



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

**Titulo “INCONGRUENCIA EN EL NUEVO CODIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL EN RELACION AL PERITAJE JUDICIAL”**

Tesis previa a optar por el Grado de  
Abogado y Licenciado en Jurisprudencia

AUTOR:

Lic. JHON ROBERT ORDOÑEZ MALLA

DIRECTOR DE TESIS

*DR. MANUEL SALINAS ORDOÑEZ, Mg. Sc.*

LOJA – ECUADOR  
2011.

*CERTIFICO.*

Que he dirigido y revisado la presente tesis para optar por el grado de doctor en jurisprudencia sobre el tema intitulado: **INCONGRUENCIA EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN RELACION AL PERITAJE JUDICIAL**, elaborado en forma previa, por el señor licenciado Jhon Robert Ordoñez Malla, el mismo que cumple con las exigencias de forma y fondo y reglamentarias para este tipo de trabajo, por lo que autorizo su presentación ante la autoridad académica

Loja 7 de enero de 2011

.....  
Dr. Manuel Salinas Ordoñez  
Director de tesis

## **AUTORIA**

Los análisis, ideas, reflexiones, comentarios, conceptos que contiene el presente trabajo de investigación denominado **“INCONGRUENCIA EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN RELACION AL PERITAJE JUDICIAL”** son de exclusiva responsabilidad del autor.

Loja enero de 2011

Lic. Jhon Robert Ordoñez Malla  
Autor

## **DEDICATORIA.**

Dedico mi trabajo investigativo en especial a mi señora madre Rosa Ordoñez, razón de mi existencia y superación, por su abnegado sacrificio; supo guiarme, alentarme y el apoyo desinteresado brindado en la realización de este trabajo, y en general a toda mi familia.

*Jhon*

## **AGRADECIMIENTO.**

Dejo expresa constancia de mi agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja, quien me abrió las puertas de la superación en mi formación académica, a través de sus distinguidos Catedráticos que supieron compartir sus conocimientos, con su dedicación y esmero, de manera especial a los maestros del Área Jurídica Social y Administrativa y de la Ex Facultad de Jurisprudencia, quienes son protagonistas de los logros alcanzados.

De manera muy especial al señor Dr. Manuel Salinas Ordóñez, Director de mi tesis, por haber realizado la lectura y sugerencias para la presentación de mi trabajo Investigativo.

El Autor

## Tabla de Contenidos

- I. Portada
- II. Autorización
- III. Autoría
- IV. Dedicatoria
- V. Agradecimiento
- 1. Resumen
  - Abstract
- 2. Introducción
- 3. Resumen literario
  - 3.1 Marco Conceptual
  - 3.2 Historia Evolución y Origen
  - 3.3 Criterios Doctrinarios
  - 3.4 Marco Jurídico
  - 3.5 Legislación Comparada
- 4. Materiales y métodos
  - 4.1 Metodología
  - 4.2 Procedimientos
  - 4.3 Técnicas
- 5. Resultados
  - 5.1 Resultados de las Encuestas
- 6. Discusión
  - 6.1 Verificación de Objetivos
  - 6.2 Contrastación de Hipótesis
  - 6.3 Fundamentación Jurídica para la Reforma Legal
- Conclusiones Recomendaciones y Propuesta Jurídica
- 7. Conclusiones
- 8. Recomendaciones
  - 8.1 Propuesta Jurídica
- 9. Bibliografía
- 10. anexos
  - índice

**Tema:**

**“INCONGRUENCIA EN EL NUEVO CODIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL EN RELACION AL PERITAJE JUDICIAL”**

Jhon Robert Ordoñez Malla

## 1 Resumen

Partiendo de principios consagrados en la carta magna como instrumentos constitucionales y los derechos civiles se puede decir que todas las personas somos iguales ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole, abarca también a que toda persona tiene derecho a tener nombres y apellidos tomando en cuenta el derecho a trabajar.

Entre uno de los principios básicos de como es el derecho al trabajo El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia.

En nuestro medio se puede observar que en la realidad jurídica en la que vivimos, no se plasma lo que realmente sucede con lo referente a los peritos judiciales, dado el caso que es muy dificultoso y costoso acceder a la inscripción de peritos a ministerio publico como al consejo nacional de la judicatura. Cada vez ponen limitantes en lo referente a este tema, por ejemplo en la corte provincial de Loja, el único plazo para acceder a la acreditación como perito judicial se lo tiene que realizar desde el primero de enero hasta el treinta y uno de enero de cada año, lo mismo pasa con la acreditación que tiene que realizarla en el Ministerio Publico, dado que para inscribirse se tiene que viajar a la ciudad de Quito.

Lo mas grabe aun es que para los peritajes del ministerio publico son muy raros los casos en que se designe a los peritos calificados como tal, ya que existen miembros de la policía nacional, que supuestamente son especialistas en todo tipo de diligencia, y que no hace falta nombra a ningún otro perito. Es mas que como ellos no son parte del consejo de la judicatura, las tablas de remuneraciones las fijan a conveniencia propia, pese a que reciben salario del estado.



Es aquí la importancia de poder incorporar este proyecto de reforma enmarcado a lo que manifiesta la Constitución de la Republica del Ecuador, referente a la igualdad ante la ley y el derecho a trabajo.

En conclusión es importante indicar que en el presente trabajo, analizare todo lo referente La acción penal. *La acción en el derecho procesal penal. Definiciones de varios autores, antecedentes históricos de la acción penal, historia e importancia de la acción penal en el derecho procesal penal, fines de la acción penal.* La Acción pública, *Características de la acción penal pública, La acción privada, características de la acción penal Privada, La prueba, finalidad de la prueba, Criterios de valoración de la Prueba, La prueba Testimonial, Importancia de la prueba Testimonial, La prueba documental, medios Probatorios en el procedimiento de Acción Penal Privada, Régimen Jurídico aplicable a la prueba material, la prueba material, la actuación pericial, intervención de peritos, el peritaje judicial, concepto de peritaje, la procedencia, la proposición, el nombramiento, el diligenciamiento, el dictamen pericial, los peritos en el proceso penal, los peritos y los testigos, objeto de la prueba pericial, garantías de la prueba pericial, clases de exámenes periciales, partes del dictamen pericial, la diligencia de entrega y ratificación pericial, reglamento para el sistema de la acreditación de peritos, de los requisitos para la acreditación de peritos, del registro de los peritos, incongruencias en el nuevo código de procedimiento penal respecto al peritaje judicial., **historia y evolución de la pericia en materia penal, definición de perito, elementos, características, diferencias y clasificación, desde el punto de vista etimológico, desde el punto de vista constitucional y legal, desde el punto de vista del derecho canónico, desde el punto de vista jurisprudencial, las características esenciales de la prueba pericial, elementos esenciales del perito, peritaje obligatorio, peritaje facultativo, peritaje de ciencias exactas y de ciencias sociales, peritaje de un solo experto, Peritaje multidisciplinario, peritaje simple, Peritaje complejo, peritaje único, peritaje complementado, peritaje emitido por instituciones públicas***

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

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

En la legislación se establece expresamente que “cada parte” podrá proponer otro perito legalmente habilitado “a su costa”, surgiendo así la duda de la imparcialidad del indicado perito al estimarse que es difícil que se vuelva en contra de quien, por imperio legal, le paga por sus servicios, no existan peritos habilitados, lo cual según ciertos criterios, se fundamentaba en el hecho de que existen personas que podrían prestar su contingente como peritos, dada su experiencia y especialización en una determinada materia, pero que no necesariamente son profesionales. Al respecto es preciso determinar que resulta importante que la ley adjetiva penal exija como presupuesto necesario para ser perito su profesionalización y especialización, pues con ello se procura alcanzar el máximo de excelencia en esta función de cooperación con la administración de justicia, evitando así que personas empíricas cumplan esta crucial actividad.

## ABSTRACT

Leaving of consecrated principles of the great letter as constitutional instruments and the civil rights one can say that all the people are same before the law. All the people will be considered same and they will enjoy the same rights, freedoms and opportunities, without discrimination in reason from birth, age, sex, ethnos, color, social origin, language; religion, political filiation, economic position, sexual orientation; state of health, discapacidad, or he/she differs of any other nature, it also embraces to that all person has right to have names and last names taking into account the right to work.

Among one of the basic principles of like it is the right to the work the work it is a right and a social duty. He/she will enjoy the protection of the State, the one that will assure the worker the respect to their dignity, a decorous existence and a fair remuneration that it covers their necessities and those of their family.

In our means one can observe that in the artificial reality in the one that live, that is not captured that really happens with him with respect to the judicial, given experts the case that is very difficult and expensive to consent to the inscription of experts to ministry I publish like to the national advice of the judicature. Every time they put restrictive regarding this topic, for example in the provincial court of Loja, the only term to consent to the accreditation like judicial expert has it to him to carry out from the first of January up to the thirty and one of January of every year, the same raisin with the accreditation that has to carry out it in the Ministry Publishes, since to be registered he/she has to travel to the city of I remove.

Him but it records it is even that for the peritajes of the ministry I publish they are very strange the cases in that it is designated the qualified experts as such, since members of the national police exist that supposedly are specialist in all diligence type, and that it is not necessary it names any other expert. It is but that are not

part of the advice of the judicature as them, the charts of remunerations fix them to own convenience, in spite of the fact that they receive wage of the state.

It is here the importance of being able to incorporate this reformation project framed to what manifests the Constitution of the Republic of the Ecuador, with respect to the equality before the law and the right to work.

In conclusion it is important to indicate that presently I work, I will analyze all the relating one The penal action. The action in the penal procedural right. Several authors' definitions, historical antecedents of the penal action, history and importance of the penal action in the penal procedural right, ends of the penal action. The public Action, Characteristic of the public penal action, The private action, characteristic of the Deprived penal action, The test, purpose of the test, Approaches of valuation of the Test, The Testimonial test, Importance of the Testimonial test, The documental test, Probatory means in the procedure of Private Penal Action,

Applicable Juridical régime to the material test, the material test, the expert performance, experts' intervention, the judicial peritaje, peritaje concept, the origin, the proposition, the appointment, the diligenciamiento, the expert verdict, the experts in the penal process, the experts and the witness, object of the expert test, guarantees of the expert test, classes of expert exams, you leave of the expert verdict, the delivery diligence and expert ratification, I regulate for the system of the accreditation of experts, of the requirements for the accreditation of experts, of the registration of the experts, incongruities in the new code of penal procedure regarding the judicial peritaje., **history and evolution of the know-how in penal matter, expert's definition, elements, characteristic, differences and classification, from the etymological point of view, from the constitutional and legal point of view, from the point of view of the canonical right, from the point of view jurisprudencial, the essential characteristics of the expert test, the expert's essential elements, obligatory peritaje, medical peritaje, peritaje of exact sciences and of**

**social sciences, a single expert's peritaje, multidisciplinary Peritaje, simple peritaje, complex Peritaje, unique peritaje, supplemented peritaje, peritaje emitted by public institutions.**

As for the requirements to be our expert Code of Penal Procedure in their Art. 94 determine that "they are experts the professionals specialized in different matters that have been credited as such, previous process of qualification of the General Office of the State" at the moment on the part of the Regional Addresses of the Council of the Judicature, that is to say that, according to this legal disposition, the first condition to be expert is to credit a profession and a specialization in a certain environment of the human knowledge, in this case to be evidenced the quality habilitante by means of the obtaining of a professional title in the science, art or respective technique.

In that sense the reformatory law also repealed tacitly the Art's quarter parenthesis. 95 of the Penal Adjectival Code that it facilitated the appointment of experts in people that are not professional, when estimating that in the place where he/she should be carried out the diligence.

In the legislation he/she settles down expressly that "each part" he/she will be able to propose another expert legally paymaster "to their coast", arising this way the doubt of the impartiality from the suitable expert when being considered that is difficult that he/she becomes against the one who, for legal empire, he/she pays him for their services, enabled experts don't exist, that which according to certain approaches, it was based in the fact that people that could lend their contingent as experts, exist given their experience and specialization in a certain matter, but that they are not necessarily professional. In this respect it is necessary to determine that it is important that the law adjectival prison demands like necessary budget to be expert its professionalization and specialization, because with it is tried to reach it the maximum of excellence in this cooperation function

with the administration of justice, avoiding empiric people so completes this crucial activity.

## 2. Introducción

Una vez concluidos mis estudios universitarios en la prestigiosa Universidad Nacional de Loja, en el Área Jurídica Social y Administrativa; Carrera de Derecho; el Reglamento Interno de la ex Facultad de Jurisprudencia, aplicable a la nueva estructura y el Reglamento General para la concesión de Grados y títulos han previsto que, los egresados, previo a la investidura del Grado y Título de Doctor en Jurisprudencia, deben realizar una tesis de investigación científica, en el campo de los módulos que he aprobado en el transcurso de la Carrera de Derecho.

Cumpliendo las exigencias académicas, y en la fase que habla del objeto de estudio y planificación del proyecto de investigación, fue parte de la matriz problemática en el que mi tema fue discutido y resuelto en el Consejo Académico del Área Jurídica Social y Administrativa. Habiendo correspondido realizar mi trabajo bajo el tema denominado **“INCONGRUENCIA EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN RELACION AL PERITAJE JUDICIAL”**, que pertenece al derecho positivo y es parte de los módulos de la formación académica de la Carrera de Derecho.

El proyecto contó con todas las exigencias reglamentarias donde se destaca el esquema o sumario que permitió desarrollar el trabajo investigativo.

El tema motivo de mi tesis tiene mucha importancia ya que desde que se la incorporó en las nuevas reformas al código de procedimiento penal a la legislación.

El sumario contiene la Revisión Literaria al presentar mi informe final o tesis lo convoco al lector a que observe como están integrados o estructurados.

En la revisión literaria” trata del análisis y recolección de los antecedentes históricos de la institución jurídica, además del La acción penal, *La acción en*

*el derecho procesal penal. Definiciones de varios autores, Antecedentes históricos de la acción penal, Historia e importancia de la acción penal en el derecho procesal penal, Fines de la acción penal. La acción pública, Características de la acción penal pública, La acción privada, Características de la acción penal privada, La prueba, Finalidad de la prueba, Criterios de valoración de la prueba, Íntima convicción, La prueba testimonial, Importancia de la prueba testimonial, La prueba documental, Medios probatorios en el procedimiento de acción penal privada, La prueba material, La actuación pericial, El peritaje judicial, Concepto de peritaje, La procedencia, La proposición, El nombramiento, El diligenciamiento, El dictamen pericial, Los peritos en el proceso penal, Los peritos y los testigos, Objeto de la prueba pericial, Garantías de la prueba pericial, Clases de exámenes periciales, Partes del dictamen pericial, La diligencia de entrega y ratificación pericial, Reglamento para el sistema de la acreditación de peritos, De los requisitos para la acreditación de peritos, Del registro de los peritos, Incongruencias en el nuevo código de procedimiento penal respecto al peritaje judicial, Definición de perito, elementos, características, diferencias y clasificación, Elementos esenciales del perito Análisis jurídico al código de procedimiento penal referente al los peritos.*

En los resultados “Investigación de Campo” y que es de gran importancia he analizado los resultados obtenidos mediante la encuesta y la entrevista.

Cumpliendo con las exigencias que implica el desarrollo del proceso investigativo he verificado los objetivos y la hipótesis; así como también presento los criterios jurídicos que sustentan la propuesta “INCONGRUENCIA EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN RELACION AL PERITAJE JUDICIAL” Para demostrar mi afirmación y la propuesta, he realizado la investigación de campo, aplicando los instrumentos de investigación, que luego del procesamiento, interpretación

y análisis, así como mi opinión, presento los resultados de la encuesta, entrevista y el estudio de casos.

Cumpliendo con la exigencia reglamentaria y luego de éste arduo trabajo he verificado los objetivos y la hipótesis pertinente, así como también presento la fundamentación Jurídica de mi trabajo.

En el las conclusiones que son las ideas centrales del informe, cuyo objeto es alertar las deficiencias de la normatividad.

Así mismo, se formulan las recomendaciones que son el resultado de mi investigación y que me sirve como antecedente para la formulación de la propuesta jurídica y también las sugerencias están dadas para los destinatarios que llevarán adelante los resultados de esta investigación. Al final consta la llamada Propuesta Jurídica.

En el decurso de la investigación he utilizado los métodos apropiados como el inductivo, deductivo, científico, dialéctico, histórico, descriptivo, etc.

He tenido dificultades en poder encontrar adecuada bibliografía por tratarse de temas inéditos, pero gracias al estudio y reflexión he procurado salir adelante con el presente trabajo investigativo.

Queda a consideración del tribunal examinador este trabajo en el campo de la ciencia Jurídica que he realizado con deficiencias, aspirando a que las futuras generaciones lo hagan con mayor versación y profundidad; yo sólo he iniciado en este duro campo del derecho Público.



### *3. Revisión Literaria*

### 3 LA ACCIÓN PENAL.

Para estudiar las diferentes teorías de la acción penal, en sus diversas concepciones, esgrimidas por la doctrina de muchos tratadistas, se hace necesario el conocimiento de las" diferentes opiniones que sobre la acción han esgrimido los doctrinarios a través de los tiempos; pero traeré a nuestra enseñanza, lo que considero son las más importantes concepciones, sin despreñar, obviamente, la valía de otros autores, que por falta de espacio en esta monografía, no mencionamos

De todas maneras señalaré que en sus opiniones jurídicas los autores, muchas veces tienen tesis o criterios contrapuestos, lo que es enriquecedor para la doctrina jurídica , que se nutre, de las contradicciones, para elaborar una concepción más acabada y acorde con la modernidad, y sobre todo de la técnica jurídica. Además en las ciencias sociales, en el Derecho, y específicamente en el Derecho Procesal Penal, no hay concepciones acabadas y no revisables, o concepciones que aplaudan todos los juristas o tratadistas. Siempre hay alguien que se opone o discrepe, y todo esto es comprensible en nuestra ciencia, y como veremos a continuación, el concepto de acción, no escapó de estas consideraciones previas. Y más aún con esta institución (la acción) que muchos confunden con la pretensión, y que inclusive, tiene imbricaciones tanto civiles como penales, y cuya delimitación, además, ha sido problemática.

Comencemos con el eminente Dr. Eduardo J. Couture, quien en su obra "Fundamentos del Derecho Procesal Civil" "dice que la acción penal es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión"<sup>1</sup>: Este derecho ha sido confundido históricamente con otros poderes jurídicos y facultades a los que se confiere el mismo nombre. Pero la doctrina, asegura Couture, luego de una tarea que lleva casi un siglo, ha logrado aislarlo y

---

<sup>1</sup>Dr. J. COUTURE Eduardo "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Pag 23

determinar su esencia, habiendo sido objeto de una formulación especial en el Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Podemos aseverar que la acción penal nace históricamente como una supresión de la violencia privada sustituida por la obra de la colectividad organizada. Siguiendo a Couture, la primitiva represalia y la instintiva tendencia de hacerse justicia por su mano desaparecen del escenario social para dar entrada a un elemento sustitutivo inspirado en el propósito de tener la justa reacción con un acto racional y reflexivo de los órganos de la colectividad jurídicamente ordenados. La acción penal en justicia es en cierto modo, a criterio del autor antes indicado "el sustitutivo civilizado de la venganza", por ello estas consideraciones nos llevan hacia el carácter público de la acción, en cuanto a su finalidad inmediata. La acción no procura solamente la satisfacción de un interés particular (*uti singulo*), sino también la satisfacción de un interés de carácter público (*uti civis*).

Couture a severa que el carácter público de la acción otorga naturalmente un acentuado carácter público al derecho procesal.

### ***3.1 LA ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL PENAL. DEFINICIONES DE VARIOS AUTORES***

El recordado jurista ecuatoriano Edmundo Duran Díaz en su "Manual de Derecho Procesal", establece que "es muy difícil trasladar el concepto de la acción penal, no tiene sentido hablar de derechos y obligaciones recíprocos entre dos partes. El Código Penal no regula relaciones personales entre dos o más sujetos, sino que contiene mandamientos y prohibiciones sancionados con una pena en caso de incumplimiento. Ni siquiera puede decirse que exista una relación penal entre el autor y la víctima del delito; lo que hay es una relación entre el Estado y el imputado"<sup>2</sup>. No hay una relación privada entre dos, sino

---

<sup>2</sup> DURAN DÍAZ Edmundo "Manual de Derecho Procesal" pág. 31

una relación pública entre toda la sociedad de un lado, y el inculpado del otro lado. Cuándo se pone en movimiento la jurisdicción penal no se reclama el reconocimiento de un derecho sustantivo sino un pronunciamiento judicial de culpabilidad o inocencia.

Para Vincenzo Manzini en su "Tratado de Derecho Procesal Penal", "todo delito da siempre lugar, por lo menos virtualmente a la pretensión punitiva que se hace valer por la acción penal"<sup>3</sup>.

El Dr. Manuel Ossorio y Florit, en su estudio sobre la Acción Penal de la Enciclopedia Jurídica Omeba , Tomo I, trae a colación que Alcalá Zamora y Castillo, en su obra Derecho Procesal Penal, en colaboración con el Dr. Ricardo Levene (h), opina que "la Acción Penal es el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador se pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de la acción reputa constitutivo de delitos"<sup>4</sup>.

En cambio Massari expresa que "en sentido amplio, la acción puede definirse como el *poder jurídico* de activar el proceso a fin de obtener sobre la *res deducía* un pronunciamiento jurisdiccional.

Para el tratadista Sebastián Soler en su "Derecho Penal Argentino" "la acción penal no es más que el momento dinámico de una pretensión punitiva preexistente y estática, a la cual la desencadena la comisión de un hecho"<sup>5</sup>.

Nótese que hay autores que confunden la acción penal con la pretensión penal, y cuya distinción señalaremos más adelante.

Manuel Osorio sostiene que contraria a la tesis de Soler, parece ser la de Alcalá Zamora y Castillo, quién se pronuncia en el sentido de que la Acción Penal es única, pues "aún cuándo haya autores que sostengan que a cada

---

<sup>3</sup> MANZINI Vincenzo "Tratado de Derecho Procesal Penal"

<sup>4</sup> Dr. OSSORIO Manuel y FLORIT, Enciclopedia Jurídica Omeba , obra Derecho Procesal Penal. Pág. 29

<sup>5</sup> SOLER Sebastián en su "Derecho Penal Argentino"

figura delictiva corresponde una modalidad de acción, semejante tesis hay que desecharla por completo, por ser idéntico el fin de todas las acciones penales...la doctrina de la tipicidad no puede proyectarse del campo de los delitos al de las acciones (no hay una acción de homicidio, una acción de estupro y una acción de estafa, sino una acción penal para perseguir las diferentes categorías de actos delictivos ) y no cabe tampoco traer a colación construcciones de derecho material, a manera de clasificación privatista de las acciones civiles, para mostrar una diversidad de acciones penales, porque con ello se logrará a lo sumo, catalogar con diferente *nombre*, acciones de un mismo *contenido* "

Ahora bien, como dice Ossorio, para Carnelutti, el verdadero y cada vez más consolidado punto de vista es que el Derecho Subjetivo Procesal, al cual se acostumbra a llamar Acción o Derecho de Acción penal, es un derecho subjetivo público (cívico), que pertenece a la parte no frente a su adversario, sino frente al juez, quién tiene el deber de hacer todo lo necesario para pronunciar una sentencia justa sobre la demanda que se propone, porque una cosa es el conflicto entre quien pretende unas urnas de dinero y quién no quiere pagársela, y otra distinta el conflicto entre quién demanda al juez una sentencia y el juez al cual se le demanda.

Por todo ello, creemos, como Benjamín Iragorri, el distinguido colombiano antes citado, que la acción es una, de donde resulta erróneo escindir varias acciones según la materia, lo que ocurre es que se concreta a distintas ramas del derecho: civil, penal, laboral, administrativo. Y esto, porque la jurisdicción es una y se establece con distinción de materias para organismos propios. "Pero la Acción Penal se diferencia de las acciones de derecho privado en que se requiere demanda o manifestación de la pretensión; basta una denuncia, el conocimiento público del delito, el personal del instructor, para que entre en actividad. Su ejercicio es *motu proprio*, lo cual le concede una nota distintiva respecto de otras acciones. Dentro de este orden de

ideas, toda acción es pública, pues emana del poder del Estado, y se ejerce con el lleno de determinados requisitos. Se dice que la Acción Penal es oficiosa...".

