



1859

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

**AREA JURÍDICA SOCIAL Y
ADMINISTRATIVA**

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO.

**“FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS SOBRE LA PRUEBA EN EL
PROCESO PENAL ECUATORIANO BAJO EL PRISMA DEL
DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO”**

*TESIS PREVIA OPTAR EL
GRADO DE LICENCIADO EN
JURISPRUDENCIA Y TÍTULO
DE ABOGADO.*

POSTULANTE:

Danny Jonhatan Hurtado Morocho

DIRECTOR:

Dr. Fausto Moreno Sánchez.

*Loja – Ecuador
2014*

AUTORIZACIÓN

Dr. Fausto Moreno Sánchez.

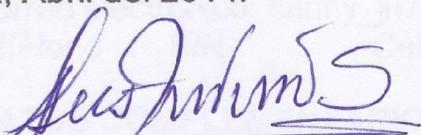
DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación titulado: **“FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO BAJO EL PRISMA DEL DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO”**, ha sido dirigido, orientado y revisado, observando las disposiciones emanadas por las autoridades de la Universidad Nacional de Loja, y que consta en el Reglamento del Sistema Académico.

Por lo tanto autoriza la impresión y presentación del trabajo de investigación.

Loja, Abril del 2014.



Dr. Fausto A. Moreno Sánchez.

Director de Tesis.

Dr. Leonardo Peña Madro (Presidente)
Dr. Jefferson Armijos Gallardo (Vocal)
Dr. Pablo Guerrero (Vocal)

AUTORÍA

Yo, Danny Jonhatan Hurtado Morocho, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

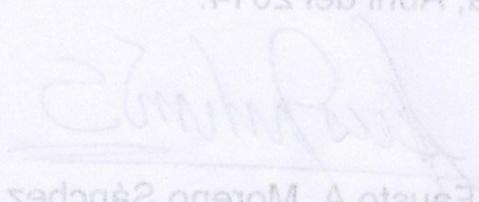
Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Firma:

Autora: Danny Jonhatan Hurtado Morocho

Cédula: 1103388789

Fecha: 03 de Abril del 2014

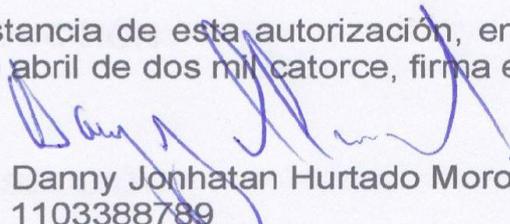
Loja, Abril del 2014.

Dr. Fausto A. Moreno Sánchez.
Director de Tesis.

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO

Yo, Danny Jonhatan Hurtado Morocho, declaro ser autor del presente trabajo de tesis titulado: **"FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO BAJO EL PRISMA DEL DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO"**, como requisito para optar el grado de: Abogado; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional: Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realiza un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 03 días del mes de abril de dos mil catorce, firma el autor.

Firma : 
Autor : Danny Jonhatan Hurtado Morocho
Cédula : 1103388789
Dirección : Cdla. Los Faiquez
Correo electrónico: sanny_jh78@yahoo.es
Teléfono : S/N Celular: 0986599193

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director de Tesis: Dr. Fausto Moreno Sánchez Mg.

Tribunal de Grado:

Dr. Leandro Peña Merino	(Presidente)
Dr. Jeferson Armijos Gallardo	(Vocal)
Dr. Pablo Guerrero	(Vocal)

DEDICATORIA

Esta dedicatoria, por encima de todo, va dirigida a los personajes que, levantándose sobre el camino de la humildad han sido la base y el hogar donde los hombres aprenden por primera vez los valores que le guían durante toda la vida y que gracias a su fortaleza han alcanzado Alturas inaccesibles:

Mi familia...

TABLA DE CONTENIDOS

AUTORIZACIÓN

AUTORÍA

AGRADECIMIENTOS

DEDICATORIA

PARTE INTRODUCTORIA

1. TÍTULO

2. RESUMEN

ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

PRIMERA SECCIÓN

CUERPO DEL INFORME FINAL

4. REVISIÓN DE LA LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL – DOCTRINARIO

4.2. MARCO JURIDICO

4.2.1. LEGISLACIÓN COMPARADA

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. MATERIALES

5.2. METODOS

5.3. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

6. RESULTADOS

- 6.1. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS
- 6.2. PRESENTACIÓN DE LAS ENTREVISTAS
- 7. DISCUSIÓN
 - 7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS
 - 7.1.1. OBJETIVO GENERAL
 - 7.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS
 - 7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS
 - 7.3. FUNDAMENTACIÓN JURIDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA

SEGUNDA SECCIÓN

SÍNTESIS DEL INFORME FINAL

- 8. CONCLUSIONES
- 9. RECOMENDACIONES
- 10. PROPUESTA DE REFORMA

REFERENCIAS FINALES

- 11. BIBLIOGRAFIA

ANEXOS

INDICE

1. TÍTULO.

“FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO BAJO EL PRISMA DEL DERECHO PROCESAL CONTEMPÁNEO.”

