha demostrado el fundamento de la pieza de evidencia, el fiscal o el abogado solicitan al Juez la admisión de la evidencia #... como prueba.

El juez pregunta si hay alguna objeción al pedido. Si no la hay, se da paso a la admisión. Si hay alguna objeción, el juez decide si se acepta o no. Si como consecuencia de la objeción se produce una discusión de tipo jurídico que

puede desviar la atención del juicio, el Juez puede llamar a los dos abogados a una conferencia aparte y dilucidar el punto. Si se acepta la objeción, la evidencia es descartada. De otra manera se admite la evidencia como prueba.

Paso 7.- Anular la leyenda «para identificación» (si la hubiere)

Admitida la evidencia, se solicita al Juez autorización para que se retire la leyenda o se anule el sello «para identificación».

El Juez brinda su autorización. Se entrega la evidencia al Secretario, quien anula la leyenda, demostrando de esa manera que ahora esa evidencia es ya una prueba.

Paso 8.- Pedir autorización para mostrar (o leer) la evidencia

Este paso va a depender de la evidencia en si misma, Por ejemplo, seria inoficioso mostrar al tribunal objetos tangibles que ya han visto. En cambio si será necesario mostrar fotografías o leer documentos.

Paso 9.- Producir la prueba

En general, como producir la prueba depende en mucho de la evidencia de que se trate. Muchas evidencias, como fotografías u objetos tangibles, usualmente, se tienen que mostrar al juzgador.

En otros casos, producir la prueba significa hacer demostraciones de la más variada índole.

En ese momento pueden haberse objetado o aceptado evidencias por parte del acusado. También puede haberse discutido si se acepta o no la evidencia y decidido sobre ello, con ocasión de los pedidos (mociones) de supresión de evidencias que pudo haber hecho el acusado en la fase previa al juicio, ante el juez penal. (Establecer el fundamento es virtualmente lo mismo que autenticación, esto es, probar razonablemente que la evidencia es lo que se pretende que es)

1. Objetos tangibles

Cuando se trata de objetos tangibles, el fundamento de la evidencia conlleva lo siguiente:

a. La evidencia es relevante.
b. El objeto puede ser identificado visualmente o a través de los otros sentidos.
c. El testigo reconoce el objeto.
d. El testigo sabe como lucia el objeto en el día y la fecha relevante.
e. El objeto esta en las mismas o substancialmente en las mismas condiciones ahora que cuando el testigo lo vio en el día y la fecha relevante.

Cadena de custodia

Cuando un objeto no puede ser identificado únicamente mediante los sentidos, se necesita una cadena de custodia para demostrar que es el mismo objeto que fue previamente hallado. La cadena de custodia es vital en las evidencias en materia penal, por lo que se estará a lo señalado en el Manual de Cadena de Custodia.

2. Otras evidencias

Los sistemas comparados han desarrollado reglas especificas para la presentación de los mas variados tipos de evidencias, entre los que se incluyen:

- Fotografías y filmaciones
- Diagramas y modelos
- Croquis
- Dibujos hechos por el testigo
- Demostraciones hechas por el testigo
- Placas de Rayos-X
- Grabaciones de sonido y video
- Cheques
- Documentos firmados
- Cartas
- Registros contables
- Impresiones de computador
- Copias
- Registros certificados.

De la ejecución del presente Manual, que regirá a partir de su publicación en el Registro Oficial, encárguese al Ministro Fiscal General de la Nación, y al Consejo Nacional de la Judicatura.

Dado y firmado en el Distrito Metropolitano de Quito, el 9 de abril del 2011.- F) Dr. Washington Pesantes, Ministro Fiscal General del Estado.

B I B L I O G R A F ÍA

- C A B A N E L L A S G u i l l e r m o , “ D i c c i o n a r i o d e D e r e c h o U s u a l ” , E d i t o r i a l H e l i a s t a S R L . , B o g o t a , A r g e n t i n a , 1 9 7 4 .