La acción penal es un poder que el Estado concede en forma expresa a las personas, por cuanto al haberse arrogado el Derecho de juzgar como cuestión privativa de dicho Estado, se encuentra interesado en que, en el momento en que se provoca la violación de la norma jurídica debe estimularse al órgano jurisdiccional encargado del juzgamiento para que pueda cumplir con su función. Por esa razón concede el poder al particular o a la persona que representa a la sociedad en la tarea de estimular el restablecimiento del ordenamiento jurídico violentado".

*La acción penal es el poder jurídico concedido por el Estado a las personas o al Ministerio Público, con el fin de estimular al órgano jurisdiccional penal para que éste inicie el proceso penal cuando se ha violentado una norma jurídica penalmente protegida".<sup>6</sup>*

Debemos precisar que Zavala coincide con Benjamín Iragorri en cuanto que la acción es una, toda vez que dice: "De lo que se infiere que, para nosotros, la acción penal es única para cualquier campo en que se la quiera hacer valer. No existe una "acción" penal diversa a la acción civil. Ambas tienen la misma finalidad y la misma estructura; lo que varía, lo que cambia, o que la hace diferente a una de otra, lo que constituye la diferencia específica entre una y otra, es la materia con motivo de la cual debe actuar, es decir la naturaleza del objeto que permite su ejercicio. Así si la violación del derecho es de carácter civil, entonces, la acción ejercida es de carácter civil; si la norma violada es de carácter tributario, entonces el ejercicio de la acción será tributario; si la norma violada se encuentra penalmente garantizada, entonces, la acción ejercida será penal. Pero estos son los aspectos que presenta la acción es función de la naturaleza de la norma violada, que es lo que permite su ejercicio.

---

<sup>6</sup> ZAVALA BAQUERIZO Tratado de Derecho Procesal Penal" Tomo I (edición Edino- 2004)

Entendemos que el poder jurídico que tienen las personas para accionar al órgano jurisdiccional penal, hoy por hoy, es una garantía constitucional, señalada en el artículo 75 de la Constitución de la República 2008, considerándose ésta como una verdadera tutela jurídica que el Estado concede a los ciudadanos, y ello en salvaguarda del derecho a la seguridad jurídica que también está señalado en la norma constitucional (Art. 82).

Con este criterio doctrinario y desde esta misma perspectiva Alfredo Velez Mariconde en su obra Derecho Procesal Penal, citado por César San Martín Castro en su Derecho Procesal Penal, insiste que " la acción penal es un poder jurídico que impone el Derecho Constitucional y cuyo ejercicio regula el Derecho Procesal de provocar la actividad jurisdiccional del Estado

La doctrina novísima es coincidente con el profesor Zavala Baquerizo: Por ejemplo, para el eminente profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Dr. César San Martín Castro, en la obra arriba señalada, dice lo siguiente: "Lo expuesto nos permite sostener, siguiendo parcialmente a Gian Domenico Pisapia, que la acción consiste en puridad, en un *poder - deber* de activar la jurisdicción, o sea de pedir al órgano jurisdiccional un pronunciamiento concreto sobre una noticia criminal específica y que, además, se trata de una iniciativa típicamente procesal dirigida a la activación de la función jurisdiccional para la actuación del derecho penal sustantivo". Y agrega San Martín:" En tal virtud, como no cabe definir la acción penal a partir de la noción de derecho, únicamente cabe calificarla *as poder jurídico*. Por consiguiente, corresponde conceptualizar la acción penal como el poder jurídico mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una noticia criminal, se solicita la apertura o la aprobación formal del proceso penal, haciendo surgir en aquel la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante resolución motivada. La categoría de poder utilizada en la definición -a diferencia de las categorías de derecho, posibilidad o facultad- permite denotar sin esfuerzo el nexo acción-jurisdicción,

a la vez que el *vocablo jurídico* destaca que su origen está en la organicidad del ordenamiento, y su destino y su función son afirmarlos"

Y continúa San Martín Castro diciendo que " *este poder jurídico* es común en el ejercicio de la acción penal del Ministerio Público y, en su caso, de la víctima. Señala De La Oliva Santos, que ese poder jurídico está, cuando lo ejerce el Ministerio Público, íntimamente relacionado con sus funciones públicas, que ha de realizar imperativamente; en cambio, en los casos de ejercicio de la acción por los particulares, que pueden hacerlo libremente, ese poder jurídico es la sustancia de un derecho subjetivo disponible".

Nos parece evidente que estos comentarios doctrinales del tratadista peruano, son, indudablemente, de gran contenido actual, en el marco de nuestra legislación Procesal, aún, con las deficiencias e inconstitucionalidades que ella trae consigo, pero las apreciaciones legales de este autor son objetivas y precisas.

Continuando con las definiciones de acción de los autores, para el tratadista ecuatoriano Andrés F. Córdova, en su Obra "Derecho Procesal Penal Ecuatoriano" del Tomo 10, volumen 1 de la edición de Fondo de Cultura ecuatoriana, edición 1981, "la acción penal viene a ser el derecho de acudir, en forma legal, ante los jueces y tribunales competentes, a pedir la represión de un delito.

Para Walter Guerrero Vivanco, Acción es una institución del orden público, establecida por el Estado, a través de la cuál, los representantes del Ministerio Público y las personas particulares, llevan a conocimiento del órgano de la función jurisdiccional competente el cometimiento de una infracción, a fin de que se inicie el proceso en contra del infractor.

La acción penal es la energía que anima el proceso. El Ministerio Público que ha iniciado el proceso puede interponer recurso contra la sentencia que absuelva, por sobreseimiento al procesado; el juez en cualquier momento del



procedimiento en que advierta que la acción penal no podía ser ejercitada debe declararlo de oficio...O sea, que el proceso sin el ejercicio legítimo de la acción penal no puede subir ni continuar.

En definitiva, Florián define que "Acción Penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación del Derecho Penal.

Objetivamente la Acción Penal es el medio con que el órgano ejecutivo constreñido a abstenerse de la coerción directa en las relaciones penales, determina la intervención de la garantía jurisdiccional en orden a su pretensión punitiva. Dice Manzini " La acción penal tiene siempre por objeto una pretensión punitiva del Estado, derivada de un delito, concreta e hipotéticamente realizable. El juez conociendo o desconociendo el fundamento de la legitimidad de la pretensión, pronuncia una decisión que agota completamente todo lo que a la realizabilidad de esa misma pretensión se refiere, cuando existan las condiciones de precedibilidad. En el derecho procesal penal no existen acciones penales de mera declaración de certeza".

Ahora bien coincidimos con el maestro Manzini en el sentido de que "no hay que confundir la Acción Penal con el procedimiento penal que es concepto más comprensivo. Al paso que la primera, como dirigida que está a obtener una decisión del juez, no se puede concebir sin la intervención de él, el procedimiento penal; el procedimiento penal comprende también todos aquellos actos que sirven para preparar y hacer eficaz el requerimiento de esa intervención. En consecuencia, la iniciación del procedimiento penal no equivale necesariamente a la promoción de la acción penal"

### **3.1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ACCIÓN PENAL**

La palabra acción penal proviene de agere, que es su acepción gramatical y que significa toda actividad o movimiento que se encamina a determinado fin.

En las instituciones romanas, la acción "era el derecho a perseguir en juicio aquello que se nos debe", de esta afirmación se puede observar que tanto el proceso civil como el penal, formaban una sola disciplina.

Para Eugene Florian, la acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre determinada relación de derecho penal. La acción penal, domina y da carácter a todo el proceso: lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta

La prohibición del ejercicio de la autodefensa en el Estado moderno determina la exigencia de dotar a los particulares y al Ministerio Público, en su caso, de la facultad (en los particulares) y del poder (en el Ministerio Público) que permita provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales para la tutela del derecho; esta facultad o potestad es la acción o derecho de acción.

La acción es un derecho subjetivo público, derivado de los preceptos constitucionales que prohíben la autodefensa y que, haciéndola innecesaria, crean órganos específicos encargados de ejercer la función jurisdiccional y establecen los lineamientos generales del proceso.

El derecho de acción entraña así, una doble facultad: la de provocar la actividad jurisdiccional, dando vida al proceso, y la derivada de la constitución de éste, que permite a su titular la realización de los actos procesales inherentes a su posición en el mismo.

La acción ejercitada por el Ministerio Público en los casos en que la ley le impone esta actividad no puede considerarse como un derecho subjetivo público, sino como una función pública atribuida a los miembros de ésta Institución por considerarse de interés para la sociedad.

El Ministerio Público es titular de la acción penal y tiene la obligación de ejercitar la acción penal.

En la antigüedad la persona que sufría un daño ejercitaba la acción penal. Era los tiempos de la venganza privada cuando el hombre defendía por sí mismo sus derechos; existía la Ley del Talión que establecía que al agresor se le aplicara lo mismo que él le había hecho al ofendido. Pero aparecieron problemas con respecto a ciertos delitos en los cuales no se podía aplicar la Ley del Talión, como aquellos cometidos en contra de la honestidad o los de lascivia. La Ley del Talión era la similitud de la venganza, a fin de que una persona sufra lo que le hizo a otra.

En Grecia en el siglo XII A.C., Dracón optó por imponer la pena de muerte a todos los delitos. Hubo periodos donde se prescindió de la Ley del Talión, pero un siglo después Solón la volvió a restablecer.

En Roma se volvió a restablecer la Ley del Talión pero con un sentido más jurídico: si alguno rompe un miembro a otro y no se arregla con él, hágase con él otro tanto; con esto la fórmula queda subordinada a la composición o arreglo de las partes.

El Talión representa limitaciones objetivas de la venganza, la primera mediante la proporción del castigo a la materialidad de la ofensa. La segunda limitación objetiva de la venganza era la composición. Ésta es una indemnización que, como pena pecuniaria, está obligado a aceptar el ofendido.

Mediante esta figura los ciudadanos tuvieron en sus manos el ejercicio de la acción, no sólo el ofendido del delito, sino también los ciudadanos solicitaban a la autoridad la represión del ilícito. Como los delitos engendraban un mal en la sociedad, los ciudadanos fueran o no víctimas de aquéllos eran los encargados de ejercitar la acción.

Esta figura nace en Roma. Se nombraba a un ciudadano para que llevara ante el Tribunal del pueblo la voz de la acusación. En Grecia existían los temosteti, cuyo deber era denunciar los delitos ante el senado. Durante la Edad Media, los señores feudales eran quienes ejercitaban dicha acción.

Se abandona la idea de que el ofendido del delito fuera el encargado de acusar y se ponía en manos de un ciudadano independiente el ejercicio de la acción, se reformaba así el procedimiento toda vez que un tercero ajeno a la víctima del delito era quien perseguía al responsable y procuraba su castigo.

### **3.1.2. HISTORIA E IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN PENAL EN EL DERECHO PROCESAL PENAL.**

Con mucha claridad, la doctrina asegura que el principio según el cual el estado persigue el delito de oficio no puede ser hallado en los derechos antiguos.

En el antiguo derecho romano se desarrolló lo que se denomina la acción popular y en los derechos germanos la acción privada.

Se dice que en la antigüedad la persona que sufría un daño ejercitaba la acción penal. Era los tiempos de la venganza privada cuando el hombre defendía por si mismo sus derechos, había la ley del Talión que establecía que al agresor se le aplicara lo mismo que él le había hecho al ofendido.

En el siglo XII AC ,en Grecia, Dracon optó por imponer la pena de muerte a todos los delitos .Hubo periodos donde se prescindió de la ley del Talión , pero un siglo después Solón la volvió a restablecer pero con un sentido mas jurídico .

Claus Roxin, hace recuerdo que en el caso de la acción privada, el procedimiento penal era iniciado por acción del ofendido o de su familia. Esta regulación halló su fundamento en que originariamente no se distinguía entre consecuencias jurídicas, civiles y penales de un hecho y, por consiguiente, tampoco entre procedimiento civil y penal :si se puede indemnizar un daño corporal a través del pago de una enmienda al lesionado o un homicidio pagando un importe de dinero a la familia del muerto(sistema de composición), entonces no hay mucho interés publico en la causa y el procedimiento penal

transcurre de un modo similar a un proceso civil en el cual, a causa de una acción no permitida ,se reclama una reparación del daño.

La *acción popular* consiste en que toda persona (*quivis ex populo*) puede ejercer la acción penal .Para Roxin solo tiene sentido cuando cada ciudadano se siente corresponsable del mantenimiento del derecho penal.

Por la acción popular, los ciudadanos tuvieron en sus manos el ejercicio de la acción, no solo el ofendido del delito, sino también los ciudadanos solicitaban a la autoridad la represión del ilícito .Como los delitos engendraban un mal en la sociedad, los ciudadanos fueran o nó víctimas de aquellos eran los encargados de ejercitar la acción.

Debemos puntualizar que el derecho griego, el Rey, el concejo de ancianos y la asamblea del pueblo, en ciertos casos llevaban a cabo juicios orales de carácter publico para sancionar a quienes se ejecutaban actos que atentaban contra los usos y costumbres. "El ofendido, o cualquier ciudadano, presentaba y sostenía acusación ante el Arconte, el cual, cuando no se trataba de delitos privados y, según el caso, convocaba al Tribunal del Are, al de los ópago Ephetas y al de los Heliasras".<sup>7</sup> El acusado se defendía a si mismo, aunque en ciertas ocasiones le auxiliaban algunas personas.

Los romanos adoptaron, poco a poco, las instituciones del derecho griego y con el tiempo las transformaron, otorgándoles características muy peculiares que, mas tarde, se emplearían a manera del molde clásico, para establecer el moderno Derecho de Procedimientos Penales.

Como lo asegura el doctor roxin John en su obra desarrollo de la historia manifiesta que "Con el fortalecimiento del concepto de Estado -ya relativamente temprano en Roma y, al norte de los Alpes, primero en Francia- nace un interés publico en la prevención y castigo de los delitos. Por ello, con el transcurso del tiempo la enmienda (según la actual terminología del derecho

---

<sup>7</sup> www. Google orígenes de la acción penal. com.

privado) se transforma en una pena del derecho publico a cuya imposición le siguió un procedimiento estatal"<sup>8</sup>.

En el estado absoluto, que es el que mas enérgicamente expresa la idea de Estado, el principio de oficialidad es llevado a cabo rigurosamente., el Estado persigue al criminal de oficio.

Según Roxin, todavía hoy la acción popular constituye el punto de partida teórico, por mas que la persecución penal privada esté sometida a numerosas excepciones y limitaciones".

Finalmente diré, en calidad de resumen de la historia de la acción penal de que en el pasado se creía en forma absoluta que la acción y el derecho material estaban entremezclados; era la concepción romana, y así lo plantea Savigny, quién piensa de que no hay derecho sin acción y no hay acción sin derecho.

La importancia de la acción penal en el Derecho Procesal Penal radica fundamentalmente en que ésta tiene características propias, que se basan en la actividad pública fundamental del Estado para poder sancionar los hechos delictivos. Fundamentalmente la acción penal es un poder concedido por el Estado, por medio de un mandato constitucional, y con ella (con la acción) se da inicio al proceso penal. Lo que pasa es que el Estado ha confiado el monopolio del ejercicio de la acción penal pública a la Fiscalía General del Estado, *durante todo el desarrollo del proceso penal*.

Zavala afirma que se comete un error al afirmar que la acción penal nace por la comisión de la infracción, y manifiesta que la acción es inherente a la persona "en ella vive, pero solo se la puede materializar, sólo se la puede manifestar, sólo se la puede ejercer cuando se ha cometido la infracción, y, en consecuencia, no es que la infracción genera la acción, sino que la infracción

---

<sup>8</sup> Dr. ROXIN John.- Desarrollo de la Historia. Pag. 541

permite el ejercicio de la acción, penal; es el presupuesto necesario sin el cual no se puede ejercer la acción"<sup>9</sup>.

Recordemos que el Fiscal es un funcionario garantista del proceso penal cuando ejercita la acción penal pública, toda vez que el numeral 3 del artículo 282 del Código Orgánico de la Función Judicial expresa que "le corresponde garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y en las investigaciones procesales por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo y cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria"<sup>10</sup>.

Miguel Ibáñez y García-Velasco en su Curso de Derecho Procesal Penal, traído a colación por César San Martín Castro en su Derecho Procesal Penal, estableciendo qué es la jurisdicción penal, dice que es una especie de jurisdicción "por la que el Estado, a través de los tribunales especialmente adscritos, realiza su misión de dirigir el proceso penal, manteniendo la integridad del ordenamiento punitivo mediante la aplicación de sus normas, declarando en el caso concreto la existencia de los delitos (faltas) e imponiendo las penas ( y medidas de seguridad), SIEMPRE QUE SE HAYA EJERCITADO LA ACCIÓN " Es decir, la potestad jurisdiccional o potestad de administrar justicia la tienen los jueces de la Función Judicial y la acción penal se concreta cuando interviene el órgano jurisdiccional penal.

No está demás indicar que en algunas legislaciones extranjeras se consagra como un derecho de carácter procesal el derecho a la tutela jurisdiccional , que a nuestro entender es la acción penal; así ocurre, por ejemplo, en la hermana República del Perú, donde en la Constitución nacional se atribuye, incluso, al Ministerio Público, como misión sustancial la promoción, de oficio o a petición de parte, de la acción de la justicia en defensa

---

<sup>9</sup> ZABALA JORGE.- Comentarios al Código de Procedimiento penal. Pag 245, año 2002

<sup>10</sup> Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 282 numeral 3

de la legalidad ,y , como encargo trascendental y específico, en materia penal, el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte.

En Alemania, en cambio, según el estudio de Roxín, la fiscalía es el órgano estatal competente para la persecución penal, y es un órgano independiente de la administración de la justicia .La novedad es que el fiscal del proceso penal alemán no es "parte". Por ello, no tiene que reunir, unilateralmente, al decir de Roxín, material de cargo contra el imputado, sino que debe investigar también las circunstancias que sirvan de descargo, su único cometido es con la verdad y la justicia. Tiene "el señorío del procedimiento de investigación; debe tomar las medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la realización de la pretensión punitiva estatal la acción pública de instancia oficial.

### **3.1.2. FINES DE LA ACCIÓN PENAL.**

Para establecer si nos encontramos ante un delito o falta debemos examinar la gravedad del hecho cometido. Esta gravedad se analiza desde el punto de vista de la acción del sujeto y daño producido por éste. Siguiendo un criterio cualitativo los delitos y las faltas son iguales, la diferencia está en la gravedad (los delitos son más graves que las faltas). Resulta determinante para analizar la gravedad del hecho ver el grado de afectación al bien jurídico. En este sentido el profesor Villavicencio: Las infracciones penales se clasifican formalmente en delitos y faltas. Esta es la clasificación bipartita. En el derecho comprado existe una clasificación tripartita que identifica crimen, delito y contravención. En el Perú no existe la diferencia entre crimen y delito. La diferencia entre delito y falta son esencialmente cuantitativas y legales. El propósito de señalar diferencias cualitativas no ha tenido éxito.



### **3.2.1. Definición de delito.**

Es la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y penada por la ley. La acción es un hecho previsto en la Ley Penal y dependiente de la voluntad humana.

A lo largo de nuestro Código Penal no encontramos una definición exacta de lo que se debe considerar como delito, pero tenemos una aproximación en el art. 11º, donde se dice: son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas pro la ley. Es decir, las características de los delitos son:

- a. Tiene que ser una acción u omisión.
- b. Dicha acción u omisión tiene que ser dolosa o culposa.
- c. Dicha conducta debe estar penada por la Ley.

Esta es la definición general que nos da el Código Penal, sin embargo la doctrina amplia esta definición dándonos los elemento del delito, que a continuación, en el siguiente, ítem señalaremos.

### **3.2.2. Elementos del Delito**

Como ya se mencionó en el párrafo anterior, la definición general que nos da el Código Penal sobre el Delito es ampliada por la doctrina dándonos los siguientes elementos del delito:

Acción.

Tipicidad.

Antijurídica.

Culpabilidad.

Al analizar el delito, se sigue el orden descrito anteriormente, es decir, primero se analiza la conducta, segundo la tipicidad, tercero al antijuricidad y

cuarto la culpabilidad. En ningún caso se puede obviar uno de ellos porque, cada uno es pre-requisito del siguiente.

### **3.2.3. La Acción**

La acción es la conducta, es el comportamiento humano voluntario, positivo. Y primer elemento para que exista el delito. A veces un acto o conducta involuntaria puede tener en el derecho penal, responsabilidad culposa predeterminada.

"La acción es el comportamiento del sujeto -por acción como por omisión-".

Dentro de la concepción finalista, se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad.

La acción es un acto humano determinante de una modificación del mundo exterior tenida en cuenta por el legislador para describirla y sancionarla con una pena y debe cumplir de ciertas condiciones.

El concepto de acción es un concepto jurídico o normativo, pues, el Derecho Penal lo obtiene a través de un procedimiento constructivo donde se realiza una abstracción de lo que existe en la realidad. Lo que si podemos tener en cuenta es que al valoración de este elemento puede variar según los criterios adoptados por las diferentes legislaciones, pero lo decisivo es que la acción debe contar con los requisitos y las funciones que exige la teoría moderna de la imputación del delito.

### **3.2.4. La Antijuricidad**

Contradicción al Derecho. En el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido a la norma jurídica.

Los Elementos esenciales del delito deben estar presentes para que el mismo se configure; la Antijuricidad, hace imposible la integración del delito.

La Antijuricidad, es pues, el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como un orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos.

En este sentido, Santiago Mir Puig nos enseña: "La Antijuricidad penal requiere la realización de un tipo penal sin causa de justificación. A) El primer requisito de la antijuricidad penal es la Tipicidad Penal. Un hecho es penalmente típico cuando se halla previsto por la ley como constitutivo de una especie o figura (tipo) de delito, como el asesinato, el robo, la estafa, la falsificación de documento público, etc. La Tipicidad es una exigencia del Estado de Derecho, vinculada al principio de Legalidad. B) Todo tipo penal exige una "acción" o "comportamiento humano". El Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho sólo puede tratar legítimamente de evitar lesiones de bienes jurídico-penales mediante valoraciones y normas".

### **3.2.5. Legítima defensa.**

La Legítima Defensa implica la realización de un acto típico con el fin de proteger un bien jurídico individual. Desde hace mucho tiempo, ha sido prevista en las diferentes legislaciones. Sobre sus aspectos fundamentales, no existen diferencias radicales entre la regulación legislativa y las explicaciones de la doctrina. Sin embargo, se discute mucho sobre su fundamento y la extensión de su ámbito de aplicación. Estas discrepancias se evidencian en particular, en los aspectos específicos de la manera cómo ha sido regulada en los códigos penales.

### **3.2.6. La Culpabilidad**

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

Para Vela Treviño, la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta".

La calificación de una conducta como típica y antijurídica expresa solamente que el hecho realizado por el autor es desaprobado por el Derecho, pero no que el autor deba responder penalmente por ello, cuestión que debe decidirse en el ámbito de la Culpabilidad, esto es, en función de la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad que tenga, de la motivabilidad respecto a la conminación legal que posea y de la exigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho. La responsabilidad o culpabilidad es la posibilidad de atribuir un hecho desvalorado a su autor.

### **3.2.7. Naturaleza jurídica.**

1. Teoría Psicológica. Esta funda la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo. El adecuado análisis de la culpabilidad presupone el del sujeto por cuanto hace al elemento volitivo.
2. Teoría Normativa. Según esta teoría, la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche.

### **3.2.8. Explicar la relación de culpabilidad con la imputabilidad**

Toda vez que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, esta teoría excluye a los inimputables. Art. 11º. CP prevé dos posibilidades de reproche: Dolo y Culpa.

### **3.2.9. Inculpabilidad.**

Es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprociabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene

una relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

Imputabilidad: Es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal. La imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; así, no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.

Inimputabilidad: Es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal.

### **3.2.10. La Tentativa**

Es un grado de ejecución que queda incompleta por causas no propias del agente y, puesto que no denota la intención delictuosa, se castiga.

En la tentativa, el agente da comienzo a la ejecución del delito que decidió cometer, sin consumarlo, por ello se afirma que es una forma imperfecta de realización del delito. La Dra. Ana Calderón Sumarriva en su obra el ABC del Derecho Penal define a la” tentativa como la ejecución de un delito que se detiene en un punto de desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación; es decir, antes de que se haya completado la acción típica”<sup>11</sup>.

Maurach considera que la tentativa es una defecto del tipo, que está dado cuando se presenta el tipo subjetivo, pero hay un hueco en el tipo objetivo.

El Juez reprime la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

Son los actos que se entienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta la consumación. Se trata de la utilización concreta de los

---

<sup>11</sup> CALDERÓN SUMARRIVA, Ana El ABC del Derecho Penal

medios elegidos en la realización del plan. La tentativa es la interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación.

### **3.3. LA ACCIÓN PÚBLICA**

El Dr. Ricardo Vaca Andrade en su "Manual de Derecho Procesal Penal", señala con claridad meridiana, que así como a los particulares les está prohibido realizar actos violentos de autodefensa de sus derechos, la prohibición rige también para el Estado, "por ello, cuando se comete un delito o un hecho que tiene apariencia de delito, las autoridades públicas no aplican de manera directa e inmediata las sanciones previstas en la ley penal sustantiva. Es indispensable que, previamente, se instaure un proceso penal de acuerdo a las normas constitucionales y del Derecho Procesal Penal, para garantizar efectivamente el derecho a la defensa que tiene el sospecho o el imputado. Así mirado, el proceso penal es, a la vez, un instrumento de juzgamiento y hasta de represión, si se quiere, pero también lo es de respeto a las garantías constitucionales, en cuanto, tan solo cuando se han cumplido los actos procesales pertinentes a cada etapa, de investigación y de juzgamiento, se puede declarar oficialmente si una persona es culpable o inocente".

Por ello poduedo a firmar que el fundamento del ejercicio de la acción penal, antes que legal, en el caso ecuatoriano, es eminentemente constitucional, en virtud de que una vez perpetrado el delito, la acción penal entra en funcionamiento.

Debo recalcar que la tutela efectiva es un derecho de protección que se encuentra elevado a rango constitucional (art. 75 de la Constitución) y también se encuentra desarrollado en el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial como principio de tutela judicial efectiva de los derechos.

Puedo decir, sin ambages, que el fundamento de la acción Penal está contenido de manera constitucional en la disposición constitucional arriba transcrita y que la acción penal es un verdadero derecho a la tutela jurídica. El

ejercicio de la acción penal pública en facultad de la Fiscalía está expresamente señalado en el artículo 195 de la Constitución de la República. Pero como bien ha señalado Jaime Santos Basantes, en su "El Debido Proceso Penal" El fiscal, en el nuevo sistema procesal penal, "dirige la investigación preprocesal y procesal penal, bajo su dirección se encuentra la Policía Judicial; se aspira que con las nuevas reglas de juego se edifique un panorama más confiable en la investigación del ilícito a través del análisis objetivo del *intercriminis*; sin embargo, hay que reconocer con profunda preocupación que estos buenos propósitos consagrados en la Constitución y en la ley aún están lejanos de una auténtica y efectiva aplicación, no se puede cerrar los ojos a la realidad, hay que reconocer que la corrupción en la actualidad continúa teniendo gran influjo en los procesos investigativos y en la toma de decisiones por parte de determinados representantes de la Fiscalía, policías judiciales y jueces. No se debe callar ni ser cómplice ante una verdad que es evidente, un secreto a voces, que resulta imposible como pretender tapar el sol con un dedo."

Por otra parte, el maestro Zavala Baquerizo en su obra "El Debido Proceso Penal", manifiesta que: "es necesario tener presente que el derecho a la tutela jurídica por parte de los órganos jurisdiccionales no solo comprende la acción del que demanda dicha tutela sino también la correlativa a la contradicción que ella origina, esto es, que no sólo el que se considera ofendido con una conducta lesiva a sus bienes e intereses es el que puede demandar la tutela judicial, sino también el que, por esa demanda se ve inmerso dentro de un proceso y, por ende, tiene también el derecho de protección jurídica, que no puede ser rechazado por los jueces"<sup>12</sup>.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 6 de la ley reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal (RO.S 555 del 24 de marzo

---

<sup>12</sup> ZAVALA BAQUERIZO El Debido Proceso Penal

del 2009) se sustituyó el artículo 32 del Código de Procedimiento penal <sup>13</sup>por el siguiente:

Art. 32.- Clasificación.- Desde el punto de vista de su ejercicio, la acción penal es de dos clases: pública y privada.

Y el inciso primero del artículo 33 del mismo cuerpo legal determina que el ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al Fiscal, esto en armonía con lo preceptuado en la Constitución de la República (art. 195) y del Código Orgánico de la Función Judicial (art. 282)

Cuando se dice que la Acción Penal es pública, lo que se quiere expresar es que es de Derecho Público y que por lo tanto pertenece al Estado.

La acción es un poder jurídico concedido por Estado a las personas. Pero esta acción, -dice Zavala- como tal poder no puede ejercerse, no puede tomar vida hasta tanto no se cometa la infracción, por lo cual decimos que la infracción es el presupuesto necesario para el ejercicio de la acción. "Entre la acción y el ejercicio de la acción media la infracción". En consecuencia, ésta no es el objeto de la acción, es el presupuesto del ejercicio de la acción.

En el antiguo Código de Procedimiento Penal se establecían como modos de ejercer la acción penal la excitación fiscal, la denuncia, la acusación particular, la pesquisa que de oficio efectúa el juez, el parte policial informativo o la indagación policial o la orden superior de origen administrativo.

Es importante anotar que de acuerdo con las últimas reformas al código procesal se sustituyó el artículo 37 por el siguiente:

Art. 37.- Las acciones por delitos de acción pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o su representante,

---

<sup>13</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Art. 32



siempre que el juez de garantías penales lo autorice. El fiscal podrá allanarse a este pedido; de no hacerlo, argumentará al juez de garantías penales las razones de su negativa.

### **3.3.1. No cabe la conversión:**

- a) Cuando se trate de delitos que comprometan de manera seria el interés social;
- b) Cuando se trate de delitos contra la administración pública o que afectan los intereses del Estado;
- c) Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio;
- d) Cuando se trate de crímenes de lesa humanidad; o,
- e) Cuando la pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años de prisión.

Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque solo uno haya presentado la acusación particular.

Transformada la acción cesarán todas las medidas cautelares que se hayan dictado.

Si el ofendido decide presentarse como querellante para iniciar la acción privada, será competente el mismo juez de garantías penales que conocía del proceso en la acción pública. El plazo para la prescripción de la acción privada correrá a partir de la resolución de la conversión.

La conversión procederá hasta el término de cinco días después de que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa.

### **3.3.2. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA**

Se afirma que varias son las características de la acción penal pública:

**a) Publicidad.-** Se dice que por su importancia en la vida de la sociedad, el Estado ha dispuesto que su actividad sea fundamentalmente dirigida a reintegrar la paz social perturbada por el delito, y por ello, La Fiscalía General del Estado, como ente protector de la sociedad ejerce a plenitud integralmente durante todo el desarrollo del proceso penal la acción penal.

**b) Oficialidad.-** Se considera un verdadero monopolio de la Fiscalía General del Estado que la Constitución haya determinado que sea el titular de la acción penal pública. Recordemos que en la Constitución de 1998 esta entidad era adscrita al Estado, en cambio en el nuevo marco constitucional y legal del 2008, la Fiscalía General es un órgano de la Función judicial cuyo ámbito de actuación está señalado en la Constitución, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en el Código de Procedimiento penal

**c) Indivisibilidad.-** La acción penal es única, si bien en el proceso aparecen actos diversos promovidos por el titular de la acción penal, la acción es única y tiene una sola pretensión: la sanción penal que alcanza a todos los que han participado en la comisión del delito. No existen distintas acciones que correspondan a cada agente, sino una acción indivisible.

**d) Obligatoriedad.-** Existe la obligación por parte de la Fiscalía General del Estado de ejercitar la acción penal ante la noticia de la presunta comisión de un hecho ilícito..

En otro aspecto es importante señalar que la acción penal pública es irrenunciable por cuanto quienes ejercen la acción según asevera Walter Guerrero Vivanco, no pueden retractarse del Informe fiscal acusatorio, de la denuncia o de la acusación particular, con el propósito de impedir que continúe la sustanciación de la causa, pues si bien es verdad que de acuerdo a lo

establecido en el Código de Procedimiento Penal cabe el desistimiento de la acusación particular en los procesos por delitos de acción pública, el trámite continúa con la sola intervención del fiscal, ya que de acuerdo con el Código Penal, el perdón de la parte ofendida o la transacción con ésta no extingue la acción pública por una infracción que debe perseguirse de oficio.

La acción penal pública es indivisible, en razón de que una vez que se la promueve involucra a todos aquellos que de una u otra manera han intervenido en la comisión de un delito o han concurrido a su ejecución, es decir, a quienes alguna responsabilidad tuvieren supuesto que nadie deberá escapar a la represión penal. Es decir, que ni el fiscal ni el denunciante ni el acusador particular, pueden obligar al juez para que limite la iniciación o la prosecución del proceso solo en contra de uno de los presuntos culpables de la infracción de acción pública.

Otros autores sostienen (por ejemplo el Dr. Ricardo Vaca Andrade) como características de la acción penal: la publicidad, la oficialidad y la irrevocabilidad, además de la indivisibilidad y de la irrenunciabilidad.

Los delitos de acción pública pero de instancia particular, actualmente con las reformas que ha tenido el Código de Procedimiento Penal, solamente son los delitos de revelación de secretos de fábricas y las estafas y otras defraudaciones. Y los delitos de acción privada son: a) el estupro perpetrado en una mujer mayor de 16 años y menor de 18; b) rapto consensual en mujer mayor de 16 y menor de 18 años; c) injuria calumniosa y no calumniosa grave; d) daños en propiedad privada, excepto incendio; e) usurpación; í) muerte de animales domésticos o domesticados; g) atentado al pudor de un mayor de edad.

Vale puntualizar, a guisa de ser reiterativo, que de conformidad con el actual Código de Procedimiento Penal del año 2000 y que entró en vigencia en el 2001, el título segundo se denomina la Acción Penal y este título comprende

el capítulo I denominado Reglas Generales; el capítulo II trata sobre la denuncia, el capítulo III sobre la Acusación Particular, habiendo una mala estructura del Código, que muchos autores sostienen que es inconstitucional, toda vez que la Acusación Particular y la denuncia son medios de ejercer la Acción Penal.

Esperemos que pronto, los sabios legisladores rectifiquen los errores e inconstitucionalidades del actual Código de Procedimiento Penal, aprobando o expidiendo un nuevo Código, que según tenemos entendido ha sido confeccionado con rigurosidad científica atendiendo las particularidades de nuestra idiosincrasia y acogiendo el sistema oral en lo sustantivo, desechando los aspectos procesales negativos del actual Código, y por sobre todo, volviendo operativo un nuevo Código de Procedimiento Penal que esté en consonancia con los principios y postulados contenidos en la Constitución de la República.

#### **3.4. LA ACCIÓN PRIVADA**

Se denomina delito privado o delito de acción privada, en Derecho procesal penal, a un tipo de delito que, por no considerarse de una gravedad tal que afecte al orden público de la sociedad, no puede ser perseguido de oficio por los poderes públicos (es decir, policía, jueces o Ministerio público), sino que es necesaria la intervención activa de la víctima como impulsora de la acción de la justicia y como parte en el proceso judicial.

El cauce procesal a través del cual una víctima de un delito de acción privada puede perseguir la acción de la justicia se denomina querrela.

El delito se contrapone al delito de acción pública, en dónde los poderes públicos tienen la potestad de perseguir de oficio la acción de la justicia, y en dónde no es necesaria la voluntad de la víctima ni su personación en el proceso.

Algunos ejemplos de delitos de acción privada son las injurias o calumnias, en donde el injuriado o calumniado es quien busca una condena a través de una querrela, si bien dependerá en cada caso del ordenamiento jurídico.

#### **3.4.1. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA**

- Voluntaria.- En el acto de promover la acción penal privada prima la voluntad del titular.
- Renunciable.- La acción penal privada es renunciable.
- Relativa.- La acción penal privada es relativa, por cuanto la administración de todo el proceso penal y, sobre todo, la capacidad de ejercitar el ius puniendi está en manos del Estado, el particular tiene por tanto sólo facultades que se enmarcan dentro del control penal estatal.

Por último, cabe señalar que la acción penal privada en la mayoría de los países se encuentra limitada a unos cuantos delitos referidos mayormente al honor y los que afectan bienes jurídicos íntimos de la persona humana, violación de la intimidad personal o familiar, entre otros.

#### **3.5. LA PRUEBA.**

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

Hernando Devis Echandía dice que “por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba en la misma línea el tratadista Nores expresa que “el objeto de la prueba es aquello susceptible de ser probado; aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba.”<sup>14</sup>.

Por su parte Roxin concretando el objeto de la prueba en el ámbito penal sostiene que “mientras en el proceso civil, dominado por el principio dispositivo, solo necesitan ser probados los hechos discutidos, en el proceso penal, como consecuencia de la máxima de la instrucción, rige el principio de que todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial deben ser probados”, criterio que se lo recoge en el Art. 84 del Código de Procedimiento Penal reformado, al establecer que “se pueden probar todos los hechos y circunstancias de interés para el caso”<sup>15</sup>.

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

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

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

---

<sup>14</sup> Devis Echandía, Hernando. Citado por Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 142.

<sup>15</sup> Código de Procedimiento Penal Art. 84 del

Ricardo Vaca en este aspecto manifiesta que en principio, todo lo que es susceptible de prueba puede probarse en un proceso penal, así, por ejemplo, los hechos naturales una tormenta, el clima, un rayo, o humanos, físicos una herida, una lesión, o psíquicos la intención homicida, la imprudencia o negligencia. Igualmente, la existencia y cualidad de una persona, de cosas o de lugares el nacimiento o muerte, la bondad o peligrosidad de una persona, la existencia de objetos robados, el despoblado. También se pueden probar las normas de experiencia común, como los usos y costumbres comerciales o financieros. Lo que no se puede probar es la existencia de los hechos notorios, como por ejemplo, quien es el Presidente de la República; o de los hechos evidentes, como por ejemplo, si una persona que camina y habla está viva, salvo que sean controvertidos razonablemente.

Tampoco debe probarse la existencia del derecho positivo vigente, ni aquellos temas sobre los cuales las leyes prohíben evacuar prueba, como la verdad de la injuria no calumniosa (que una persona es gorda, vieja, fea y que tiene defectos físicos)<sup>16</sup>.

#### b) Objeto de la prueba en particular

Concretamente en materia penal deben probarse aquellos hechos que tienen importancia o trascendencia respecto de la finalidad del proceso penal, es decir aquellos aspectos que dicen relación con lo que en doctrina se conoce como el tema de la prueba, el cual conjuga dos elementos: la comprobación de la existencia de la infracción y la comprobación de la culpabilidad de los acusados, que en definitiva son los dos temas alrededor de los cuales se desarrolla la actividad probatoria, tratándose en ambos casos de prueba específica y no genérica, toda vez que se dirige siempre a la comprobación de un hecho específico que hay que individualizar en su esencia material y psíquica<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 100.

<sup>17</sup> Cfr. Manzini. Citado por Zavala Jorge: op. cit., pp. 144 y 145.

### **3.6. FINALIDAD DE LA PRUEBA**

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

Para otra parte de la doctrina queda excluida esta consideración y, la finalidad de la actividad probatoria se halla circunscrita, “en términos que abarcan a todas las ramas del Derecho, a producir en el ánimo del juzgador la convicción, no lógica o matemática, sino psicológica, sobre la existencia o inexistencia, la verdad o la falsedad, de los hechos de que se trata”<sup>18</sup>, y aplicada a la materia penal conlleva la convicción sobre la existencia o inexistencia del hecho incriminado y de la participación o no del encausado en su producción, lo cual puede determinar que el juzgador alcance la certeza, probabilidad o duda sobre estos aspectos, y que a su vez incida en las resoluciones que el juzgador deba dictar, ya sean autos de llamamiento a juicio o de sobreseimiento, en las variedades establecidas en la ley, sentencia condenatoria o sentencia absolutoria, entrando en consideración inclusive el principio del in dubio pro reo.

#### **3.6.1. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

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

---

<sup>18</sup> Palacio, Lino Enrique: op. cit., p. 13



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

### **3.6.2. ÍNTIMA CONVICCIÓN**

En esta modalidad de valoración de la prueba el juzgador actúa por su convicción íntima, de acuerdo a lo que le dicta la intimidad de su conciencia, de allí su denominación, pues no tiene que sujetarse a un orden normativo sobre la forma de otorgarle valor a un determinado medio probatorio, ni tampoco tiene el deber de dar a conocer los fundamentos y razones que lo motivaron para dictar la sentencia en tal o cual sentido, siendo este procedimiento propio del juicio por jurados en el sistema norteamericano o anglosajón, cuando a base de su íntimo convencimiento, el jurado al momento de resolver, debe expresar su conclusión afirmativa o negativa para cada uno de los puntos que sobre las cuestiones de hecho se someten a su decisión, sin necesidad de fundar, motivar o fundamentar su determinación, a tal punto que lo resuelto es vinculante, no obstante la aparente contradicción que pudiera presentar con las pruebas aportadas en el juicio<sup>19</sup>.

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

---

<sup>19</sup> Cfr. Jauchen, Eduardo: op. cit., p. 46.

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

### **3.6.3. Prueba Tasada**

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

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

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

Se critica este sistema por que la valoración de la prueba se reduce a un procedimiento meramente formal, sin permitir un mayor rango de acción del Juez en su proceder y en su poder de decisión ya que muchas veces tendrá que sujetarse estrictamente a lo que le dice la ley y no a su libre convicción, aún cuando una y otra se encuentren en evidente contradicción, de allí que se dice que para la aplicación de este sistema se requiere un Juez técnico, antes que uno versado en el dominio del ordenamiento jurídico.

### **3.6.4. Oportunidad de la Prueba**

La oportunidad de la prueba dice relación con los aspectos extrínsecos de la misma, y concretamente se refiere al tiempo que se concede para la

presentación y práctica de los elementos probatorios, o al momento procesal determinado para el efecto.

Devis Echandía dice que “la presentación de la prueba está sujeta a condiciones extrínsecas de tiempo, modo y lugar, esto es, oportunidad y consecuente preclusión, idioma y forma oral o escrita, concentración en audiencia o en un período o término para la presentación de los memoriales petitorios (según el sistema oral o escrito del proceso)”<sup>20</sup>.

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

Penales, siendo éste el momento procesal oportuno para la práctica probatoria.

### **3.6.5. Principios de la Prueba**

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

### **3.6.6. Principio de Formalidad**

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

---

<sup>20</sup> Devis Echandía, Hernando: op.cit., p. 267

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

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

Así, según este principio la prueba está revestida de requisitos extrínsecos e intrínsecos, los primeros referidos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; y, los segundos que conllevan la ausencia de vicios como dolo, error, violencia y de inmoralidad en el medio mismo”<sup>21</sup>.

### **3.6.7. Principio de Unidad**

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

Devis Echandía recalca que este principio “significa que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su

---

<sup>21</sup> Véase Devis Echandía, Hernando: op. cit. pp. 117 y 118.

concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme”<sup>22</sup>.

En materia procesal de manera general cada parte pretende justificar sus pretensiones y excepciones, y en el ámbito penal aquello conlleva que se aporten elementos de cargo o de descargo, y que se presenten las pruebas de sustento tanto de la acusación como de la defensa en franca oposición o contradicción: sin embargo de aquello, los medios probatorios deben ser apreciados en su conjunto, de manera global, sin importar muchas veces los resultados que se obtengan de ellos, pues éstos no siempre pueden ser favorables a la parte que los aportó, de allí que se dice que la prueba practicada pertenece al proceso, no a quien la pidió o la adujo”<sup>23</sup>.

### **3.6.8. La ineficacia probatoria**

El Art. 80 del Código de Procedimiento Penal prescribe que “toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna.

La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías”.

Al referirnos a la legalidad de la prueba habíamos mencionado que el sometimiento a las disposiciones legales que rigen la petición, disposición judicial, práctica e incorporación de la prueba es de trascendental importancia, so pena de invalidar la misma, entrando en juego lo relativo a la nulidad procesal y a la ineficacia probatoria.

---

<sup>22</sup> Devis Echandía, Hernando: op. cit., p. 110.

<sup>23</sup> Devis Echandía, Hernando: op. cit., p. 290.

Es necesario determinar que con relación a la validez de las actuaciones probatorias en nuestro Código de Procedimiento Penal se han establecido dos disposiciones concretas, la una la del Art. 80, transcrito anteriormente, y la otra la del Art. 83, que también lo citamos al tratar la legalidad, estableciéndose que por un lado se deben tener presentes las garantías constitucionales y por otro, las disposiciones procesales del Código”<sup>24</sup>

### **3.6.9. Videos, medios magnetofónicos y su eficacia probatoria**

En esta primera parte de nociones generales sobre la prueba merece especial consideración el tema de los medios de prueba modernos y, concretamente el de las grabaciones magnetofónicas y cintas de video, siendo el mismo complejo por el alcance e importancia que trae consigo, pues en su valoración participan las elaboraciones, percepciones y el discernimiento del ser humano, fenómeno subjetivo que, a pesar del desarrollo tecnológico y el conocimiento científico no puede todavía ser aprehendido de manera plena<sup>25</sup>.

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

Por consiguiente, dentro de este ámbito del derecho procesal, resalta lo atinente a los medios probatorios, y dentro de éstos, los instrumentos magnetofónicos y cintas de video, dado el avance científico y tecnológico que ha alcanzado la humanidad, que en muchos ordenamientos jurídicos ha causado

---

<sup>24</sup> Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 62.

<sup>25</sup> Véase Devis Echandía, Hernando: op. cit., pp. 527 y 528

más de una controversia o dificultad en cuanto a su práctica, incorporación y valoración.

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

Pero la dinámica social de los últimos tiempos ha determinado el surgimiento de los denominados “nuevos medios de prueba”, los cuales han sido definidos como “aquellos que no aparecen relacionados en las antiguas leyes de enjuiciamiento (o, con mayor propiedad, aquellos que no pudieron estar en la mente del legislador al tiempo de 36 Gómez del Castillo y Gómez, Manuel: Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil, Universidad de Huelva, España,

En cuanto a la valoración de los “nuevos medios de prueba” las posiciones en la doctrina han venido siendo contrapuestas, pues mientras para quienes los nuevos medios de prueba no son sino expresiones actualizadas de los medios clásicos teoría analógica, los criterios de valoración son aquellos señalados por la ley para los medios en los que son subsumidos; en tanto que para quienes los nuevos medios de prueba tienen una naturaleza propia y diversa de las asignadas a los medios tradicionales teoría autónoma, los criterios de valoración también son propios.

Se ha discutido en la práctica el alcance de las disposiciones de los Arts. 155 y 156 del Código Adjetivo Penal con relación a la autorización que debe

otorgar el Juez para la interceptación, registro y reconocimiento de conversaciones telefónicas o de otro tipo, así como de películas, registros informáticos, fotografías, discos u otros documentos semejantes, y si aquellas grabaciones tendrían valor probatorio cuando no se cuente con dicha autorización.

En ese sentido Jorge Zavala Baquerizo dice, en el mundo actual se ha generalizado el uso de una serie de mecanismos tendientes a prevenir la comisión de delitos o, en su defecto, con la finalidad de identificar a las personas involucradas en tales delitos. Los sistemas de control y de seguridad a que nos estamos refiriendo son utilizados principalmente en los bancos, en los supermercados, en los casinos y más negocios similares, a través de las cámaras de video que tienen como objetivo tanto el control visual de los clientes, como la vigilancia de la conducta de los empleados. Los administradores de los negocios en que se instalan tales cámaras no necesitan solicitar autorización, ni policial, ni judicial, para la respectiva instalación pues, al contrario, la administración pública considera que tal control interno en los locales comerciales o industriales constituye una ayuda en la lucha contra la delincuencia. Lo mismo sucede con las cámaras de video que en algunas ciudades, como Guayaquil, se han instalado en ciertas avenidas con fines de vigilancia del tránsito y de control ciudadano”<sup>26</sup>.