- C A B A N E L L A S , G u i l l e r m o . - D i c c i o n a r i o J u r í d i c o E l e m e n t a l . - D e c i m o q u i n t a E d i c i ó n . - E d i t o r i a l H e l i a s t a . - A r g e n t i n a 2 0 0 1

- C A R R A R A F r a n c i s c o , “ P r o g r a m a d e D e r e c h o C r i m i n a l ” , i m p r e s o y e d i t a d o p o r e l D e p a r t a m e n t o d e P u b l i c a c i o n e s d e l a F a c u l t a d d e J u r i s p r u d e n c i a d e l a U n i v e r s i d a d N a c i o n a l d e L o j a , 1 9 9 0 .

- G U E R R E R O V I V A N C O , W a l t e r . - D e r e c h o P r o c e s a l P e n a l . - T o m o I I I . - P U D E L E C O , E d i t o r e s S . A . Q u i t o 2 0 0 4 .

- G U Z M Á N L A R A , A n í b a l . - “ D i c c i o n a r i o e x p l i c a t i v o d e l D e r e c h o P e n a l E c u a t o r i a n o ” , E d i t o r i a l É P O C A , T o m o I I , Q u i t o , 1 9 7 7 .

- L L O R E M O S Q U E R A . - V í c t o r . - D e r e c h o P r o c e s a l P e n a l E c u a t o r i a n o . - E d i t o r i a l F o n d o d e C u l t u r a E c u a t o r i a n a . - T o m o I . - 3 e r a E d i c i ó n . - E c u a d o r 1 9 7 9

- R O B A L I N O , V i c e n t e . - 2 0 0 P r o y e c t o s d e A c t u a c i o n e s P o l i c i a l e s , F i s c a l e s , J u d i c i a l e s , p r o f e s i o n a l e s s e g ú n e l n u e v o C ó d i g o d e P r o c e d i m i e n t o P e n a l . - A m b a t o 2 0 0 1 .

- M A G G I O R E , G i u s e p p e , “ D e r e c h o P e n a l ” , T o m o I , Q u i n t a E d i c i ó n , E d i t o r i a l T e m i s , B o g o t á , 1 9 7 1 .

- VALDIVIESO, Simón.- Derecho Procesal Penal.- Ediciones Carpol.- 1ra. Edición.- Cuenca 2007

- ZAFFARONI, Eugenio, "Tratado de Derecho Penal", Parte General, Tomos I y V., Editorial Eliar, Argentina, 1988.

LEGISGRAFIA

- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. 1RA. EDICIÓN. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito 2008.

- LEY ORGÁNICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. 1RA. EDICIÓN. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito 2009.

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, actualizado a marzo del 2009, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2009.

- CODIGO ORGANICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2009.

ANEXO 1

a) ENCUESTA

ÁREA: Derecho Procesal Penal

OBJETIVO: Recabar información sobre la judicialización de la prueba en la etapa del juicio oral.

NSTRUCCIONES: Sírvase contestar las siguientes preguntas, emita su criterio y marque con una (X), la respuesta que considere correcta, recuerde que es anónimo, por lo que tiene libertad para dar su opinión.

CUESTIONARIO

1. ¿La judicialización de la prueba, única y exclusivamente debe realizarse en la etapa del juicio oral y ante el Tribunal de Garantías Penales competente?

SI ( ) NO ( )

Porque… … … …

3. ¿Si las partes procesales no solicitan ni presentan prueba en la etapa del juicio, el acusado necesariamente debe ser absuelto?

SI ( ) NO ( )

Porque… … … …

7. ¿Debe aplicarse el principio de proporcionalidad para admitir una prueba ilícita cuando es el único modo idóneo, válido y necesario para garantizar el derecho de las víctimas y evitar la impunidad?

SI ( ) NO ( )

Porque……

8. ¿Debe la ley establecer los pasos jurídicos que se deben aplicar sistemáticamente para la judicialización de la prueba?

SI ( ) NO ( )

Porque……

9. ¿Cree usted, que la inobservancia de las tutelas jurídicas previstas en la Constitución y la ley, causan la ineficacia del acto practicado?

SI ( ) NO ( )

Porque……

10. ¿Es necesario contar con un Manual de Judicialización de la Prueba para la presentación y admisión de evidencias como prueba en la etapa del juicio?

SI ( ) NO ( )

Porque……

GRACIAS POR SU COLABORACION