Comparto plenamente el criterio antes enunciado de que en estos casos no es necesaria la autorización judicial pues los mecanismos indicados coadyuvan en la vigilancia de los lugares donde fueren instalados, siempre y cuando fueren lugares abiertos, públicos y de libre circulación. Precisamente este ha sido el contexto para que en las últimas reformas al Código de Procedimiento Penal, publicadas en el Registro Oficial No. 555 de 24 de Marzo del 2009, se haya incluido un artículo innumerado a continuación del Art. 156,

---

<sup>26</sup> Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 266.



el cual en su último inciso establece: “Sin embargo, en aquellos casos de grabaciones o filmaciones relacionadas a un hecho constitutivo de infracción, registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución, por los medios de comunicación social o por cámaras de seguridad, ubicadas en lugares públicos, le servirán al fiscal para integrar la investigación y para introducirlas al juicio como elemento de prueba para su valoración. Éstas no requerirán de la autorización a la que se refiere el artículo ciento cincuenta y cinco”.

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

Pero la situación varía cuando se trata de la instalación de los indicados artefactos en lugares privados, los cuales deben ser considerados fuera del control audiovisual, porque de lo contrario se estaría afectando la intimidad de las personas y, para la obtención de las imágenes y sonidos en tales lugares, es necesario que preceda autorización judicial y sólo en los casos en que el juez lo considere indispensable, esto es, que no exista otro medio que la instalación de dichos mecanismos para evitar la consumación de un delito, o para obtener la corroboración de un delito ya cometido, o para establecer la intervención de los agentes de tales delitos. El mismo criterio esgrimido con relación a las grabaciones en lugares públicos tampoco puede aplicarse a cuando, de manera ilegal, una persona procede, mediante el sistema de grabaciones, a invadir la privacidad de otra (es el caso por ejemplo de las grabaciones, o filmaciones de

conversaciones de un particular, que han sido obtenidas sin conocimiento de la persona a la cual se graba o se filma, con la pretensión de alcanzar de ellas declaraciones que la perjudiquen personal, social, económica o políticamente)<sup>44</sup>. En estos casos las mencionadas grabaciones carecen de eficacia jurídica y no pueden ser admitidas como medios de prueba, al transgredir derechos individuales consagrados en la Constitución referentes a la intimidad de las personas, la imagen y la buena reputación, e incluso la garantía de que nadie puede ser obligado a autoincriminarse.

### **3.7. LA PRUEBA TESTIMONIAL**

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

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

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

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

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

Mi criterio personal definino a la prueba testimonial en el ámbito penal, como aquel medio probatorio a través del cual los individuos, sea en calidad de terceros imparciales, ofendidos o acusados, comparecen ante los jueces competentes para relatar lo que conocen sobre los hechos sometidos a juzgamiento y contribuir así al esclarecimiento de la verdad procesal.

### **3.7.1. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL**

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

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

legislación ha establecido determinados mecanismos de control y ha impuesto ciertas limitaciones de este medio probatorio.

### **3.8. LA PRUEBA DOCUMENTAL**

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

Eduardo Jauchen, dice que documento es el objeto que materializa una actividad humana significativa para el proceso, pudiendo ser de las más diversas formas y especies: papeles escritos, dibujados o graficados, fotografías, filmaciones, discos, grabaciones magnetofónicas, muestras fotostáticas, esculturas, pinturas, murales, registros de telex o fax, diarios, informes, contraseñas, distintivos, emblemas, etcétera, en suma, cualquier objeto que contenga la representación de un hecho humano. El mismo autor diferencia la noción procesal de documento que es la transcrita anteriormente, como mucho más amplia, de la noción de documento en materia penal circunscrita a una relación jurídica y al contenido de una declaración”<sup>27</sup>.

El concepto antes citado se alinea en la posición de autores como Carnelutti, que descansando sobre la idea de la representación, considera como documento todo objeto material, representativo de un hecho de interés para el proceso; y, la principal consecuencia de esta posición es la inclusión dentro del concepto de documento de los medios e instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido y, en definitiva, de cualquier otra forma de

---

<sup>27</sup> Cfr. Jauchen, Eduardo: La prueba en material penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1996, pp. 271 y 272

representación no escrita independientemente del soporte material utilizado”<sup>28</sup>.

El aporte de la conceptualización del documento en la forma antes señalada es determinante al no circunscribirla al ámbito de la escritura, pues otros autores así lo conciben, como por ejemplo Erich Dôhring, quien expresa que “en derecho procesal se llama documento a la manifestación de un pensamiento que ha tomado cuerpo en caracteres de escritura”<sup>29</sup>.

Pero la concepción del documento rebasa los límites de la escritura, de allí que se dice que el documento “es el testimonio material de un hecho o acto realizado en el ejercicio de sus funciones por instituciones o personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, registrado en una unidad de información en cualquier tipo de soporte papel, cintas, discos magnéticos, películas, fotografías, etcétera en lenguaje natural o convencional Lino Enrique Palacio por su parte denomina documento a “todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia del modo en que esa representación aparezca exteriorizada, diferenciando también así al documento de toda clase de objetos que posean una función probatoria, sino únicamente aquellos que sean susceptibles de representación.

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

---

<sup>28</sup> Véase Serra Domínguez, M. Citado por Lluch, Xavier Abel; Picó, Joan y Junoy: Aspectos Prácticos de la Prueba Civil, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2006, p. 324. 97

<sup>29</sup> Dôring, Erich: La prueba, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2003, p. 227.

legislación procesal al referirse al medio probatorio objeto de nuestro estudio utiliza la denominación de prueba documental en lugar de la de prueba instrumental.

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

### **3.8.1. Valor probatorio**

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

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

Al examinar el sistema de la Libre Convicción había manifestado que el mismo va mucho más allá de la sana crítica como tal, pues incluye la libertad

probatoria en base a los medios admitidos por la ley y la apreciación judicial sustentada en los principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano; pero además conlleva la motivación de las resoluciones, o la exposición de los justificativos o razonamientos de los fallos dictados; de allí que la doctrina habla de una valoración probatoria sustentada en la “sana crítica razonada”.

Es por ello que Eduardo Jauchen sostiene que el sistema de la libre convicción para la valoración de la prueba, establecido por los códigos modernos, descarta toda restricción o forma especial en que se debe probar la existencia o autenticidad de un instrumento privado cuando éste es objeto de prueba; como tampoco la eficacia probatoria que a éste se le debe otorgar cuando es medio de prueba en el proceso. De ahí que no existan normas expresas sobre la cuestión, rigiéndose por aquel principio general.

Sólo algunos códigos que conservan ciertos resabios de los antiguos sistemas, contienen normas en las que se establece que para los documentos privados rigen los medios de prueba establecidos en materia civil, en cuanto no estén limitados o en oposición con los que se determinan en dichos digestos.

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

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

### 3.8.2. La impugnación y el análisis pericial

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

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

- a) como objeto de prueba, cuando haya que examinarlo en su exterioridad y en su contenido material
- b) como medio de prueba; aquí no se considera el documento en su exterioridad, sino en su contenido inmaterial.

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

Al respecto Lino Enrique Palacios al comentar la legislación argentina y al referirse al cotejo de documentos, que se aplicaría al examen pericial manifiesta que: “es la operación técnica, generalmente realizada por peritos



calígrafos, consistente en la comparación de la letra o firma de un documento cuya autenticidad se halla en tela de juicio con las de otros documentos indubitados, a fin de determinar si pertenecen a una misma persona”.

### **3.9. MEDIOS PROBATORIOS EN EL PROCEDIMIENTO DE ACCIÓN PENAL PRIVADA**

La práctica de los medios probatorios en el procedimiento por delitos de acción privada, conforme la reforma, tiene lugar en la audiencia final correspondiente, pero previo a ella, la ley procesal penal en su Art. 372, prevé un “plazo de seis días para que las partes presenten sus pruebas documentales, soliciten los peritajes del caso y anuncien los testigos que deberán comparecer en su favor en la audiencia”. El objetivo del plazo indicado, conforme opiniones vertidas al respecto, estaría dado por que se “anuncien” las pruebas que se practicarán oportunamente, no obstante, la disposición citada se refiere en ese sentido concreta y expresamente al anuncio de los testigos que declararán en la audiencia.

La reforma en sí persigue como finalidad que en la audiencia final se practique toda la prueba, como tiene lugar en la audiencia de juicio en la acción penal pública. En principio, conforme al inciso segundo del Art. 373 del Código de Procedimiento Penal, corresponde al querellante en dicha audiencia formalizar su acusación y presentar sus testigos y peritos previamente anunciados. Aquí la reforma establece que los testigos de forma oral relatarán la relación con la acusación formulada, pudiendo ser repreguntados por la contraparte y el juez de garantías penales. Se incurre en la consideración nuevamente del relato por parte del testigo, que fuera suprimido en cuanto al testimonio propio en la audiencia del juicio en la acción penal pública; y, de que pueden ser repreguntados por el juez de garantías penales, lo cual técnicamente no es correcto, pues al juzgador en ningún momento le corresponde formular repreguntas al declarante, pues aquello es atinente a la parte contraria de aquella que presentó el testigo, conforme lo analizado

oportunamente. Si se pretendió establecer que el Juez formule “preguntas” al testigo luego del relato por él realizado, se estaría retornando a prácticas del sistema ya superado, y no a las que corresponden al sistema oral vigente, en el que el juez carece de iniciativa procesal.

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

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

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

### **3.9.1. LA PRUEBA MATERIAL**

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

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

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

Jorge Zavala Baquerizo al referirse a la prueba material expresa que es el medio probatorio que “lleva al proceso ciertos elementos objetivos “materiales” del acto injusto”<sup>30</sup>.

Ricardo Vaca dice que la prueba material “es la actuación procesal mediante la cual el Juez percibe y aprecia directamente con sus sentidos el objeto, resultados y vestigios de la infracción, así como los instrumentos con los que se cometió”<sup>31</sup>.

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

---

<sup>30</sup> Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., Tomo IV, p. 4.

<sup>31</sup> Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., Tomo II, p.123.

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

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

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

### **3.9.2. El reconocimiento.**

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

cosa que tenga relación con el hecho delictivo, junto con otras que guarden similitud o aproximación análoga, para su determinación clara y precisa”<sup>32</sup>.

El Art. 92 del Código de Procedimiento Penal del Ecuador “determina que si la infracción es de aquellas que, por su naturaleza, produce resultados visibles o deja vestigios, el Fiscal o la Policía Judicial irá al lugar en que se la cometió para practicar el reconocimiento. El resultado, los vestigios, los objetos o los instrumentos de la infracción serán descritos prolijamente en el acta de reconocimiento y pasarán a custodia de la Policía Judicial. Si hay necesidad de pericia, se observarán además las reglas pertinentes”<sup>33</sup>.

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

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

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

### **3.9.3. LA ACTUACIÓN PERICIAL**

En la práctica procesal penal se ha producido un cambio radical en la forma de mirar o de entender el rol cumplido por los peritos, es decir aquellas

---

<sup>32</sup> Cfr. Jauchen, Eduardo: op. cit., pp. 462 y 484

<sup>33</sup> CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Art. 92

“personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio”<sup>34</sup>.

Se manifiesta lo anterior pues en el sistema antiguo, los peritos eran concebidos fundamentalmente como auxiliares de la administración de justicia o como peritos del Tribunal, es decir expertos que ponen su conocimiento especializado al servicio de las necesidades de convicción del juez, sin considerar para nada los intereses de las partes o comportándose en forma completamente neutral o imparcial respecto de ellas; y quienes designaban a los peritos eran los propios jueces, en relación a la utilidad para satisfacer las necesidades de acreditación concretas del caso.

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

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

---

<sup>34</sup> Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio: op. cit. p. 137. 42

#### **3.9.4. EL PERITAJE JUDICIAL.**

Es la persona versada en una ciencia arte u oficio, cuyos servicios son utilizados por el juez para que lo ilustre en el esclarecimiento de un hecho que requiere de conocimientos especiales científicos o técnicos.

#### **3.9.5. CONCEPTO DE PERITAJE:**

Es el examen y estudio que realiza el perito sobre el problema encomendado para luego entregar su informe o Informe pericial con sujeción a lo dispuesto por la ley.

La prueba pericial es también la que surge del Informe de los peritos, que son personas llamadas a informar ante el juez o tribunal, por razón de sus conocimientos especiales y siempre que sea necesario tal Informe científico, técnico o práctico sobre hechos litigiosos.

##### **3.9.5.1. LA PROCEDENCIA.-**

Procede cuando para conocer o apreciar algún hecho de influencia en el pleito, sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos.

##### **3.9.5.2. LA PROPOSICIÓN.-**

La parte a quien interesa este medio de pruebas propondrá con claridad y precisión el objeto sobre el cual deba recaer el reconocimiento pericial, y si ha de ser realizado por uno o tres de los peritos. El Juez ya que se trata de asesorarle, resuelve sobre la necesidad, o no, de esta prueba.

##### **3.9.5.3. EL NOMBRAMIENTO.-**

Los peritos tienen que ser nombrados por el Juez o Tribunal, con conocimiento de las partes, a fin de que puedan ser recusados o tachados por causas anteriores o posteriores al nombramiento.

Son causas de tacha a los peritos el parentesco próximo, haber informado anteriormente en contra del recusante el vínculo profesional o de intereses con la otra parte, el interés en el juicio, la enemistad o la amistad manifiesta.

#### **3.9.5.4. EL DILIGENCIAMIENTO.-**

Las partes y sus defensores pueden concurrir al acto de reconocimiento pericial y dirigir a los peritos las observaciones que estimen oportunas. Deben los peritos, cuando sean tres, practicar conjuntamente la diligencia y luego conferenciar a solas entre sí. Concretan su Informe según la importancia del caso, en forma de declaración; y en el segundo, por informe, que necesita ratificación jurada ante el Juez. El informe verbal es más frecuente y quedará constancia del mismo en el acta.

#### **3.9.5.5. EL INFORME PERICIAL.-**

Los peritos realizarán el estudio acucioso, riguroso del problema encomendado para producir una explicación consistente. Esa actividad cognoscitiva será condensada en un documento que refleje las secuencias fundamentales del estudio efectuado, los métodos y medios importantes empleados, una exposición razonada y coherente, las conclusiones, fecha y firma.

A ese documento se le conoce generalmente con el nombre de Informe Pericial o Informe Pericial.

Si los peritos no concuerdan deberá nombrarse un tercero para dirimir la discordia, quién puede disentir de sus colegas.



1. Todo Informe pericial debe contener:
2. a) la descripción de la persona, objeto o cosa materia de examen o estudio, así como, el estado y forma en que se encontraba.
3. b) La relación detallada de todas las operaciones practicadas el la pericia y su resultado.
4. c) Los medios científicos o técnicos de que se han valido para emitir su Informe.
5. d) Las conclusiones a las que llegan los peritos.
6. 6.- La Ampliación del Informe.-
7. No es usual que se repita el examen o estudio de lo ya peritado, sin embargo se puede pedir que los Colegios Profesionales, academias, institutos o centros oficiales se pronuncien al respecto e informen por escrito para agregarse al expediente y después oportunamente sea valorado.
8. 7.- La Apreciación y Valoración.-
9. La prueba pericial tiene que ser apreciado y valorado con un criterio de conciencia, según las reglas de la sana crítica. Los Jueces y tribunales no están obligados a sujetarse al Informe de los peritos. Es por esto que se dice "El juez es perito de peritos"

### **3.9.6. LOS PERITOS EN EL PROCESO PENAL**

Los peritos son terceras personas, competentes en una ciencia, arte, industria o cualquier forma de la actividad humana, que dictaminan al juez respecto de alguno de los hechos que se investigan en la causa y se relacionan con su actividad.

El juez verá la coordinación lógica y científica; la suficiencia de sus motivos y sus razones, y de ahí la importancia de la motivación de la misma, pues si falta, podrá rechazarse la pericia u ordenarse su aclaración.

Aunque parezca formalmente perfecta y bien motivada, el juez, por no estar convencido, podrá refutarla, pero no significa que puede imponer su arbitrariedad o su capricho, no podrá rechazarla simplemente.

Tendrá que argumentar a su vez tener en cuenta el resto de la prueba obtenida, expondrá las razones por las cuales no concuerda con la pericia y la corrección o incorrección de sus argumentos serán a su vez valorados, como los de pericia, por el superior jurisdiccional.

### **3.9.3.1. LOS PERITOS Y LOS TESTIGOS**

El testigo se caracteriza por un concepto de generalidad; el perito por el de especialidad. Helié decía que es delito quien crea los testigos, mientras que los peritos, por el contrario, son elegidos por el juez. En lo que se refiere al testigo, éste es un medio de prueba y un tercero, o sea, no es un sujeto de la relación procesal, pero a diferencia del perito, no se le puede reemplazar por otro, ya que los hechos determinan según quién los presencie o escuche, qué persona puede declarar.

Además, mientras que el perito declare sobre la base de sus conocimientos, o sea, dictamina, el testigo lo hace sobre sus percepciones, y el primero toma conocimiento del asunto por encargo del juez.

### **3.9.6.2. OBJETO DE LA PRUEBA PERICIAL**

El objeto de la pericia es el estudio, examen y aplicación de un hecho, de un objeto, de un comportamiento, de una circunstancia o de un fenómeno. Es objeto de la prueba pericial establecer la causa de los hechos y los efectos del mismo, la forma y circunstancia como se cometió el hecho delictuoso.

### **3.9.6.3. GARANTÍAS DE LA PRUEBA PERICIAL**

Son los siguientes:

1.- Número.- La ley ordena que se nombren dos peritos, a fin de que sean dos pareceres y puedan aportar mayores conocimientos en el examen a practicar.

2.- Competencia.- La Ley pide que se nombren profesionales y especialistas; sólo si no lo hubiere, el Juez designará a persona a personas de reconocida "honorabilidad y competencia en la materia".

3.- La Imparcialidad.- Se asegura mediante el juramento prestado en el momento de entregar la pericia.

4.- Garantías de la Instrucción.- Como en toda diligencia judicial, la designación de peritos debe ser comunicada a quienes intervienen en el proceso.

5.- Nombramiento.- Como norma general, el nombramiento de peritos corresponde al juez de la causa y lo hará mediante auto.

#### **3.9.6.4. CLASES DE EXÁMENES PERICIALES.**

1.- Balística Forense.- sus objetivos son:

Practicar exámenes de las armas de fuego que le sean remitidas o recogidas en la escena del delito, para determinar sus características, su estado de conservación y funcionamiento, y si han sido o no disparadas recientemente.

Realizar las inspecciones Técnico Balísticas en el lugar de los hechos.

Realizar la prueba de la parafina, para determinar o detectar restos de pólvora, en sospechosos, víctima y vestimentas de los mismos.

Practicar estudios comparativos de proyectiles y casquillos, para identificar las armas de fuego.

Realizar exámenes de las heridas en las víctimas por armas de fuego, para determinar orificios de entrada y salida.

Realizar exámenes de marcas de fábrica, numeraciones otros grabados que existen en las armas de fuego.

Realizar exámenes de sustancias explosivas, sujetas a investigación.

Efectuar la recolección de toda clase de muestra de armas de fuego, cartuchos, proyectiles, casquillos y artefactos explosivos.

#### **3.9.6.5. PARTES DEL INFORME PERICIAL**

Este documento comprende tres partes:

- a.- Descripción de la persona o cosa, objeto del examen, indicando su estado en el momento de realizar el examen.
- b.- Relación de las operaciones practicadas, indicando el método científico empleando así como los resultados.
- c.- Conclusión a que han llegado en vista del examen pericial y como resultado de haber aplicado los principios científicos indicados.

Emitido el Informe, los peritos se presentarán al juzgado para entregarlo personalmente y ante el juez realizar la última etapa de la pericia; la diligencia de entrega y ratificación.

#### **3.9.6.6. LA DILIGENCIA DE ENTREGA Y RATIFICACIÓN PERICIAL**

El Juzgado señalara día y hora para la entrega y ratificación del Informe pericial es diligencia importante, puesto que no puede expedirse sentencia sin que esté ratificado el Informe presentado por los peritos del juzgado.

La notificación permitirá al inculpado y a la parte civil asistir acompañados del perito designado por ellos y llevar preparado el interrogatorio para las preguntas y aclaraciones que absuelvan los peritos. El examen que practique el juez es obligatorio y personal.

La segunda parte consiste en las preguntas y aclaraciones que se soliciten a los peritos, que deberán absolver obligatoriamente.

La tercera parte es el debate contradictorio Art. 167 del C.P.P.

Análisis del reglamento para el sistema de acreditación de peritos.

### **3.9.6.7. REGLAMENTO PARA EL SISTEMA DE LA ACREDITACIÓN DE PERITOS**

El sistema de acreditación de peritos en las diferentes disciplinas científicas y técnicas se desarrollará y funcionará, conforme a las disposiciones del presente reglamento el mismo que rige para todos aquellos profesionales y no profesionales, que posean conocimientos científicos o técnicos especializados o experiencia suficiente para intervenir en calidad de peritos en las causas penales, en las investigaciones preprocesales y procesales penales.

Solamente podrán ser nombrados peritos para intervenir en las causas penales y en las investigaciones preprocesales y procesales penales, quienes sean acreditados como tales por el Ministerio Público.

Cualquier informe pericial que provenga de quien no tuviere la acreditación concedida de acuerdo a este reglamento no tendrá validez legal.

Podrán ejercer los cargos peritos, los profesionales o no, que tengan experiencia en las materias en las cuales deban emitir sus informes, como las siguientes:

Medicina humana, en las especializaciones: Siquiatría, Psicología, Genética, Traumatología, Ginecología, Patología, Obstetricia, Endocrinología, Odontología, Oftalmología, Optometría Medicina animal: Veterinaria Química: Química - farmacéutica, Bioquímica-farmacéutica, Biología, Metalurgia, Criminalística, Balística, Dactilografía Grafología, Filatelia, Intérpretes y traductores, Numismáticos, Fotografía, Ingeniería, en sus diversas especialidades: Industrial, Química, Civil, Informática, Alimentos, Comercial, Agronomía, Ambiental, Minas y Petróleos, Matemática, Física, Mecánica, Telecomunicaciones, Topografía, Textil, Arquitectura, Bancos y Finanzas, Economía, Contabilidad, Bellas Artes (músicos, pintores, escritores, actores) Joyería.

Otras que con el avance científico y tecnológico sean requeridas en las causas penales o en las investigaciones preprocesales o procesales penales.

### **3.9.6.8. DE LOS REQUISITOS PARA LA ACREDITACIÓN DE PERITOS**

El Ministerio Público establece los siguientes requisitos para la acreditación de peritos profesionales:

- a. Título que justifique formación académica, en los casos en que fuera necesario acorde a la especialidad del peritaje requerido; y su respectiva copia;
- b. Experiencia profesional no menor a dos años, en la materia objeto del peritaje;
- c. Inscripción en el correspondiente colegio profesional, si es que hubiere; y,
- d. Tener reconocida honradez y probidad. En el caso de los no profesionales el prestigio deberá ser reconocido dentro de su comunidad.

En las localidades urbanas o rurales, donde no existan peritos que posean los requisitos que se anotan en el artículo anterior se podrá acudir a personas con experiencia en la práctica de las mismas de por lo menos tres años.

El certificado de acreditación será válido por dos años y deberá ser renovable por igual tiempo. Se expedirá además la correspondiente credencial que deberá portarla el perito acreditado.

El certificado deberá contener la acreditación y nombramiento correspondiente con los datos personales que constan en el registro de peritos

Se podrá retirar la acreditación a los peritos en los siguientes casos:

- a. Si se comprobare que alguno de los datos en el registro son falsos; y,
- b. Si no cumple con las condiciones de ética profesional establecidos en los artículos 9 y 10 de este reglamento.

El perito está obligado a practicar todo acto o diligencia propios de su experticia con el celo, esmero, prontitud, sigilo y reserva que la naturaleza del caso exija.

El Ministerio Fiscal General y/o los ministros fiscales distritales concederán los certificados de acreditación y las correspondientes credenciales.

El costo de la inscripción será de VEINTE DOLARES (USD\$ 20) que cubrirán los gastos de su acreditación.

### **3.9.6.9 DEL REGISTRO DE LOS PERITOS**

El Ministerio Público contará con un registro de peritos, el mismo que será llevado por los diferentes distritos fiscales quienes reportarán al Ministerio Fiscal General donde se concentrarán todas las acreditaciones.

El Registro de Peritos será alimentado y actualizado semestralmente, bajo la responsabilidad de cada Ministro Fiscal Distrital, y luego se enviará a la Fiscalía General.

Los datos que deben consignarse en el registro de peritos del Ministerio Público, que forma parte de este reglamento.

Para inscribirse en el Registro de Peritos del Ministerio Público, las personas interesadas, deberán presentarse a consignar sus datos, acompañados de los documentos requeridos, en la dependencia correspondiente de cada Distrito Fiscal.

### **3.10. .INCONGRUENCIAS EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL RESPECTO AL PERITAJE JUDICIAL.**

*Reitero mis agradecimientos al Poder Judicial, especialmente a la Corte de Apelaciones, Tribunal Oral Penal y Juzgados de Garantía de Rancagua, a quienes sin su jurisprudencia y razonamientos consignados en sus valiosos fallos no hubiese sido posible agregar éstos al desarrollo de este trabajo.*

Oswaldo Garrido Muñoz nos ha encomendado la grata responsabilidad de presentar su obra titulada “La Prueba de Peritos en el Nuevo Proceso Penal”, lo que hemos acogido con gratitud y cumplimos con alegría.

Para la comunidad jurídica nacional, el Nuevo Procedimiento Penal ha sido una experiencia notable, un avance de proporciones, pero a la vez un



cambio enorme, que obliga no solo al conocimiento minucioso de la preceptiva dictada, sino a una experticia en el arte de litigar que es altamente exigente”<sup>35</sup>.

Como toda obra humana, no es perfecta, ello quedó demostrado con la necesidad de dictar leyes reformadoras, muy acertadas en general, y dio origen a la necesidad de estudiar e interpretar sus normas, para darles el sentido y alcance más ajustado a su naturaleza de conductas humanas reguladas. En este sentido, nuestro autor hace un aporte valioso.

De allí que obras como esta que ve la luz para servir al conocimiento jurídico nacional, son de una tremenda utilidad y se agradece desde ya al autor el esfuerzo y talento desplegados en su concepción y redacción, fruto de estudios acabados y profundos.

La prueba pericial recibió una refrescante innovación en el nuevo procedimiento penal, a cuyo estudio el autor de la obra que comentamos ha dedicado un esfuerzo serio y muy encomiástico.

Los peritos, como ilustradores objetivos del conocimiento técnico que los jueces requieren para sentenciar, tienen su origen en la noche de los tiempos.

Don Joaquín Escriche, en su reputado (y aun útil) “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, afirma que peritos son los prácticos o versados en alguna ciencia, arte u oficio. Agrega más adelante: No solo en las causas civiles, sino también en las criminales, se tiene que echar mano a peritos, como v.gr. para examinar y reconocer heridas, instrumentos, monedas falsas y otros cuerpos de delito”. Sin embargo, el reputado jurista pone el dedo en la llaga al señalar: “Pero aunque por lo común son muy atendidas en todos asuntos sus declaraciones, deben mirarse no obstante con mucho cuidado y reserva los dictámenes dados sobre estas materias tan delicadas y trascendentales, es que es tan fácil y de tanta consecuencia el error.

---

<sup>35</sup> GARRIDO MUÑOZ Osvaldo.- La Prueba de Peritos en el Nuevo Proceso Penal

Si alguna crítica podemos hacer a la prueba pericial en el procedimiento penal reemplazado, es que existió una tendencia a que los peritos se transformaran en jueces de hecho, y cada vez que se encomendaba una pericia, se evacuaban pesados informes en que la tarea de ilustrar hechos concretos se transformaba en la de resolver la litis, lato sensu, allanando la soberanía judicial de un modo abusivo.

A lo anterior se agregaba que el uso de los peritos adjuntos, designados por las partes implicadas, conducía en demasiadas ocasiones a la redacción de informes al gusto de quien lo encomendaba, lo que le restó seriedad a esta prueba y a la vez derivó en un exceso de informes, contradictorios entre sí, que confundían al juez sentenciador, en vez de darle la iluminación técnica esperada.

Con la reforma procesal penal, la prueba pericial tomó un segundo aire, se abrió la opción de usar de ella con mayor amplitud, y la necesidad de que el perito comparezca a las audiencias y pueda ser interrogado y conainterrogado en persona, sin duda le proporciona un matiz enteramente renovado.

Nuestro autor, junto con hacer un repaso amplio, ilustrado, de la pericia en los distintos procedimientos, de compararlo con la forma en que se rendía en el anterior procedimiento penal, y de exponer las normas que hoy la rigen, nos conduce a una conclusión que puede sorprender: proclama a la pericia como la futura reina de las pruebas.

La verdad es que si estamos en un mundo globalizado, profundamente tecnificado, en que las especializaciones son una necesidad, es aventurado pensar que jueces que son abogados de formación, se encuentren capacitados para resolver temas múltiples, cuya resolución exige el dominio de conocimientos técnicos o artísticos que no dominan.

En tal sentido entendemos y compartimos la afirmación de que la prueba pericial sea a futuro la reina de las pruebas, pero no debemos olvidar el riesgo que anota Escriche con su proverbial sabiduría.

Estimamos que tal temor podemos darlo por superado en el nuevo procedimiento, dada la publicidad, la inmediatez, la necesidad de debatir y discutir in actum, el que nada quede guardado o escondido, lo que puede dar nueva fe a una prueba tan especial.

Nuestro autor tiene mucha razón si consideramos que el modelo del Código Procesal Penal se ha ido extendiendo a los restantes procedimientos, y que en ellos predomina la apreciación de la prueba conforme las reglas de la sana crítica, que siempre fue el modo de considerar la prueba pericial, es decir, se va uniformando en torno a ella la manera de regular la apreciación de todas las demás.

Es muy grato leer esta obra, redactada con un lenguaje directo, sin pretensiones, que transmite una emoción y una fe enormes en el derecho, que nos hace sentir muy complacidos. Hay fe, hay vocación, hay sincero deseo de cultivar y desarrollar una institución procesal interesante, como la que nos ocupa.

Oswaldo Garrido Muñoz merece nuestra gratitud por demostrar que en las provincias, generalmente tan vilipendiadas, tan despreciadas, hay también mentes destacadas, amantes del derecho, afectas a investigar, que se deleitan en pensar, en abrir los ojos del alma a nuevas sensaciones que surgen del conocimiento deslumbrante.

Al abordar el tema sobre El Perito en el Nuevo Proceso Penal, que ha sido muy poco tratado y de gran interés considero a la comunidad judicial, gremios de los abogados, estudiantes de leyes y público en general.

Perito y Pericia son temas que hoy se encuentran en boga, que requieren la mirada tranquila y opiniones reposadas y convergentes de nuestra

judicatura, como asimismo son una herramienta de eficiencia y eficacia que puede insospechadamente convertirse a futuro en la madre de todas las pruebas, desplazando a los otros medios, ya que se cimienta en pilares concretos de conocimiento puro y sobre esa base se estructuran sus informes con respecto a la materia que se considere indispensable su informe, opinión y criterio para que el poder judicial encarnando en la figura del Juez de Garantía, Tribunal Oral en lo Penal, Ilustrísima Corte de Apelaciones y Excelentísima Corte Suprema consideren la opinión del experto y unido a los demás medios probatorios den a luz al hijo concebido en un proceso lógico, racional, nutrido de experiencia la criatura llamada sentencia, pero no alejándose del hecho jurídico que el que resuelve un asunto sometido a su competencia, es aquel que se encuentra investido de jurisdicción, no siendo otro que la persona del Juez de Garantía, Tribunal Oral en lo Penal, Ilustrísima Corte de Apelaciones y Excelentísima Corte Suprema, quienes son los detentadores de la decisión final encarnada en la sentencia.

En esta edición hacemos reflexiones de autores en su mayoría italianos, alemanes y norteamericanos, culturas que en una época de la historia de la humanidad fueron antagónicas (recordemos cultura romana - cultura bárbara) y que sin lugar a dudas son fuentes permanentes del derecho que nos rige en estos tiempos.

Disiento abiertamente con el insigne profesor académico y doctor don Mauricio Duce J., quien en una monografía sobre el tema apreció erradamente este medio probatorio e incluso desde mi perspectiva no comprendió la labor que realizan los Jueces de Garantía y el Tribunal Oral en lo Penal, los minusvaloró intelectualmente al expresar que la cantidad y lo profuso de la prueba de peritos obnubilaba la decisión del Juez de Garantía y Tribunal Oral Penal en su oportunidad quienes se basaban en la pericia para fundar sus sentencias lo que no se condecía con los principios del nuevo proceso penal.

Con respeto creo que dicha opinión no se encuentra lo suficientemente razonada, debido a que se piensa mezquinamente que el juez solo es un buzón que ha de recibir el informe pericial y luego escuchar al perito, sin que pueda él razonar sobre el informe arribando a la decisión que se encarna en la sentencia y que el Juez sabe que debe ser fundamentada, esto quiere decir que la prueba pericial, la declaración del perito y su informe, son antecedentes probatorios que el Juez debe examinar bajo los prismas de los principios de la lógica, de acuerdo a los conocimientos científicamente afianzados y máximas de la experiencia, es decir, justipreciar desde su punto de vista de Juez o Tribunal Oral en lo Penal, no del perito, todos los medios de prueba para dar a luz la sentencia racionalizada, fundamentada que alcance los estándares que requiere la sociedad en materia de decisiones de los órganos del estado que ejerzan jurisdicción, para con ello producirse el llamado principio de la socialización de la sentencia.

Lo anterior, se ve plasmado en el hecho de que los jueces no copian en la sentencia los peritajes, sino que los examinan, razonan y comparan con las otras piezas del rompecabezas probatorio para formar la imagen de la verdad histórico judicial. Por último, sin lugar a dudas que como regla general, existen excepciones y fallos escasos que reproducen el informe pericial, pero para se encuentran los recursos ,para ser empleados en aquellos casos en que la labor jurisdiccional, no ha dado a cada cual lo suyo, y se ha dejado llevar por la opinión y la experticia de un tercero sin que realmente se haya apreciado todo el arco iris probatorio, a fin de dar su propia opinión (judicatura), ya que todos sabemos que los tribunales hablan a través de las resoluciones y sentencias que dictan.

Sabemos que en Chile nuestra legislación partió con la aplicación de las normas Españolas, entre otras “El Fuero Juzgo”; “Las siete partidas”; “La Novísima Recopilación”; “Las Leyes de India”, adaptando la legislación europea (española) a las costumbres de estas nuevas tierras americanas en un principio se amalgamó en Europa el derecho romano con el derecho bárbaro, surgido en

Germania, Galias, Bretania, Regiones sometidas por el gran imperio Romano, pero con el correr de los tiempos hoy se encuentran unidas en torno a una sola forma de proceso, y que aflora, viéndose reflejado cuando una persona siendo capaz de responder penalmente produce el quiebre social y se aleja del orden jurídico, siendo sancionado con la mayor o menor negación de sus derechos personales, dependiendo del perjuicio ocasionado por su acción u omisión, con criterio racional de reinserción social en el orden temporal,”<sup>36</sup> son sometidas a un juicio oral público como última ratio para mantener o restablecer el orden jurídico social, que se ve reflejado en la sentencia.

La pericia, viene a servir a la judicatura en el sentido de aportar los conocimientos técnicos, teóricos, y específicos sobre hechos en que se necesita la claridad suficiente para tomar una decisión adecuada y correcta, en donde se reclama la decisión jurisdiccional de dar a cada cual lo suyo, que en materia penal se encarna en la acción persecutoria del Ministerio Público con el justo equilibrio del Defensor Penal en representación del imputado”<sup>37</sup>. El primero, con su obligación de dar protección a las víctimas, investigar, acusar proponiendo la aplicación de una pena al acusado responsable penalmente del delito, y el segundo, probando según el caso concreto la absolución si fuese inocente o la aplicación de una pena justa si éste mereciere el reproche criminal al haberse cometido el punible.

### **3.10.1. DEFINICIÓN DE PERITO, ELEMENTOS, CARACTERÍSTICAS, DIFERENCIAS Y CLASIFICACIÓN.**

Encontramos que la definición de perito tiene diversas acepciones, dependiendo desde el punto de vista del área del conocimiento que se la

---

<sup>36</sup> Con referente al tema Rafael Fontecilla Riquelme, “La Pena Evolución Natural, Jurídica y Técnica”, Imprenta Cisnero, 1980, y monografía del autor “[laspenasysuaplicación.blogspot.com](http://laspenasysuaplicación.blogspot.com)”; Manuel de Rivacoba y Rivacoba, José Luis Guzmán Dalbora, Sergio Politoff Lifschitz, “Política Criminal y Reforma Penal”, Editorial Jurídica de Chile

<sup>37</sup> Sobre este tema es interesante parar en la memoria los textos de Guiseeppe Graneris, “La Filosofía del Derecho a Través de sus Problemas”, Editorial Jurídica de Chile,

conceptualiza o su origen en que es acuñada, pero se es coincidente en circunstancias que le son comunes al vocablo, como ser **el perito** es ajeno a los intereses de las partes o intervinientes en una causa (desde un punto de vista judicial), su versatilidad, sapiencia o conocimiento en una ciencia, profesión, arte u oficio, y la emisión de su opinión a través de una experticia.

4.

Bajo esta perspectiva encontramos definiciones de perito;

#### **A) Desde el punto de vista Etimológico**

La palabra **perito viene del italiano perito**, que es continuación del latín *peritus*, *-a*, *-um*. Auxiliar de la justicia que, en el ejercicio de una función pública o de su actividad privada, es llamado a emitir parecer o Informe sobre puntos relativos a su ciencia, arte o práctica, asesorando a los jueces en las materias ajenas a la competencia de éstos.”<sup>38</sup>

#### **b) Desde el punto de vista Constitucional y Legal:**

En nuestra legislación constitucional y legal procesal actual no se conceptualiza lo que es el **Perito**, sino quienes pueden ser peritos (idoneidad), la función que ha de desempeñar, la oportunidad en que se requiere la pericia, sobre la materia que debe abordar en su experticia, en razón de su especial conocimiento sobre la ciencia, profesión, arte y oficio que domina, su obligación de declarar, ser interrogado y contrainterrogado por los intervinientes y consultado por Tribunal sobre los resultados de su informe, conocimientos y metodología empleada en su experticia, es así que en el Libro Segundo, Título Tercero, Párrafo Sexto, Artículo 314 del Código Procesal Penal, expresa *“Procedencia del Informe de Peritos, El Ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral que éstos fueren*

---

<sup>38</sup> Diccionario Vocabulario Jurídico E.J. Couture, página 453, Editorial Depalma; Derecho Eclesiástico del Estado de Chile, Jorge Precht Pizarro, Ediciones Universidad Católica de Chile

*citados a declarar a dicho juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito...”.*

Asimismo la legislación sustantiva penal se refiere a los delitos que pueden ser cometidos por el sujeto activo que reviste la calidad de perito, sin definirlo.

Creo que la prueba de peritos está imbuida en el concepto del debido proceso de ley que obliga al tribunal a desarrollar con el máximo de garantías de los intervinientes, todos y cada uno de los principios y garantías para que la sentencia que se dicte en ella se base en un proceso debidamente tramitado, no sólo en lo formal, sino que en lo sustancial, específicamente y de acuerdo a la prueba pericial, esto se verifique en aquellos casos que realmente se requiera en aquellas materias o hechos que necesiten un especialista, técnico o profesional (profesión, arte u oficio), a fin de que expliquen desde su punto de vista la materia o el hecho experticiado, sino se hace así, se vulneraría la garantía del debido proceso de ley, que por negar una prueba que por disposición legal debe emplearse o que por la naturaleza de los hechos se requiera, prevista en el artículo 19 Nro. 3 inciso 5 de la Constitución Política de la República.

La pericia no es extraña al derecho internacional, es por ello que se consignan en los tratados internacionales, no definiéndolos, pero sí haciendo mención expresa o en otros implícitamente contenidas en garantías procesales universales.

Es así que la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículos 10 y 11 consagran el Derecho de Defensa, el juicio público y que la sentencia se base en un debido proceso de ley,”<sup>39</sup> esto no debe ser tomado

---

<sup>39</sup> El artículo 10 de La Declaración Universal de Derechos Humanos, señala “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Asimismo el Artículo 11 Nro. 1. expone “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Y Nro. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos



someramente como un principio garantista, sino que constituye la base de toda sociedad civilizada en que se espera que la decisión judicial que se adopte sea fruto de proceso en que se respete todas y cada una de las garantías y obligaciones (los derechos tiene su contrapeso en las obligaciones) que el derecho internacional y la legislación nacional establece como estándar mínimo para llegar a absolver o condenar a una persona.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 – 22 de Noviembre de 1969, señala en su artículo 8 Nro. 2 literal f) “Derecho de la Defensa de interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, **como testigos** o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 14 y 15 contienen las normas procesales para poder establecer que el derecho de defensa va unido a la acusación, imputación social que se hace a un individuo de un punible y que a través del debido proceso se llegará a una sentencia absolutoria o condenatoria con todos los medios o antecedentes probatorios que se encuentren al alcance del Tribunal para tomar su decisión racional y lógica, por lo que la prueba pericial no se excluye, sino que es necesaria en aquellos casos en que se requieran conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio, porque ello ofrece mayor grado de certidumbre en la decisión.

En el mismo sentido la judicatura ha hecho suya los principios básicos que regulan el proceso y los procedimientos, así lo vemos en “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, ONU Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 p. 59 (1985)”, especialmente en su artículo 5, señala “Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia

---

según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito

ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”. Además el artículo Nro. 6 hace expone lo siguiente: “El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.

### **3.10.2. Desde el punto de vista Jurisprudencial**

Los más altos Tribunales de la República han elaborado gran cantidad de conceptualizaciones sobre el perito que han permanecido en textos de Derecho y Jurisprudencia, y de los cuales hemos extractado algunos de ellos:

1. La genuina misión del perito es la de apreciar hechos que requieran conocimientos especiales de algún arte, ciencia u oficio; por consiguiente, es inaceptable la pretensión del querellante en orden a que los peritos hagan una investigación a fin de establecer un hecho.”<sup>40</sup>

### **2. Las características esenciales de la prueba pericial:**

- a) Auxiliar al tribunal de su decisión valorativa;
- b) Dictaminar sobre la existencia o apreciación de ciertos hechos controvertidos en litigio; y
- c) Fundar el Informe en los conocimientos científicos o técnicos del experto (artículos 409 y 411 del Código de Procedimiento Civil).

La calidad de auxiliar del perito lo diferencia del árbitro.

---

<sup>40</sup> Exc. Corte Suprema, 24 de Julio de 1951. R., T. 48, Sec. 4ª, página. 144. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código de Procedimiento Civil, Tomo II, Página 202 y 203, Editorial Jurídica de Chile.

[14] Casación, 17 de Agosto de 1928, Rev., t. 26, sec. 1ª, pág. 465, y del testigo Casación, 17 de Octubre de 1938- Rev., t. 36, sec. 1ª, pág. 286.

El objeto del peritaje es verificar la existencia o la apreciación de determinados hechos controvertidos, que se denominan “puntos materia del informe.

Finalmente la condición de experto profesional o técnico del perito en la materia a dictaminar, es causa de la exigencia de capacidad requerida

1. El informe de perito, como elemento probatorio, sólo tiene lugar cuando en el esclarecimiento y apreciación de los hechos controvertidos no pueden los jueces tomar por sí mismos conocimiento personal, ya sea por la naturaleza de la materia discutida o por la necesidad de aplicar en su examen los conocimientos técnicos de que el juez carece. (Casación, 28 de Octubre de 1937, Rev. T. 35, Sec. 1<sup>a</sup>, Pág. 163).

Los peritos son personas que cuenta con una experticia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o el ejercicio de un determinado oficio.

Los peritos son terceros ajenos al juicio que procuran a los jueces conocimiento del cual éstos carecen, referido a una determinada ciencia o arte.

La peritación, en general, nace de la necesidad de investigar un hecho en su existencia, estructura y cualidades; o bien, su admisión o procedencia en señaladas circunstancias, como posible o probable, de acuerdo a su naturaleza y entorno. Lo afirmado será resuelto según el conocimiento científico o técnico de la especialidad requerida en la peritación. Se afirma en estos que “el perito transfiere la verdad objetiva, producto de su análisis, como convicción independiente de los postulados o principio en que la fundamenta”<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Medicina Legal, Elementos de Ciencias Forenses”, Osvaldo Romo Pizarro, Edición 2000, Editorial Jurídica de Chile

“La prueba de peritos en el juicio oral no es otra cosa que una prueba de testigos calificada, debido a los conocimientos especiales que se supone de aquellos en la materia sobre la cual informan y testifican”.<sup>42</sup>

La opinión del autor sobre el Tema es coincidente con todos los conceptos ya dados, sin embargo, cree que también se puede definir **perito**, como aquella persona imparcial que por sí o en representación de una institución, con conocimientos especializados sobre una ciencia, arte u oficio por sobre los grados normales que posee el común de las personas y del propio tribunal, son empleados éstos para realizar la experticia, llegando a conclusiones a través de los postulados o principios que fundamentan ese conocimiento especial analizados por el que los emite, y que tiene relevancia para el fin del proceso que puede estar en la etapa de investigación desformalizada o formalizada, y que requiere su asistencia en la etapa procesal correspondiente, **siendo juramentado** por el Tribunal, interrogado y conainterrogado por los intervinientes, sobre su propia idoneidad como perito, metodología y resultado del mismo, y consultado por el Juez de Garantía o Tribunal Oral en lo Penal, en lo referente a aclaraciones de su experticia, siendo en si mismo un medio probatorio más, que el tribunal debe considerar y valorar conjuntamente con los otros medios probatorios para la resolución del caso.

### 3.10.3. ELEMENTOS ESENCIALES DEL PERITO

Es importante acá determinar la naturaleza jurídica de esta institución procesal, esto es, el perito desde nuestro punto de vista no es un testigo, ni declara como tal, sino que es una prueba independiente que tiene su propia identidad, se asemeja a la prueba de testigos en cuanto al hecho que éste debe prestar declaración, pero se aleja notoriamente en cuanto los hechos sobre los

---

<sup>42</sup> Germán Hermosilla Arriagada, “Nuevo Procedimiento Penal”, Juicio Oral, sentencia definitiva, procedimiento simplificado, delitos de acción privada

cuales presta declaración y porque depone sobre ellos. Asimismo se asemeja a la prueba documental, en razón de que debe presentarse un informe por escrito sobre lo experticiado, que comprendemos es obligatorio por el principio de bilateralidad de la audiencia, igualdad de condiciones entre la defensa y el ente persecutor,<sup>[28]</sup> y se diferencia porque requiere la concurrencia del que elaboró el informe que contiene la experticia, a fin de ser interrogado y conainterrogado, sobre su idoneidad para elaborarlo, metodología empleada y conclusiones a las que se arribaron, diferenciándolo de los antecedentes comunes. Entonces podemos establecer sus elementos esenciales:

- a) Ser un medio probatorio independiente a los intervinientes, ya que la propia norma jurídica penal adjetiva exige que su informe sea objetivo, fundado y verídico, desprendiéndose por completo del o los intervinientes que lo presenten, teniendo en consideración la existencia de delitos especiales que se cometen por parte del perito que no cumple con esta máxima.
- b) Es obvio que la persona del perito debe dominar la ciencia, arte o profesión que se requiere para dilucidar una circunstancia necesaria, para resolver un conflicto de interés particular o como lo es en materia penal de relevancia jurídico social, a contrario sensu, en aquellos casos en que los intervinientes pretendan periciar a alguna persona, cosa o circunstancia siendo un hecho conocido del Tribunal o que se encuentre dentro del alcance normal del conocimiento del Juez o Tribunal debe desechar la prueba por sobre abundante.
- c) Debemos saber que conocimientos el legislador se refiere al mencionar al tercero ajeno al juicio con conocimiento de:

#### 4. **Clasificación.**

**a) PERITAJE OBLIGATORIO:** Son aquellos en que el conocimiento de la ciencia, arte u oficio, se hace necesario para esclarecer el hecho de importancia

para la investigación y establecer la o las responsabilidades criminales de sus autores o en aquellos casos que por imperativo legal se reclama la pericia, como lo son entre otros: artículo 198, 199, 200, 201, 202, 203, relativos a los delitos de violación, incesto, exámenes médicos y autopsias, lesiones corporales, hallazgo de un cadáver, exhumaciones, y prueba caligráfica que se encuentran contemplados dentro de nuestro Código Adjetivo Penal, como asimismo leyes especiales, como Ley 20.000, Ley de Alcoholes, Ley de Tránsito en caso que resulten lesiones o muerte.

**b) PERITAJE FACULTATIVO:** Son aquellos que no están contemplados en los casos anteriores y que pueden tener su iniciativa en el propio Fiscal del Ministerio Público, monopolizador de la investigación criminal, teniendo como limitante la no vulneración de garantías Constitucionales y Legales, como asimismo de algún otro interviniente que pretenda esclarecer los hechos o clarificar la participación del imputado y en el caso de que el Fiscal no acceda se puede concurrir al superior jerárquico del Ministerio Público, y si éste mantiene su decisión, se podrá pedir al intervención del Juez de Garantía para la admisibilidad y verificación de la pericia solicitada, teniendo en consideración el Juez la necesidad y conveniencia de esta prueba, no pudiendo negarse a ella y debiendo fijar tan solo su oportunidad para verificarla y que no entorpezca con la investigación que lleva a cabo el Ministerio Público.

**c) PERITAJE DE CIENCIAS EXACTAS Y DE CIENCIAS SOCIALES:** Es aquel en que el perito debe emitir su informe de acuerdo a sus conocimientos en la ciencias exactas o duras, como lo son la matemática, química y otras, cuyo resultado son verificables y su probabilidad de error es ínfimo o inexistente, como por ejemplo un balance contable **versus** las ciencias o artes u oficios sociales llamadas de conocimiento blando, como la psicología, la medicina en donde sus conclusiones admiten mayor probabilidad de error y no se puede arribar a una certeza indubitada.

**d) PERITAJE DE UN SOLO EXPERTO:** Se produce cuando el perito es unipersonal y elabora un informe y declara sobre el mismo sin requerir la colaboración o ayuda de terceros, como por ejemplo el perito caligráfico, perito planimétrico, perito contador.

**e) PERITAJE MULTIDISCIPLINARIO:** Son aquellos que son emitidos por una entidad en donde colaboran en la pericia un equipo de personas, a fin de desarrollar un informe lógico, racional y coherente, debiendo de acuerdo a la ley ser firmado a lo menos por uno de ellos que posea o tenga los conocimientos técnicos en la ciencia, arte u oficio, ejemplo: Informe SIAT de Policía de Investigaciones.

**f) PERITAJE SIMPLE:** No debemos entender que esta categoría es desde el punto de vista de la profundidad del conocimiento, sino más bien, de la metodología a emplear en la persona o cosa periciada, ejemplo: la autopsia, sin desmerecerla, toda vez que el médico que la realiza debe seguir ciertos protocolos en su desarrollo que se encuentran previamente establecidos, como los cortes, la extracción de las vísceras, su examen, su peso, y para ello debiéndose llenar un formulario.

**g) PERITAJE COMPLEJO:** Es aquel que su metodología no es simple ni sencilla, como por ejemplo la pericia de ADN.

**h) PERITAJE ÚNICO:** Es aquel peritaje que se basta asimismo sin que sea necesaria su complementación o adición con otro, y es indiscutido por los intervinientes.

**i) PERITAJE COMPLEMENTADO:** Es aquel que necesita de otra pericia o que es discutido por las partes y debe ser complementado por el propio perito o por un tercer perito.

**j) PERITAJE EMITIDO POR INSTITUCIONES PÚBLICAS:**

La constitución Política de la República en su artículo 80 A crea un órgano independiente del Poder Judicial en la investigación y persecución de la acción penal pública, sin tener facultades jurisdiccionales que están exclusiva y excluyentemente en manos del Poder Judicial.

El nacimiento del Ministerio Público a manos del constituyente, vino a transformar no tan solo los articulados de la Carta Fundamental, sino que trajo un profundo cambio en la forma del Procedimiento Penal, entregando por completo la investigación de los delitos y la persecución de los responsables implicados en ellos.

Los representantes del Ministerio Público, encarnando en el Fiscal, son los que en forma monopolizadora de acuerdo a la Ley Orgánica Constitucional Nro. 19.640, son los encargados de llevar a cabo la investigación de los delitos y del o los responsables en el mismo.

En esta labor de investigación que puede ser formalizada o desformalizada el Ministerio Público es auxiliado por la Policía de Investigaciones de Chile, Carabineros de Chile, y Gendarmería, en éste último cuando los ilícitos de cometieran al interior de un recinto penitenciario.

De la simple lectura de los artículos artículo 79, 180, 181, 187 y 321 del Código Procesal Penal, se colige que los colaboradores del ente estatal (Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile, Servicio de Salud y funcionarios del propio Ministerio Público u otros organismos estatales especializados en tales funciones, refiriéndose al conocimiento específico que debe tener o poseer para evacuar la experticia).

A de notarse que el perito no debe ser exclusiva y excluyentemente funcionario de la Policía, de Carabineros o funcionarios del órgano del Estado, porque la norma del artículo 321 en unión con el artículo 314, ambas del Código Procesal Penal en ningún casos son prohibitivas para los particulares, por el contrario la primera de ellas ni siquiera obliga al Ministerio Pública a emplear exclusiva y excluyentemente a miembros de los organismos técnicos



que le prestaron auxilio en la investigación que se llevó a cabo para el esclarecimiento del ilícito y la delimitación de las responsabilidades, utilizando la norma en cuestión el vocablo facultativo “**Podrá**”.

Destacamos algunas de las instituciones que prestan labor pericial, siendo éstas con un alto espíritu de servicio, como de un nivel de desarrollo y especialización envidiable a nivel internacional.

Tratándose de evidencias físicas remitidas directamente a los “laboratorios”, por la fiscalía, tribunales o unidades policiales, se deberá dejar constancia en los registros destinados para ese efecto en la forma siguiente:

- 1) Fecha y hora en que se receptionan;
- 2) Estado en que se encuentra.
- 3) Tipo de embalaje.
- 4) Nombre de quien lo remite:
- 5) Nombre de quien lo levantó o manipuló.
- 6) Lugar de origen de la evidencia;
- 7) Tiempo de traslado;
- 8) Condiciones en que se traslada;
- 9) Cualquier otro antecedente que puede alterar la pericia.

**Informe Pericial**, finalizadas las pericias, el personal técnico o profesional a cargo de la misma, emitirá un informe escrito en el que dará cuenta de las evidencias que se tuvieron a la vista, el objeto de la pericia, los procedimientos que se realizaron, considerando el fundamento científico de las mismas y las conclusiones que se obtuvo respecto del trabajo pericial desarrollado, siendo puesto dicho informe a disposición del Ministerio Público, para los fines de la investigación que éste dirige.

El Servicio Médico Legal, ha desarrollado una labor histórica en la colaboración y esclarecimiento de la reconstrucción de la verdad desde sus inicios como Instituto Médico Legal hasta nuestros días.

Frecuentemente vemos la ingerencia de esta institución pública, en casos de muerte, lesiones, violación, toxicología, informes psiquiátricos.

### **3.10. ANÁLISIS JURÍDICO AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL REFERENTE AL LOS PERITOS.**

Es preciso mencionar sin embargo que la actuación pericial tiene lugar en la indagación previa y en la instrucción fiscal, conforme a lo dispuesto en el Art. 94 del Código Adjetivo Penal, cuando la infracción es de aquellas que, por su naturaleza, produce resultados visibles o deja vestigios, evento en el cual el Fiscal, de estimarlo pertinente, contará con la intervención de los peritos correspondientes, sin que en ese sentido exista un número determinado en la ley, pues se deja a criterio del representante de la Fiscalía el establecer cuántos peritos deban intervenir, de acuerdo a lo que se crea necesario, pudiendo por ende actuar varios peritos respecto a un mismo hecho o aspecto controvertido, sin que se considere la intervención de alguno de ellos como dirimente.

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

tratando con ello, se estima, de evitar que formalismos obstaculicen la actividad pericial en procura de alcanzar los objetivos del proceso penal.

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

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

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

En la legislación argentina comentada por el autor citado se establece expresamente que “cada parte” podrá proponer otro perito legalmente habilitado “a su costa”, surgiendo así la duda de la imparcialidad del indicado perito al estimarse que es difícil que se vuelva en contra de quien, por imperio

legal, le paga por sus servicios, no existan peritos habilitados, lo cual según ciertos criterios, se fundamentaba en el hecho de que existen personas que podrían prestar su contingente como peritos, dada su experiencia y especialización en una determinada materia, pero que no necesariamente son profesionales”<sup>43</sup>. Al respecto es preciso determinar que resulta importante que la ley adjetiva penal exija como presupuesto necesario para ser perito su profesionalización y especialización, pues con ello se procura alcanzar el máximo de excelencia en esta función de cooperación con la administración de justicia, evitando así que personas empíricas cumplan esta crucial actividad.

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

En este Reglamento en su Art. 4 se determinan los requisitos exigidos a los profesionales para ser considerados como peritos, y quienes cumplen tales condiciones y lo soliciten, pasan por un proceso de calificación y únicamente

---

<sup>43</sup> Véase Vaca Andrade, Ricardo: op. cit., p. 133.

aquellos que son aprobados pueden ser acreditados y contarse con los mismos en calidad de peritos para intervenir en las causas penales y en las investigaciones preprocesales y procesales penales, conforme al Art. 2 del indicado Reglamento, el cual guarda armonía con el Art. 94 del Código de Procedimiento Penal.

Se ha criticado este condicionamiento bajo el argumento de que al exigirse la acreditación pericial, se impide que se pueda contar como peritos con profesionales muy reconocidos y especializados en determinadas ciencias, artes o técnicas, que tal vez no mostraron su interés en recibir una acreditación de la Fiscalía y que sin embargo tienen conocimientos relevantes que servirían de mucha ayuda para la administración de justicia: y, que si bien la exigencia indicada puede ser útil en cuanto al hecho de evitar que se nombren como peritos a personas que no estén en capacidad de alcanzar niveles de conocimientos de especialización en una ciencia o arte, con la misma disposición se esta sacrificando el contingente valioso, para la administración de justicia, de profesionales especializados, solamente por no haber obtenido la credencial de acreditación otorgada por la Fiscalía General del Estado”<sup>44</sup>; criterio que lo comparto plenamente pues inclusive en la práctica se ha visto que al encontrarse acreditado uno o dos peritos en un determinado ámbito, se los tiene que nombrar una y otra vez, sin poder recurrirse a otros profesionales de reconocida trayectoria, por lo que sería importante una reforma en ese sentido.

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

---

<sup>44</sup> Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge: op. cit., p. 140.46

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

De evidenciarse los requisitos mencionados el Fiscal contará con los peritos que sean necesarios para la práctica de la diligencia respectiva, siendo el escogitamiento de los mismos, el presupuesto procedimental indispensable de la actuación oficial de quienes, por ley, se encuentran autorizados para intervenir en la calidad indicada en la indagación previa y en la instrucción fiscal; debiendo además, tomar debida posesión del cargo y rendir el juramento respectivo, lo cual conforme la doctrina, asegura la veracidad del informe y la asunción de responsabilidades.

## *4 Materiales y Metodos*

Es preciso indicar que para la realización de la investigación, me permití utilizar los distintos métodos procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona las formas o medios que nos permiten descubrir sistematizar enseñar y aplicar nuevos procedimientos. La metodología implica el análisis e interpretación de la información relacionada en este caso la inconsistencia jurídica, con respecto la existencia de incongruencias en el nuevo código de procedimiento penal específicamente en el sistema de acreditación de peritos.

La investigación socio jurídica realizada sigue los lineamientos básicos del método científico como el camino para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada, auxiliado por la inducción, que es un proceso analítico- sintético mediante el cual se parte del estudio de hecho o fenómenos particulares para llegar al descubrimiento de un principio o ley general; así como también de la deducción que sigue un proceso sintético analítico contrario al anterior, es decir, parte de una ley general para sintetizar casos particulares, por cuanto se trata de una investigación de derecho con caracteres sociológico dentro del sistema jurídico para establecer una nueva reforma legal dentro de las normas que regulen la existe de incongruencias existentes en el nuevo código de procedimiento penal en cuanto a la acreditación de peritos.

El método hipotético deductivo me señalo el camino a seguir dentro de esta investigación, pues partiendo de la hipótesis y con ayuda de ciertas condiciones procedimentales analice las manifestaciones objetivas de la realidad problemática para luego verificar las coyunturas de la hipótesis mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

#### **4.1. PROCEDIMIENTOS**

El procedimiento que seguí para la aplicación científica de la técnicas fue desplazarme hacia los lugares donde converge la información necesaria referente a la existencia de incongruencias en el nuevo código de procedimiento



penal en cuanto a la acreditación de peritos, como es la biblioteca del área jurídica social y administrativa de la carrera de derecho, así como también en la biblioteca de la universidad técnica particular de Loja, de igual manera en la biblioteca de la H Corte Provincial de Loja, e internet. Para la técnica de la encuesta seleccione un grupo de abogados en libre ejercicio profesional, que por su conocimiento sobre el tema que aportaron con sus valiosos criterios para el desarrollo del acopio empírico.

#### **4.1.2 TÉCNICAS**

La investigación bibliográfica contenida en el epígrafe de revisión de literatura la recopile con la utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas. El acopio empírico fue recopilado atreves de un cuestionario las que fueron debidamente estudiadas y discutidas con realizan al problema para luego tabular la información y representarla en cuadro y centro gramas de resultados.

# *5 Resultados*

## 5.1. INVESTIGACIÓN DE CAMPO

Presentación y análisis de los resultados de la investigación.

Conforme lo propuesto en el proyecto de investigación correspondiente procedí a la aplicación de encuestas a 30 profesionales del derecho, en libre ejercicio profesional con el fin de recabar información que permitan sustentar de mejor manera el estudio.

A continuación presentare los resultados de la aplicación de las encuestas en mención utilización para ellos cuadros estadísticos y representaciones graficas que permiten un mejor análisis de la información.

### PRIMERA PREGUNTA.

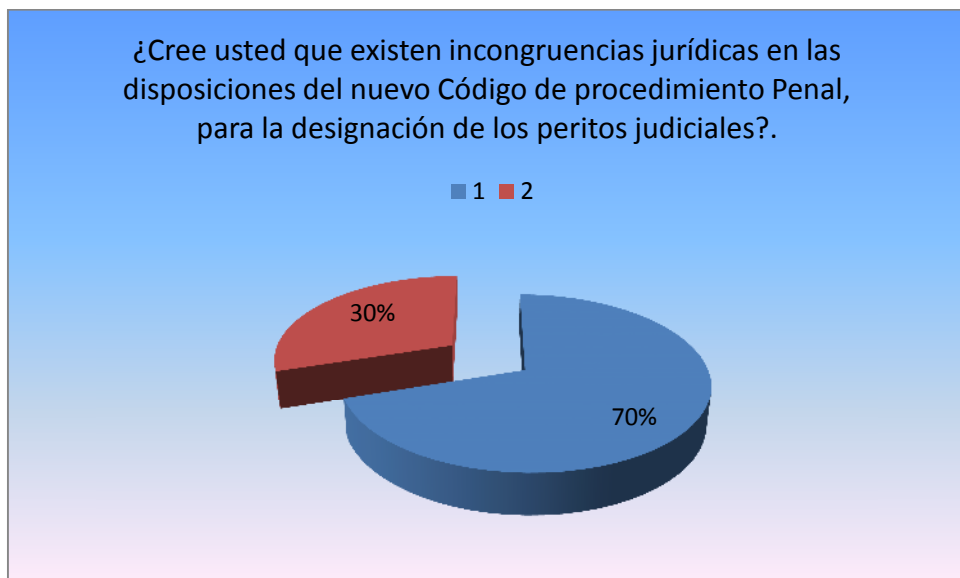
¿Cree usted que existen incongruencias jurídicas en las disposiciones del nuevo Código de procedimiento Penal, para la designación de los peritos judiciales?.

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	21	70%
NO	9	30%
TOTAL	30	100%

**FUENTE:** Encuesta a abogados en libre ejercicio

**ELABORACIÓN:** Lic. Jhon Ordoñez

**GRAFICO NRO. 1**



## ANALISIS E INTERPRETACION:

De los treinta abogados encuestados, veinticinco de ellos, que representan el 70%, han contestado afirmativamente manifestando que si existe **incongruencias jurídicas en las disposiciones del nuevo Código de procedimiento Penal, para la designación de los peritos judiciales.**

Los cinco abogados restantes, que representan el 30 %, creen que no existen vacíos e incongruencias. Uno de ellos considera que esas cuestiones de determinación de actos irregulares de jueces deben y están reguladas por leyes especiales, no nombra las supuestas leyes que permiten determinar esas irregularidades. El otro abogado considera que existe la norma, pero que los funcionarios judiciales no tienen la buena voluntad de aplicarla.

## SEGUNDA PREGUNTA

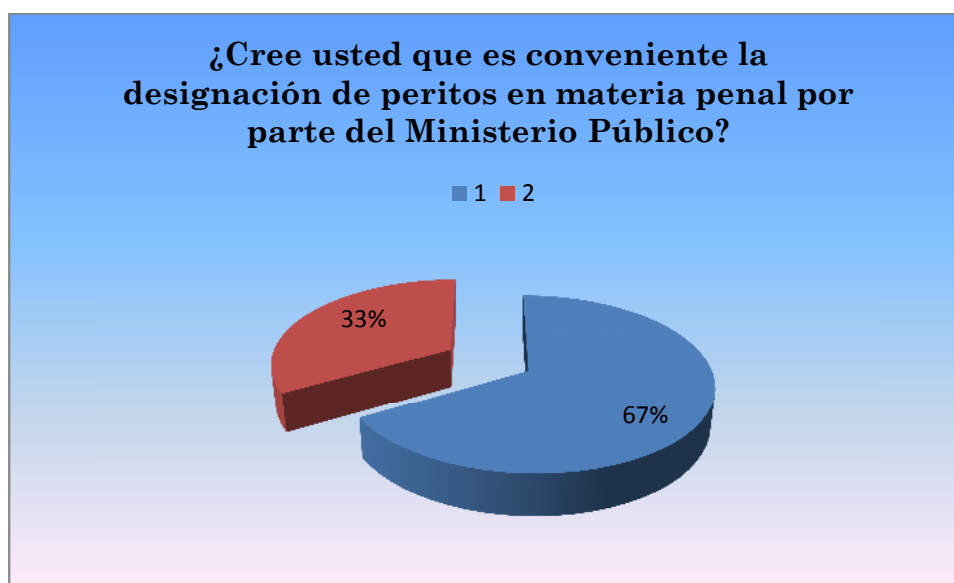
**¿Cree usted que es conveniente la designación de peritos en materia penal por parte del Ministerio Público?**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	67%
NO	10	33%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuesta a abogados en libre ejercicio

ELABORACIÓN: Lic. Jhon Ordoñez

GRAFICO NRO. 2



## ANALISIS E INTERPRETACION:

En esta segunda pregunta, veinte de los abogados encuestados, que representan el 67%, consideran que la designación de peritos en materia penal por parte del Ministerio Público sí adolecen de vacíos e incongruencias y que tiene que designar para la realización de los mencionados peritajes.

Los diez encuestados restantes y que representan el 33% consideran que no existen vacíos e incongruencias en estas dos leyes, expresan que la designación de peritos en materia penal por parte del Ministerio Público esta muy bien ya que no existen intereses de por medio.

### TECERA PREGUNTA

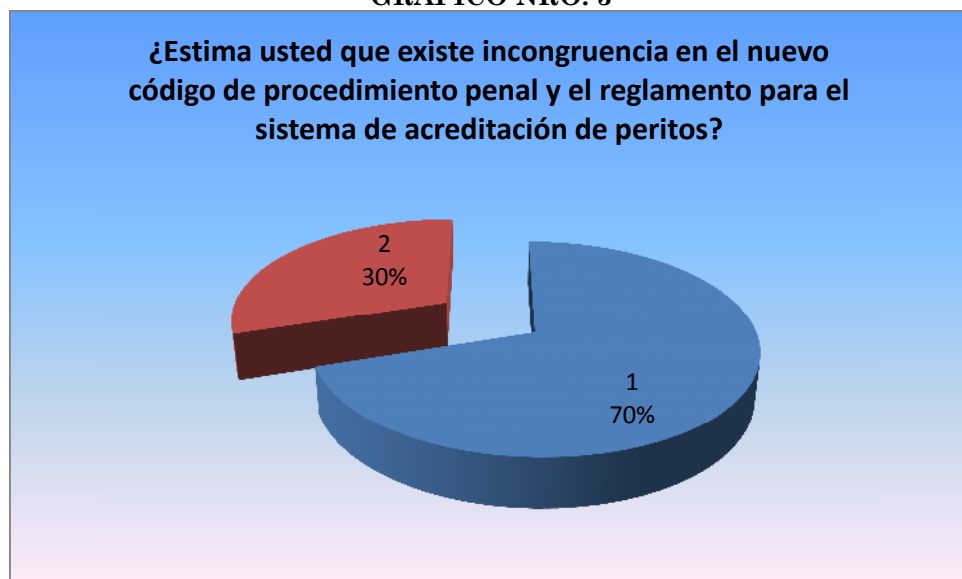
¿Estima usted que existe incongruencia en el nuevo código de procedimiento penal y el reglamento para el sistema de acreditación de peritos?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	21	70%
NO	9	30%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuesta a abogados en libre ejercicio

ELABORACIÓN: Lic. Jhon Ordoñez

GRAFICO NRO. 3



## ANALISIS E INTERPRETACION:

De los resultados obtenidos en la encuesta, en la tercera pregunta, veintiún abogados, que representan el 70%, manifiestan que existe incongruencia en el nuevo código de procedimiento penal y el reglamento para el sistema de acreditación de peritos.

Los otros nueve abogados, que representan el 30 %, consideran que no existe incongruencia en el nuevo código de procedimiento penal y el reglamento para el sistema de acreditación de peritos.

### CUARTA PREGUNTA.

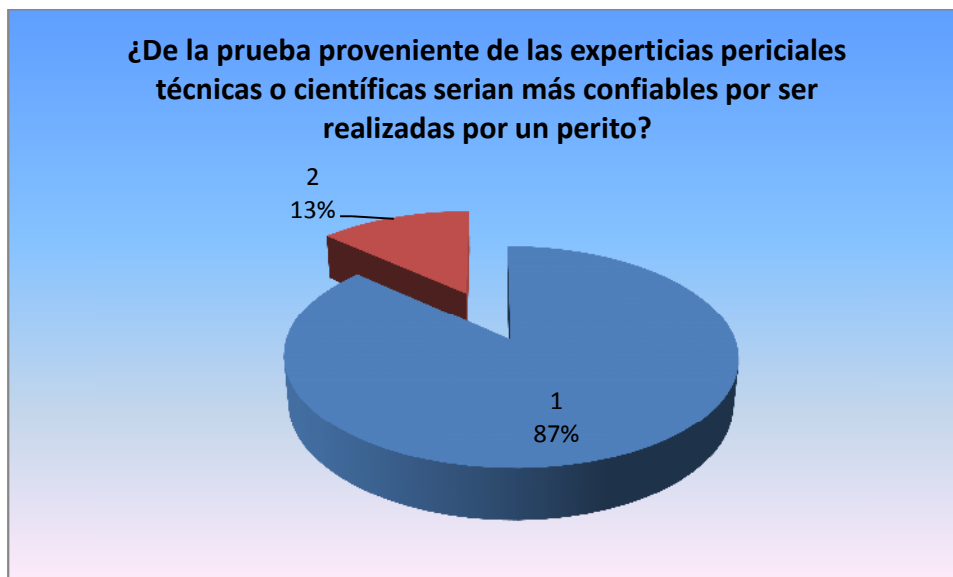
**¿De la prueba proveniente de las experticias periciales técnicas o científicas serian más confiables por ser realizadas por un perito?**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	26	87%
NO	4	13%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuesta a abogados en libre ejercicio

ELABORACIÓN: Lic. Jhon Ordoñez

GRAFICO NRO. 4



## ANALISIS E INTERPRETACION:

De los resultados obtenidos en la cuarta pregunta, veintiséis abogados en libre ejercicio de la profesión que representan el 87 %, manifiestan que sí de las experticias periciales técnicas o científicas serian más confiables por ser realizadas por un perito

Los trece encuestados restantes que representa el 13%, considera que no que de las experticias periciales técnicas o científicas no serian confiables.

### QUINTA PREGUNTA.

**¿Comparte el criterio de que la designación de peritos debe hacerse con un mínimo de dos personas?**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	19	63%
NO	11	37%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuesta a abogados en libre ejercicio

ELABORACIÓN: Lic. Jhon Ordoñez

GRAFICO NRO. 5



## ANALISIS E INTERPRETACION:

De los resultados obtenidos en la quinta pregunta, diecinueve abogados en libre ejercicio de la profesión que representan el 63%, manifiestan que sí

comparte el criterio de que la designación de peritos debe hacerse con un mínimo de dos personas.

Los once encuestados restantes que representa el 37%, considera que no que la designación de peritos debe hacerse con un mínimo uno dado el principio de economía procesal.

#### **SEXTA PREGUNTA.**

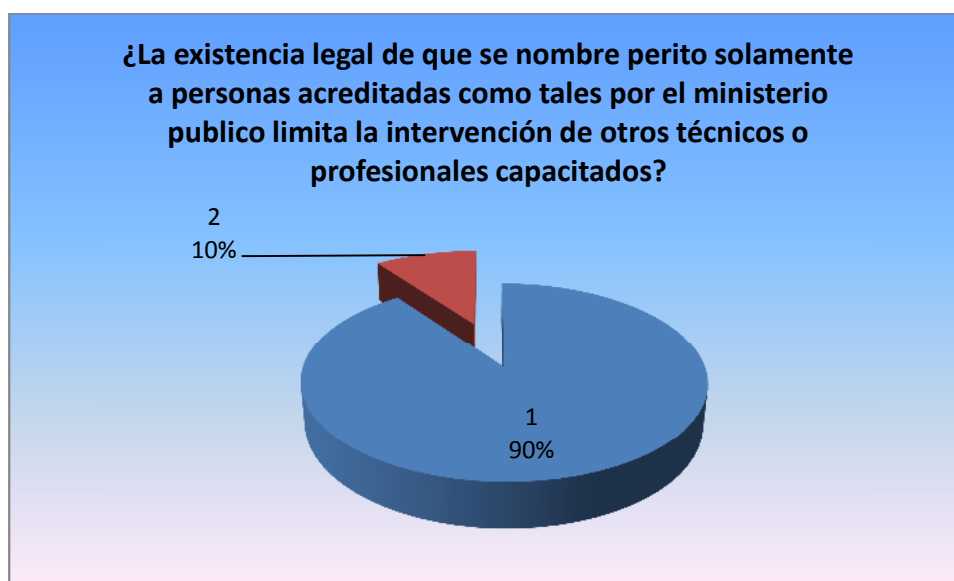
**¿La existencia legal de que se nombre perito solamente a personas acreditadas como tales por el ministerio publico limita la intervención de otros técnicos o profesionales capacitados?**

<b>INDICADORES</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SI</b>	<b>27</b>	<b>90%</b>
<b>NO</b>	<b>3</b>	<b>10%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

FUENTE: Encuesta a abogados en libre ejercicio

ELABORACIÓN: Lic. Jhon Ordoñez

**GRAFICO NRO. 6**



#### **ANALISIS E INTERPRETACION:**

De los resultados obtenidos en la cuarta pregunta, veintisiete abogados en libre ejercicio de la profesión que representan el 90%, manifiestan que sí la existencia legal de que se nombre perito solamente a personas acreditadas



como tales por el ministerio publico si limita la intervención de otros técnicos o profesionales capacitados.

Los tres encuestados restantes que representa el 10%, considera que no que al momento de que se nombre perito solamente a personas acreditadas como tales por el ministerio publico se esta acogiendo a lo que determina el debido proceso.

### SEPTIMA PREGUNTA

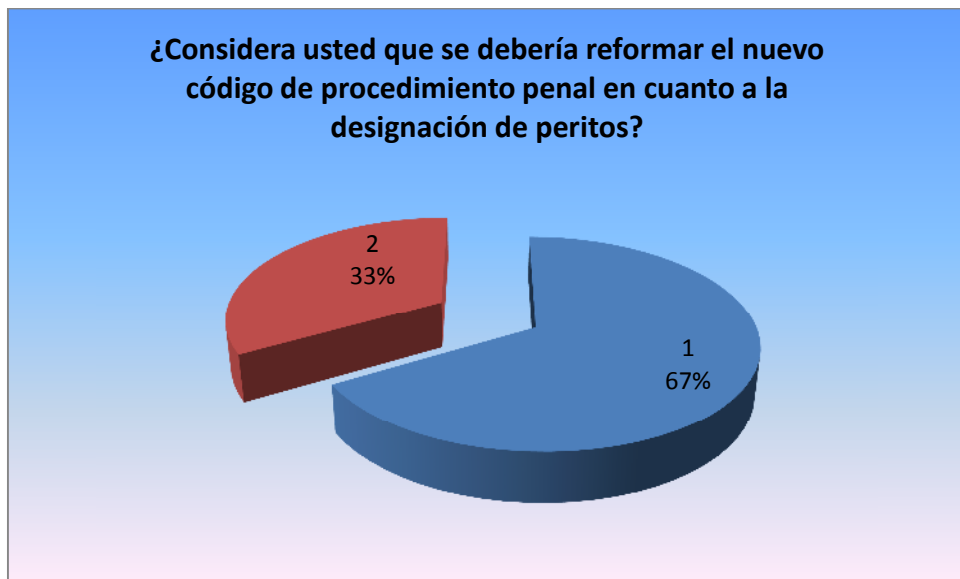
**¿Considera usted que se debería reformar el nuevo código de procedimiento penal en cuanto a la designación de peritos?**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	67%
NO	10	33%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuesta a abogados en libre ejercicio

ELABORACIÓN: Lic. Jhon Ordoñez

GRAFICO NRO.7



### ANALISIS E INTERPRETACION:

De los resultados obtenidos en la séptima pregunta veinte abogados en libre ejercicio de la profesión que representan el 67%, manifiestan que sí Considera usted que se debería reformar el nuevo código de procedimiento penal en cuanto a la designación de peritos.

Los diez encuestados restantes que representa el 33%, considera que no que no Considera usted que se debería reformar el nuevo código de procedimiento penal en cuanto a la designación de peritos.

A mi criterio, si existen incongruencias jurídicas en el nuevo código de procedimiento penal en lo referente al nombramiento ya que no deberían ser peritos solo aquellos acreditados por el ministerio publico, si no todas las personas expertas en la materia necesaria.

Un gran sector considera que no debería limitarse a la intervención de otros profesionales, por el simple hecho de no ser calificados por el Ministerio Público y permitir que cualquier especialista pueda intervenir sin necesidad de ser calificado.

## **5.2. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS E HIPÓTESIS**

Luego de haber realizado la investigación bibliográfica y de campo, puedo aseverar que los objetivos e hipótesis planteados en el proyecto de esta tesis, han sido cumplidos en su totalidad. Para una mejor demostración de esta afirmación, a continuación procedo a la verificación de cada uno de los objetivos, para finalmente contrastar mi hipótesis.

Debo recordar que los objetivos planteados y aprobados por la Institución a través de la respectiva autoridad competente se dividen en un general y dos específicos.

### **5.3. OBJETIVO GENERAL:**

- Realizar un estudio jurídico, de los fundamentos de las doctrinas relativos jurídica relativas a la prueba material.

El mismo que ha sido cumplido en su totalidad a través del desarrollo de la investigación, en el cual he realizado un estudio jurídico, crítico, doctrinario y empírico de la normativa legal relacionada a la actividad de la Función Judicial.

Gracias al propósito de cumplir con este objetivo he analizado temas importantes como son: en la revisión literaria realizada en el presente trabajo como La acción penal. *La acción en el derecho procesal penal. Definiciones de varios autores*, antecedentes históricos de la acción penal, *historia e importancia de la acción penal en el derecho procesal penal*, fines de la acción penal. La acción pública, *Características de la acción penal pública*, La acción privada, características de la acción penal privada, la prueba, finalidad de la prueba, criterios de valoración de la prueba, la prueba testimonial, importancia de la prueba testimonial, la prueba documental, medios probatorios en el procedimiento de acción penal privada, régimen jurídico aplicable a la prueba material, la prueba material, la actuación pericial, intervención de peritos, el peritaje judicial, concepto de peritaje, la procedencia, la proposición, el nombramiento, el diligenciamiento, el Informe pericial, los peritos en el proceso penal, los peritos y los testigos, objeto de la prueba pericial, garantías de la prueba pericial, clases de exámenes periciales, partes del Informe pericial, la diligencia de entrega y ratificación pericial, reglamento para el sistema de la acreditación de peritos, de los requisitos para la acreditación de peritos, del registro de los peritos, incongruencias en el nuevo código de procedimiento penal respecto al peritaje judicial., historia y evolución de la pericia en materia penal, definición de perito, elementos, características, diferencias y clasificación, desde el punto de vista etimológico, desde el punto de vista constitucional y legal, desde el punto de vista del derecho canónico, desde el punto de vista jurisprudencial, las características esenciales de la prueba pericial, elementos esenciales del perito, **peritaje obligatorio**, *peritaje facultativo*, peritaje de ciencias exactas y de ciencias

*sociales, peritaje de un solo experto, Peritaje multidisciplinario, peritaje simple, Peritaje complejo, peritaje único, peritaje complementado, peritaje emitido por instituciones públicas.*

#### **5.4. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Analizar el margo legal aplicable para la designación de peritos en materia penal.

Mediante mi estudio jurídico, crítico, doctrinario y empírico del régimen legal aplicable al funcionamiento de la actividad de la Función Judicial he llegado a determinar que la el código de procedimiento penal sí adolece de vacíos e incongruencias concernientes en las disposiciones del nuevo Código de procedimiento Penal, para la designación de los peritos judiciales.

- Determinar las incongruencias existentes en el Nuevo código de procedimiento penal y el reglamento para el sistema de acreditación de peritos.

Asimismo, también mediante el estudio jurídico, crítico, doctrinario y empírico que realicé del régimen legal aplicable al código de procedimiento penal. Me han ayudado a cumplir con este objetivo ya que de todos los abogados encuestados que consideran que no es el adecuado, se limite a la designación de peritos por parte del Ministerio Público.

- Sugerir un proyecto de ley al nuevo código de procedimiento penal.

En base a la constatación de la información obtenida en la última pregunta, y en fin a toda la información recopilada en este trabajo, me atrevo a sugerir que es eminentemente indispensable realizar una reforma al código de procedimiento penal, concerniente a al designación de partitos judiciales.

#### **5.5. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

La hipótesis planteada en el presente trabajo investigativo fue la siguiente:

**“EXISTE INCONGRUENCIA EN LAS DISPOSICIONES DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL PARA LA DESIGNACIÓN DE PERITOS JUDICIALES”**

Para la contrastación de esta hipótesis es necesario tomar en consideración los siguientes: Los argumentos doctrinarios y jurídicos provenientes del proceso investigativo desarrollado:

En base a la investigación teórica y de campo realizada en el presente trabajo, estoy absolutamente convencido de que he podido comprobar la Hipótesis. Me ha ayudado la información obtenida mediante las encuestas realizadas a los distintos abogados en libre ejercicio profesional, en las cuales si bien es cierto se estuvo de acuerdo, en que la Ley el código de procedimiento penal existen incongruencias, en cuanto:

- A la designación de peritos por parte del ministerio publico
- Que no sería necesario la inscripción de las personas expertas en cualquier rama para intervenir en un peritaje.

Aceptándola totalmente, los abogados en libre ejercicio de la profesión de la ciudad de Loja. Siendo fundamental para comprobar

que es indispensable reformar el código de procedimiento penal específicamente en cuanto a la designación de los peritos.

Dentro de lo que se señala en todo el proceso investigativo es necesario recalcar que el código de procedimiento penal presenta algunas inconvenientes circunstanciales que de una u otra manera dificultan su aplicación y ejecución

## **5.6. CRITERIOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA PROPUESTA DE FIGURACIÓN.**

El artículo 192 de nuestra Constitución Política funda un sistema procesal como medio para la realización de la justicia, con el cual se hagan efectivos las garantías del debido proceso y los principios de inmediación, celeridad y eficiencia.

Pues bien, entre los derechos civiles Capítulo 2 en el Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: específicamente el numeral 3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud,

Por otra parte, es necesario aclarar que con estas reformas que me permitiré exponerlas más adelante, se logrará un mayor control a la actividad que cumplen los peritos, dando de esta manera efectividad al principio de control que es propio de un estado de derecho y democrático

*6. Conclusiones,  
Recomendaciones  
y Propuesta*



## 6.1. CONCLUSIONES

Del estudio realizado he llegado a las siguientes conclusiones:

1. Que la acción penal es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar una pretensión.
2. Que la acción penal, es un derecho subjetivo público (cívico), que pertenece a la parte no frente a su adversario, sino frente al juez, quién tiene el deber de hacer todo lo necesario para emitir sentencia.
3. Que la acción penal nace por la comisión de la infracción, y manifiesta que la acción es inherente a la persona en ella vive, pero solo se la puede materializar, y ejercer cuando se ha cometido la infracción, y, en consecuencia, no es que la infracción genera la acción, sino que la infracción permite el ejercicio de la acción, penal; es el presupuesto necesario sin el cual no se puede ejercer la acción.
4. La acción penal, antes que legal, en el caso ecuatoriano, es eminentemente constitucional, en virtud de que una vez perpetrado el delito, la acción penal entra en funcionamiento.
5. Que la acción penal es pública, cuando se quiere expresar que es de Derecho Público y que por lo tanto pertenece al Estado.
6. La acción penal es única, si bien en el proceso aparecen actos diversos promovidos por el titular de la acción penal, es única y tiene una sola pretensión la sanción que alcanza a todos los que han participado en la comisión del delito.
7. Se denomina delito privado o delito de acción privada, en derecho procesal penal, a un tipo de delito que, por no considerarse de una gravedad tal que afecte al orden público de la sociedad, no puede ser perseguido de oficio por los poderes públicos (es decir, policía, jueces o Ministerio público), sino que es necesaria la intervención activa de la víctima como impulsora de la acción de la justicia y como parte en el proceso judicial.

8. Que la prueba materia penal tiene como finalidad llevar al juez al convencimiento de que lo que ha llegado a su conocimiento es la verdad
9. En la práctica procesal penal se ha producido un cambio radical en la forma de mirar o de entender el rol cumplido por los peritos, es decir aquellas personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio.
10. La actuación pericial tiene lugar en la indagación previa y en la instrucción fiscal, conforme a lo dispuesto en el Art. 92 del Código Adjetivo Penal.
11. Perito y Pericia son temas que hoy se encuentran en boga, que requieren la mirada tranquila y opiniones reposadas y convergentes de nuestra judicatura, como asimismo son una herramienta de eficiencia y eficacia que puede insospechadamente convertirse a futuro en la madre de todas las pruebas, desplazando a los otros medios, ya que se cimienta en pilares concretos de conocimiento puro y sobre esa base se estructuran sus informes con respecto a la materia que se considere indispensable su informe

## **6.2. RECOMENDACIONES**

- 1.- Inventar o crear leyes, instituciones, entes, etc, tendientes a ordenar las relaciones de las personas en la sociedad.
- 2.- Que el Estado cumpla con su deber de prestador de servicios y protector de derechos.
- 3.- Que en la Constitución y en la Ley se establezca el mecanismo para determinar la importancia de los peritos en los diferentes procesos judiciales.
- 4.- Que a todo funcionario público se le realicen exámenes tendientes a verificar el cumplimiento de sus fines específicos.

5.-Que los jueces y magistrados velen por el cumplimiento de las garantías del debido proceso y los principios de inmediación, celeridad y eficiencia.

6.- Que el Consejo Nacional de la Judicatura cumpla con su facultad disciplinaria de la Función Judicial.

7.- Determinar la importancia de los peritos en los diferentes asuntos judiciales

## **7. PROPUESTA DE FIGURACIÓN LEGAL A LA INCONGRUENCIA EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN RELACION AL PERITAJE JUDICIAL**

Al finalizar el presente trabajo de investigación jurídica, tengo a bien presentar con gran entusiasmo y satisfacción la configuración legal de **a la** incongruencia en el nuevo código de procedimiento penal en relación al peritaje judicial, estoy convencido que con esta figura jurídica se logrará determinar **la** incongruencia en el nuevo código de procedimiento penal en relación al peritaje judicial; y, permitirá lograr correctivos tendientes a mejorar y efectivizar los procesos judiciales, la administración de justicia y el estado social de derecho. debo aclarar que he adoptado el concepto de figuración porque la incongruencia en el nuevo código de procedimiento penal en relación al peritaje judicial es algo nuevo que se va a insertar dentro de nuestro ordenamiento jurídico, lógicamente se va a realizar algunas reformas, pero lo principal es figurar, o sea disponer, crear o trazar las reformas al código de procedimiento penal.

## **HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

### **CONSIDERANDO:**

Que dada la constante evolución de la sociedad, es necesario que las normas jurídicas se actualicen y armonicen con las necesidades de la sociedad.

Que es indispensable para el Estado de Derecho determinar la incongruencia en el nuevo código de procedimiento penal en relación al peritaje judicial que vulneren el debido proceso y los principios de inmediación, celeridad y eficiencia.

Que cada una de las garantías del debido proceso y cada uno de los principios que rigen la administración de justicia es indispensable para asegurar la defensa de las personas cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial

Que el principio de control establece la necesidad de que órganos de poder público fiscalicen el respeto a la juridicidad; y,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales que le concede el Art. 130, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

### **REFORME AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL:**

**Sustitúyase el Art. 94, por el siguiente:**

**Art. 1** Son peritos todos los profesionales especializados con conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio en las diferentes materias, así como también todas las personas que posean conocimientos idóneos en diferentes ocupaciones artesanales y más afines, sin necesidad de que sean calificados como peritos por las direcciones regionales del Concejo nacional de la judicatura. El consejo de la judicatura el fiscal o el juez en su efecto fijara escalas de remuneración.

Art.2 La presente reforma entrara en vigencia luego de la promulgación en el Registro Oficial, en la sala de sesiones de la Honorable Asamblea Nacional a los dieciocho días del mes de mayo del presente año.

## 8. *Bibliografia*

## BLIOGRAFÍA

- Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal, en APECC Revista de Derecho. Año I, N° 1. Autor: Víctor Cubas Villanueva. Lima – Perú. 2004.
- Derecho Procesal Penal Argentino. Autor: Julio Maier. Ed. ammurabi. Buenos Aires – Argentina. 1989.
- Justicia Penal y Democracia en el contexto extraprocesal. Autor: Luigi Ferrajoli. Capítulo Criminológico N° 16. Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia. Maracaibo – Venezuela. 1990.
- Introducción al Derecho Procesal Penal. Autor: Alberto Binder. Buenos Aires – Argentina. 1993.
- Proceso Penal y Derechos Humanos. Autor: José Cafferata Nores. Buenos Aires – Argentina.
- Sistema Acusatorio y Prueba (Revista temas Procesales), Edición especial julio de 2004, Autor: Ramiro Alonso Marín Vásquez.
- El Principio de Oportunidad (Revista temas Procesales), Edición especial julio de 2004, Autor: Carlos Alberto Mojica Araque.
- Constitución de la República 2008
- Código de Procedimiento Penal en actual vigencia
- Dr. Jorge Zavala Baquerizo. El Proceso Penal Ecuatoriano. Tomo I. Tercera Edición, 1978.
- Dr. Jorge Zavala Baquerizo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Edino. 2004
- Dr. Jorge Zavala Baquerizo. El Debido Proceso Penal. Edino, 2002. Dr. Jaime Santos Basantes. MSc. El Debido Proceso Penal. Fase de Indagación, Etapas de instrucción fiscal e intermedia. Corporación de estudios y publicaciones. Quito. 2009
- Dr. Víctor Lloré Mosquera. Compendio de Derecho Procesal Penal. Tomo I volumen 1. Fondo de Cultura Ecuatoriana. 1979



- Dr. Andrés F. Córdova. Derecho Procesal Penal Ecuatoriano.- Fondo de Cultura Ecuatoriana. Volumen 1. 1981
- Dr. Ricardo Vaca Andrade. Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Corporación de estudios y Publicaciones, 2001
- Dr. Walter Guerrero Vivanco. Derecho Procesal Penal. Tomo II La Acción Penal. Pudeleco Editores S.A. 2004. César San Martín Castro. Derecho Procesal Penal. Editorial Jurídica Grij ley. Lima. 2006
- Dr. Edmundo Duran Díaz. Manual de Derecho Procesal Penal. Volumen
- Edino, 1992.
- Dr. Carlos Pozo Montesdeoca. Práctica del Proceso Penal. Ediciones Abya-Yala, 2005.
- Dr. Benjamín Irigorri Diez. Instituciones de Derecho Procesal Penal. Editorial Temis, Bogotá, 1974.
- Dr. Eduardo Franco Loor, Msc. Claus Roxin. Derecho Procesal Penal. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000
- Sergio García Ramírez. Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa S.A. México, 1977.
- Claus Roxin, Gunther Arzt, Klaus Tiedemann. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Ariel Derecho, 1989.
- Eduardo J. Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1976.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. Driskill S.A., 1979
- Artículos de Internet
- Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. Manual de Práctica Procesal Penal.
- Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, editores. La
- Nueva Constitución del Ecuador, *Estado, derechos e instituciones*.
- Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador-Corporación
- Editora Nacional. Quito- 2009

## *9. Anexos*

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA  
AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA  
CARRERA DE DERECHO

Con el propósito de fundamentar mi investigación sobre la “INCONGRUENCIA EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN RELACION AL PERITAJE JUDICIAL,” me permito solicitarle de la manera mas comedida se sirva a contestar la siguiente encuesta y por su colaboración le antelo mi gratitud.

1. **¿Cree usted que existen incongruencias jurídicas en las disposiciones del nuevo Código de procedimiento Penal, para la designación de los peritos judiciales?.**

SI ( )

NO ( )

Por qué .....

2. ¿Cree usted que es conveniente la designación de peritos en materia penal por parte del Ministerio Público?

SI ( )

NO ( )

Por qué .....

3. ¿Estima usted que existe incongruencia en el nuevo código de procedimiento penal y el reglamento para el sistema de acreditación de peritos?

SI ( )

NO ( )

Por qué .....

4. ¿De la prueba proveniente de las experticias periciales técnicas o científicas serian más confiables por ser realizadas por un perito?

SI ( )

NO ( )

Por qué .....

5. ¿Comparte el criterio de que la designación de peritos debe hacerse con un mínimo de dos personas?

SI ( )

NO ( )

Por qué .....

6. ¿La existencia legal de que se nombre perito solamente a personas acreditadas como tales por el ministerio publico limita la intervención de otros técnicos o profesionales capacitados?

SI ( )

NO ( )

Por qué .....

7. ¿Considera usted que se debería reformar el nuevo código de procedimiento penal en cuanto a la designación de peritos?

SI ( )

NO ( )

Por qué .....

**GRACIAS POR SU COLABORACIÓN**



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

**Titulo “INCONGRUENCIA EN EL NUEVO CODIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL EN RELACION AL PERITAJE JUDICIAL”**

Proyecto de tesis previa a optar por el  
Grado de Abogado y Licenciado en  
Jurisprudencia

AUTOR:

Lic. JHON ROBERT ORDOÑEZ MALLA

DIRECTOR DE TESIS

*DR. MANUEL SALINAS ORDOÑEZ, Mg. Sc.*

LOJA – ECUADOR  
2011.

## **1.- TITULO.**

### **“INCONGRUENCIA EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, EN RELACION AL PERITAJE JUDICIAL”.**

## **2. PROBLEMATICA.**

Con la vigencia del Nuevo Código de Procedimiento Penal, se ha evidenciado la existencia de incongruencias en lo relativo al peritaje judicial, ya que este anteriormente era independiente de cualquier órgano judicial o público, mientras que en la actualidad es necesario que sean acreditados y calificados por el Ministerio Público, lo cual genera inseguridad en cuanto a la eficacia y valor probatorio de las pericias en el proceso penal, por cuanto no podemos asegurar de la verdadera especialización y profesionalización de dichos peritos ya que se convierten en los únicos autorizados para presentar el informe pericial vulnerando la libertad de poder nombrar como perito un verdadero profesional que conozca de la materia pero que no le interese registrarse como perito en el Ministerio Público.

## **3. JUSTIFICACION:**

Como egresado de la carrera de derecho de la facultad de jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, estamos comprometidos en lograr el desarrollo de la sociedad ecuatoriana y como una forma de retribuir a la misma el aporte que dio para nuestra formación universitaria; me he visto en la necesidad de realizar un estudio analítico- doctrinario en lo referente a las incongruencias existentes en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, en

relación al peritaje judicial, ya que como lo manifiesta el reglamento oficial número 288 con fecha 8 de marzo del 2001 que no podrán ser nombrados peritos para intervenir en causas penales y en las investigaciones preprocesales y procesales penales quienes no sean acreditados como tales por el Ministerio Público.

Y cualquier informe pericial que provengan de quien no tuviere la acreditación concedida de acuerdo con este reglamento no tendrá validez legal. Limitando de esta manera a muchas personas que teniendo conocimientos idóneos suficientes no podrán ofrecer sus servicios como peritos.

El presente proyecto de investigación que presento es factible en su realización porque cuento con el sustento doctrinario, jurisprudencial, legal suficiente en relación al objeto de estudio.

La formación lograda en el transcurso como estudiante de derecho, hará posible abordar el problema y tratarlo desde un punto de vista jurídico.

La factibilidad también está dada de la incidencia del problema, objeto de estudio en la población de nuestro país su integridad física patrimonial y su repercusión en la sociedad.

La predisposición del elemento humano comprometidos en el proyecto hace propicio el cumplimiento del mismo, al efecto a más del trabajo intelectual, se subvencionará los gastos que demanda la ejecución del mismo.

#### **4.- OBJETIVOS.**

##### **4.1 OBJETIVOS GENERALES.**

- Realizar un estudio jurídico de los fundamentos de las doctrinas jurídicas relativos a la prueba pericial.

##### **4.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS:**

**4.2.1-** Analizar el marco legal aplicable para la designación de peritos en materia penal.

**4.2.2-** Determinar las incongruencias existentes en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y el reglamento para el sistema de acreditación de peritos.

**4.2.3-** Sugerir un proyecto de ley reformativa al Nuevo Código de Procedimiento Penal.

## **5 HIPOTESIS.**

Existen incongruencias en las disposiciones del Nuevo Código de Procedimiento Penal, para la designación de Peritos Judiciales.

## **6.- MARCO TEÓRICO.**

La teoría de la prueba, es incuestionable, una de las partes fundamentales en el proceso, ya que la prueba constituye el medio idóneo del que precisa y se vale el juez a través del proceso para establecer la verdad material o histórica de un hecho determinado sobre el que le corresponde expedir un fallo sabio y justo.

Y tenemos mucha razón en afirmar que la prueba es la más importante en el proceso ya que la prueba constituye la esencia y naturaleza misma de este, por su contenido y finalidades específicas cuya misión principal se desplaza al establecimiento de circunstancias y hechos concretos a desarrollar el más severo análisis se derivan, a base de los cuales tiene que fundamentarse el fallo o sentencia que expida el Juez.

La teoría de la prueba legal o formal alcanza su época de oro desde el siglo XVI hasta el XVIII, e imprime su influencia en todas las legislaciones



procesales penales de Europa, y su influencia se extiende aproximadamente hasta los siglos XIX, época en la que entra en una etapa de virtual decadencia.

El proceso inquisitivo es prácticamente el que fundó la teoría de la prueba formal, la misma que consiste en un conjunto de normas dictadas por el legislador, a las cuales tiene que someterse rigurosamente el titular del órgano jurisdiccional en la investigación de los asuntos criminales. En definitiva, es la ley la que determina previamente el valor de las pruebas y consecuentemente el juez puede prescindir de este conjunto de normas preestablecido por el legislador para reprimir un hecho delictivo.

Analizando el sistema formal o legislativo, Vishinski afirma “esta teoría consideraba a las pruebas como algo petrificado, inmutable perteneciente a cosas y fenómenos que no cambian nunca. El sistema de pruebas construido en concordancia con esta teoría era un simple accesorio del proceso inquisitivo, que ayudaba de una fuerza bruta y mecánica. Sin dejar lugar a la reflexión y el análisis de las circunstancias. En el proceso inquisitivo el juez y el instructor no estudiaban el asunto, no razonaban, no analizaban los hechos según su significación interna. El sistema de pruebas formales eximía igualmente de dicha obligación bajo el dominio de dicha teoría, el único deber del juez o del instructor era establecer el tanto por ciento de autenticidad, atribuido de antemano por la ley a cada tipo de prueba”<sup>45</sup>

Estos medios concluye Vinshinski “eran el duelo ante los jueces (duelos judiciales) y la prueba de fuego o de agua (juicios de Dios) cuyos resultados decidían la suerte del acusado. Se declaraba inocente y, por lo tanto, se le concedía la razón; al que siendo sumergido en “agua bendita” con las manos atadas, no se iba al fondo; al que metiere la mano en agua hirviendo y no apareciesen quemaduras en un determinado plazo, y al que saliere triunfante en un duelo”.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Vishinski A. autor citado Walter Guerrero Vivanco en su obra derecho procesal penal. Tomo II Pág. 73

<sup>46</sup> *Ibidem* Pág. 74.

La teoría formal de la prueba se divide en dos clases: positiva y negativa.

La positiva demandaba del juez o tribunal que pronunciasen sentencia condenatoria, siempre que existían las pruebas puntualizadas en la ley, aun cuando el juez no hubiere alcanzado el grado de certeza suficiente para pronunciarse en tal sentido.

La negativa, en cambio, no permitía la condena cuando faltaba alguna de las pruebas indispensables previstas por la ley, pese a que el juez o tribunal estuviesen convencidos de la suficiencia de la prueba constante en el proceso.

Bastaban las pruebas plenas, perfectas o manifestadas para llevar a persuadir suficiente ante el juez obteniendo esta calidad de confesión del acusado los documentos reconocidos por las personas contra quienes Iván dirigidos, los testimonios de los testigos fidedignos que en caso de desistimiento, se prefería el testimonio del hombre que el de la mujer, el del noble que al del plebeyo y del eclesiástico antes que al del laico.

Concluimos el análisis de esta teoría de la prueba formal citando los criterios que sobre la misma han formulado los expositores de nuestro derecho penal Andrés F. Córdova y Zabala Baquerizo.

Adres F: Córdova dice: “ pero es verdad que aplicara al campo del enjuiciamiento penal el criterio de la prueba legal predeterminada por el legislador, que establece las reglas fijas e inalterables, es poner al juez en un verdadero conflicto de conciencia al a obligarle a aceptar como verdadero lo que su criterio intimo rechaza como tal con fundamentos procesales que no puede reunir las condiciones de la exigencia legal, pero con suficientes fundamentos para afianzar su concepto negativo en forma definitiva y elocuente.”<sup>47</sup>

Zabala Baquerizo, comentando las matemáticas de la prueba afirma: “este planteamineto nos parece de absoluta insolvencia científica. Aplicar el

---

<sup>47</sup> CORDOVA Andrés, F. “Procesal Penal Ecuatoriano” TI. Pág. 182 -183.

principio aritmético a la prueba es desnaturalizar el sentido jurídico de la institución si una prueba por sí es incapaz de llevar al convencimiento del juez sobre la existencia de un hecho, no podemos concebir como esa misma prueba sumada a otra de igual calidad puede lograr la certeza en el criterio del juzgador”<sup>48</sup>

En resumen se reconoce que el sistema de la teoría formal surgió para poner freno a alguna que otra “arbitrariedad judicial” imprimiendo una reglamentación en la actuación del juez en la calificación de las pruebas previamente establecidas por la ley. Pero esta misma reglamentación, menoscaba la actividad del juez y lo replegó al plano de una simple autómatas, asignándole una actuación eminentemente mecánica y, por lo tanto convirtió el acto probatorio que es la cima del proceso, es un procedimiento desvirtuado de una gran misión relacionada con el establecimiento de la verdad material del hecho cuestionado.

Según el nuevo Código de Procedimiento Penal, preceptúa en sus artículos en lo referente a la prueba material y manifiesta lo siguiente: “Art. 91 la prueba material consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios o en los instrumentos con los que se cometió, todo lo cual debe ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa del juicio y valorado por los tribunales penales”<sup>49</sup>

Art.92 “Si la infracción es de aquellas que por su naturaleza produce resultados visibles o deja vestigios, el fiscal o la policía judicial ira al lugar donde se cometió el delito para practicar el reconocimiento, el resultado, los vestigios, los objetos o instrumentos de la infracción serán descritos prolijamente en el acta de reconociendo y pasaran a custodia de la policía

---

<sup>48</sup> BAQUERIZO, Zavala, Jorge “El Proceso Penal Ecuatoriano” T.II. pág. 11-18.

<sup>49</sup> Nuevo Código de Procedimiento Penal Art. 91.pág. 18

judicial. Si hay necesidad de pericia se observaran además las reglas pertinentes”<sup>50</sup>.

“Si el Fiscal el Juez o Tribunal lo juzgare conveniente podrán efectuar reconocimiento o inspecciones en secciones territoriales distintas a las de su jurisdicción.”

Art. 93: si el “Fiscal supiere o presumiere que en algún lugar hay armas, efectos, papeles u otros objetos relacionados con la infracción o en sus posibles autores solicitara al juez competente autorización para incautarlos así como la orden de allanamiento si fuere del caso”<sup>51</sup>.

En consecuencia, podría manifestar que la prueba constituye la base para descifrar el cometimiento de una infracción o delito de muchos instrumentos como medios (peritos) para establecer las responsabilidades del que cometió el hecho delictivo, la misma que será valorada por los tribunales penales y así poder obtener una sentencia transparente apegado a la ley.

Art. 94” los peritos son profesionales especializados en diferentes materias que hayan sido acreditados como tales, previo proceso de calificación del Ministerio Público”<sup>52</sup>

Durante la indagación previa o en la etapa de instrucción el fiscal ordenara que se realicen por peritos las experticias correspondientes.

Para el efecto, el fiscal designara el número de peritos que crea necesario.

El imputado o acusado, podrá designar un perito, mediante petición al Fiscal, sin que por tal motivo se retarde la práctica del reconocimiento. Si se tratare de exámenes corporales, la mujer a la cual deban practicárselos, podrá exigir que quienes actúan como peritos sean personas del mismo sexo.

---

<sup>50</sup> Obra citada. Art. 92 Pág. 18

<sup>51</sup> Obra citada Art. 93. Pág. 18

<sup>52</sup> Obra citada Art. 94 pág. 18

Si en el lugar donde se deba realizar la diligencia no hubiere peritos habilitados, el Fiscal nombrara a personas mayores de edad de reconocido honradez y probidad, que tengan conocimiento de la materia de la que deban informar.

Si hubiere peligro de destrucción de huellas o vestigios de cualquier naturaleza en las personas o en las cosas, los profesionales en medicina, enfermeras o dependientes del establecimiento de salud a donde hubiere concurrido la persona agraviada, tomara las evidencias inmediatamente y las guardaran hasta que el fiscal o la policía judicial dispongan que pasen al cuidado de peritos para su examen.

Los peritos están obligados a comparecer o posesionarse y a informar en los plazos señalados por el Fiscal.

El Consejo Nacional de la Judicatura fijará las escalas de remuneración de los peritos.

Según mi criterio, en el nuevo Código de Procedimiento Penal en el art. 95 en el inciso séptimo, en donde nos señala que el Concejo Nacional de la Judicatura fijara escalas de remuneración de los peritos puedo manifestar que si se llega a darse esta situación la justicia será totalmente pagada, y existirá múltiples casos en donde se quedarán en la impunidad los delitos por falta de recursos económicos, por no poder pagar un perito, para que realice el trabajo, lo cual amerita un estudio profundo por parte del ministerio público y el Concejo Nacional de la Judicatura.

Art. 96” El desempeño de la función de un perito es obligatoria sin embargo la persona deberá excusarse si se hallara en alguno de los casos establecidos en este código, para la excusa de los fiscales.

Los peritos no podrán ser recusados sin embargo el informe no tendrá valor alguno el informe no tendrá valor alguno si el perito que lo presento tuviere inhabilidad o excusa”<sup>53</sup>

Art. 98” el informe pericial contendrá los siguientes:

- La descripción detallada de lo que se ha reconocido examinado, tal cual lo observo el perito, en el momento de practicar el reconocimiento o examen.
- El estado de la persona o de la cosa objeto de la pericia antes de la comisión del delito, en cuanto fuere posible.
- La determinación del tiempo probable transcurrido entre el momento en que se cometió la infracción y el de la práctica del reconocimiento.
- El pronóstico sobre la evolución del daño, según la naturaleza de la pericia.
- Las conclusiones finales, el procedimiento utilizado para llegar a ellas y los motivos en los que se fundamenta.
- La fecha del informe.
- La firma y rubrica del perito.

Si se hubiesen desaparecido los vestigios de la infracción, los peritos opinaran, en forma debidamente motivada sobre tal desaparición, si se ha ocurrido por causas naturales o artificiales.

El imputado y el acusado tienen derecho a reconocer oportunamente el informe pericial, a formular observaciones y a solicitar aclaraciones al perito, sin perjuicio de su derecho a interrogarle en la audiencia”<sup>54</sup>.

En el registro oficial número 288, con fecha 20 de marzo del 2001. Se decreta expedir el siguiente reglamento para el sistema de acreditación de peritos. Que manifiesta lo siguiente:

---

<sup>53</sup> Código de Procedimiento Penal Art. 96 pág. 19

<sup>54</sup> Código de procedimiento penal Art.98 pág. 19

Art. 1.- el sistema de acreditación de peritos en las diferentes disciplinas científicas y técnicas se desarrollara y funcionara, conforme a las disposiciones del presente reglamento el mismo que rige para todos aquellos profesionales y no profesionales, que posean conocimientos científicos o técnicos especializados o experiencia suficiente para intervenir en calidad de peritos en las causas penales, en las investigaciones preprocesales y procesales penales.

Art. 2.- Solamente podrán ser nombrados peritos para intervenir en las causas penales y en las investigaciones preprocesales y procesales penales, quienes sean acreditados como tales por el Ministerio Público.

Cualquier informe pericial que provenga de quien no tuviere la acreditación concedida de acuerdo con este reglamento no tendrá validez legal.

Art. 3.- Podrán ejercer los cargos de peritos los profesionales o no que tengan experiencia en las materias en las cuales deban emitir sus informes, como las siguientes:

Medicina humana, en las especializaciones; psiquiatría, psicología, genética, ginecología, patología, obstetricia, endocrinología, odontología, oftalmología, optometría, medicina animal; vegetariana; química: química-farmacéutica, bioquímica-dermaceutica, biología, metalurgia, criminalística; balística; dactilografía; grafología; filatelia; intérpretes y traductores; numismáticos; fotografía; ingeniería , en sus diversas especialidades como son: industrial, química, civil, informática, alimentos, comercial, agronomía-ambiental, minas y petróleos, matemáticas, física, mecánica, telecomunicaciones, topografía, textil; arquitectura; banca y finanzas; economía; contabilidad, bellas artes (músicos, pintores, escritores, actores); joyería. Otras que con el avance científico y tecnológico sean requeridas en las causas penales o en las investigaciones preprocesales o procesales penales.

Entre los requisitos que se establece para la acreditación de peritos profesionales, por parte del ministerio público son:

- Título que justifique formación académica, en los casos en los que fueren necesarios acorde a la especialidad del peritaje requerido, y su respectiva copia.
- Experiencia profesional no menor de dos años, en la materia objeto del peritaje.
- Inscripción en el correspondiente colegio profesional si es que hubiere, y,
- Tener reconocida honradez y probidad. En el caso de los no profesionales el prestigio deberá ser reconocido dentro de su comunidad.

El certificado de acreditación será válido por dos años y deberá ser renovable por igual tiempo.

Se expedirá además la correspondiente credencial que deberá poseerla el perito acreditado.

El certificado deberá contener la acreditación y nombramiento correspondiente con los datos personales que cuentan en el registro de peritos.

Se podrá retirar la acreditación de los peritos en los siguientes casos:

- Si se comprobare que alguno de los datos en el registro son falsos, y,
- Si no cumple con las condiciones de ética profesional, en el conocimiento del encargo designado.

El perito está obligado a practicar todo acto o diligencia propios de su experiencia con el celo, esmero, prontitud, sigilo y reserva que la naturaleza del caso exija.

El Ministerio Fiscal General o los Ministros Fiscales Distritales concederán los certificados de acreditación y las correspondientes credenciales.

El costo de la inscripción será de veinte dólares (U.S.D. \$ 20,00) que cubrirán los gastos de acreditación.



El Ministerio Público contara con un registro de peritos, el mismo que será llevado por los diferentes distritos fiscales quienes reportaran al ministerio fiscal general donde se concentraran todas las acreditaciones.

El registro de peritos será alimentado y actualizado semestralmente, bajo la responsabilidad de cada ministro fiscal distrital, y luego se enviara a la Fiscalía General.

En conclusión puedo manifestar que con la vigencia del nuevo código de procedimiento penal, en lo referente al peritaje judicial se desvaloriza el trabajo de muchos profesionales, ya por no estar acreditados por parte del ministerio Público, no podrán servir en peritaje alguno a pesar de tener los suficientes conocimientos probos, en cierta materia o especialización, constituyéndose un obstáculo para el desarrollo desenvolvimiento de sus funciones.

## **7.- METODOLOGIA.**

En el desarrollo del trabajo de investigación para la elaboración de tesis de pregrado doctoral en jurisprudencia empleare el método científico y sus derivados consecuentemente: analítico, inductivo y deductivo.

La investigación será de tipo histórico, descriptivo y nemotécnico también para el acopio de los diferentes documentales que se registraron en las fichas pertinentes.

Aplicare treinta encuestas a diversos profesionales del derecho en libre ejercicio de la profesión, así como también a magistrados, jueces para lo cual elaborare el instructivo correspondiente. Realizare un estudio de los casos en los juzgados de lo penal y de tránsito durante el periodo 1968-1969-2000.

Utilizare los avances científicos y tecnológicos de la época para lograr la información relativa al objeto de estudio y su tratamiento en algunos países del

mundo, a través de fichas y con el empleo de un ordenador de palabras y además registrado en un cuaderno de campo.

Se procederá luego a efectuar el análisis de los referentes doctrinarios jurídicos, jurisprudenciales y de opinión mismos que posibilitaran el conocimiento de la problemática seleccionada para nuestro estudio, análisis que genera el criterio en el investigador en lo que constituirá la síntesis del trabajo investigativo.

Finalmente el conocimiento logrado se reflejara en el aporte que se dará con las sugerencias encaminadas a proyecto de reforma al Código de Procedimiento Penal.

## 8.- CRONOGRAMA

### CRONOGRAMA DE TRABAJO.

Tiempo en meses y Semanas Actividades	JUNIO				JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE				OCTUBRE				NOVIEMBRE			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1.- Fase de comprensión del objeto de transformación	X	X																						
2.- elaboración y presentación del proyecto de investigación.			X	X	X	X																		
Fase de ejecución del proyecto de investigación																								
3.- Recolección de la investigación bibliográfica.						X			X															
4.- Aplicación de encuestas.									X															
5.- Estudio de casos									X															
6.- Sistematización y análisis de la información.										X	X		X											
7.- Elaboración del primer borrador del informe final.													X	X	X									
8.- Revisión y Corrección																	X	X						
9.- elaboración del informe final de la investigación.																			X	X				
10.- Conclusión y defensa																					X	X	X	

## **9.- PRESOPUESTO Y FINANCIAMIENTO.**

### **9.1. RECURSOS HUMANOS.**

Director de Tesis: Dr. Manuel Salinas.

Encuestados: 30 Abogados en libre ejercicio de la profesión.

Postulante: Lic. Jhon Robert Ordoñez Malla.

### **9.2.- RECURSOS MATERIALES Y FINANCIEROS.**

- Elaboración de proyecto, derechos .....	\$150,00
- Materiales de escritorio.....	\$ 50,00
- Documentos.....	\$ 25,00
- Reproducción de la tesis de pregrado.....	\$ 170,00
- Movilización.....	\$ 40,00
- Programa de apoyo a la graduación.....	\$ 400,00
- Gastos imprevistos.....	\$ 20,00
	-----
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 855,00</b>

### **9.3 FINANCIAMIENTO.**

Los costos que demande la investigación serán solventados con recursos propios sin perjuicio de requerir un crédito educativo para el efecto.

## **10. BIBLIOGRAFÍA**

- Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal, en APECC Revista de Derecho. Año I, N° 1. Autor: Víctor Cubas Villanueva. Lima – Perú. 2004.

- Derecho Procesal Penal Argentino. Autor: Julio Maier. Ed. ammurabi. Buenos Aires – Argentina. 1989.
- Justicia Penal y Democracia en el contexto extraprocésal. Autor: Luigi Ferrajoli. Capítulo Criminológico N° 16. Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia. Maracaibo – Venezuela. 1990.
- Introducción al Derecho Procesal Penal. Autor: Alberto Binder. Buenos Aires – Argentina. 1993.
- Proceso Penal y Derechos Humanos. Autor: José Cafferata Norez. Buenos Aires – Argentina.
- Sistema Acusatorio y Prueba (Revista temas Procesales), Edición especial julio de 2004, Autor: Ramiro Alonso Marín Vásquez.
- El Principio de Oportunidad (Revista temas Procesales), Edición especial julio de 2004, Autor: Carlos Alberto Mojica Araque.
- Constitución de la República 2008
- Código de Procedimiento Penal en actual vigencia

Índice	
Caratula	I.
Certificación	II
Autoría	III
Dedicatoria	IV
Agradecimiento	V
Tabla De Contenidos	VI
Resumen	VIII
Astrack	XII
Introducción	XV
Revisión Literaria	
La acción Penal	1
antecedentes Históricos De La Acción Penal	9
<i>Historia E Importancia De La Acción Penal En El Derecho Procesal Penal</i>	11
Fines De La Acción Penal	16
Definición De Delito	16
Elementos Del Delito	17
La Acción	17
La Antijurídica	18
Legítima Defensa	19
La Culpabilidad	19
Naturaleza Jurídica	20
Explicar La Relación De Culpabilidad Con La Imputabilidad	20
La Tentativa	21
La Acción Pública	21
No Cabe La Conversión	25
<i>Características De La Acción Penal Pública</i>	26
La Acción Privada	28
Características De La Acción Penal Privada	29
La Prueba	30
Finalidad De La Prueba	32
Criterios De Valoración De La Prueba	33
Íntima Convicción	33
Prueba Tasada	34
Oportunidad De La Prueba	35
Principios De La Prueba	36
Principio De Formalidad	36
La Ineficacia Probatoria	38
Videos Y Medios Magnetofónicos Y Su Eficacia Probatoria	38
La Prueba Testimonial	43
Importancia De La Prueba Testimonial	44
La Prueba Documental	45
Valor Probatorio	47
La Impugnación Y El Análisis Pericial	49

Medios Probatorios En El Procedimiento De Acción Penal Privada	50
La Prueba Material	52
El Reconocimiento	54
La Actuación Pericial	55
El Peritaje Judicial	56
Concepto De Peritaje	57
La Procedencia	57
La Proposición	57
El Nombramiento	57
El Diligenciamiento	58
El Informe Pericial	58
Los Peritos En El Proceso Penal	59
Los Peritos Y Los Testigos	60
Objeto De La Prueba Pericial	60
Garantías De La Prueba Pericial	60
Clases De Exámenes Periciales	61
Partes Del Informe Pericial	62
La Diligencia De Entrega Y Ratificación Pericial	62
Reglamento Para El Sistema De La Acreditación De Peritos	63
De Los Requisitos Para La Acreditación De Peritos	64
Del Registro De Los Peritos	65
Incongruencias En El Nuevo Código De Procedimiento Penal Respecto Al Peritaje Judicial	66
Definición De Perito, Elementos, Características, Diferencias Y Clasificación	73
Desde El Punto De Vista Jurisprudencial	76
Elementos Esenciales Del Perito	79
Análisis Jurídico Al Código De Procedimiento Penal Referente Al Los Peritos	85
Materiales Y Metodos	90
Procedimientos	92
Técnicas	92
Resultados	93
Investigación De Campo	94
Verificación De Objetivos E Hipótesis	104
Objetivo General	105
Objetivos Específicos	106
Contrastación De La Hipótesis	107
Criterios Jurídicos Que Sustentan La Propuesta De Figuración	108
Conclusiones, Recomendaciones Y Propuesta	110
Recomendaciones	113

Propuesta De Figuración Legal A La Incongruencia En El Nuevo código De Procedimiento Penal En Relación Al Peritaje Judicial	114
Reforma Al Art. 94	115
Bibliografía	116
Anexos	119