2. RESUMEN.

La producción y valoración de la prueba en el proceso penal ecuatoriano se basa en concepciones teóricas que permiten orientar la búsqueda de la verdad y su establecimiento de modo pleno, objetivo, contrastable y enteramente fundamentada, trabajando como posibles hipótesis científicas. Las tesis del subjetivismo gnoseológico que predominaron en el contexto teórico doctrinal hasta la primera mitad del siglo XX y sirvieron de sustento científico a las legislaciones europeas de este período, no permitieron orientar la búsqueda y establecimiento de la verdad en el proceso penal sobre bases objetivas y de modo pleno, contrastable y fundamentado.

Las concepciones teóricas sobre las que descansa la búsqueda de la verdad y su establecimiento en el proceso penal ecuatoriano se corresponden con las tesis del subjetivismo gnoseológico. Se plantea la importancia de las reflexiones de la epistemología que se hace sobre la prueba judicial. La validez es una temática que lleva a estudiar, principalmente la veracidad de lo actuado, ya que la prueba judicial en su obtención y valoración tiene la potencialidad de afectar a la persona en todos los aspectos de su vida existencial: el corporal, el psicológico y el social; lo cual también puede implicar la vulneración de los derechos fundamentales. De otro lado, la valoración de la eficacia conlleva, principalmente, a reflexiones epistemológicas de la verdad sobre los hechos. Se analiza la verdad por correspondencia como el ideal. También se estudian las concepciones de verdad consensuales, coherentes y pragmatistas que han sido enarboladas como negación de aquella.

En su obtención, la validez de la prueba se relaciona con el debido proceso. Existe una validez formal que se refiere a los condicionamientos de órganos legítimos y a las formalidades del tiempo, lugar y modo de obtención del acto procesal probatorio y la validez material, la cual se relaciona con la formalidad de los contenidos constitucionales: este último se refiere básicamente a que la decisión del Juez respete el principio de proporcionalidad lo mismo que el de racionalidad en su argumentación sobre los hechos como condición de legitimidad de la decisión.

Para entrar en el campo del proceso, tenemos que partir de su origen, cave entonces preguntarse: **¿cuál es el origen del proceso?** Al respecto el proceso nació por la necesidad de los Estados de resolver los conflictos de relevancia jurídica, que en esencia implica el quebramiento de las normas que el propio estado impone en ejercicio de sus funciones legislativa, administrativa y judicial; es este conflicto, el que origina las formas de solución, una de las cuales las constituye el proceso, donde está inserta la prueba, tema que es materia del presente artículo, recordando que en general, son objeto de prueba los hechos afirmados por las partes dentro del proceso dispositivo, pero con la intervención del juez como director del mismo, pues el proceso no es de pertenencia de las partes, sino que sus formas son de orden público.

ABSTRACT.

The production and evaluation of evidence in criminal proceedings based on Ecuadorian theoretical concepts capable of guiding the search for truth and its establishment in a full, objective, testable and based entirely, working as potential scientific hypotheses. The thesis of epistemological subjectivism that prevailed in the theoretical context doctrinal until the first half of the twentieth century and served as scientific support to European legislation in this period did not allow search and guide the establishment of the truth in criminal proceedings on an objective basis and so full, testable and grounded.

The theoretical concepts upon which rests the search for truth and its establishment in the criminal Ecuadorian correspond to the thesis of epistemological subjectivism. This raises the importance of the ideas of epistemology that is made on the evidence in court. Validity is a subject that has to study, mainly the veracity of the proceedings, as the court in obtaining evidence and assessment has the potential to affect the person in all aspects of his life existential: the physical, the psychological and the social, which can also involve the violation of fundamental rights. On the other hand, the measure of effectiveness involves mainly to epistemological reflections of the truth about the facts. We analyze the correspondence truth as the ideal. It also discusses the concepts of truth consensual, coherent and pragmatists who have been hoisted as a denial of it.

In their preparation, the validity of the test is related to due process. A formal validity refers to the conditions of legitimate bodies and the formalities of the time, place and manner of obtaining evidence and procedural material validity, which relates to the constitutional formality of content: the latter refers basically

that the judge's decision respects the principle of proportionality as well as the rationality of his argument on the facts as a condition of legitimacy of the decision.

To enter the field of the process, we have to start from your home, dig then ask: what is the origin of the process? In this respect the process born by the need for states to resolve legal disputes, which essentially involves the breaking of the rules that the state imposes on the exercise of its legislative, administrative and judicial, is this conflict, which originates settlement forms, one of which is the process where the evidence is inserted, an issue that is the subject of this article, remember that in general, the test object the facts asserted by the parties in the process device but with the intervention of the judge as director, because the process is not party membership, but their forms are mandatory.

3. INTRODUCCIÓN.

Bajo el tema “Fundamentos epistemológicos sobre la prueba en el proceso penal ecuatoriano bajo el prisma del derecho procesal contemporáneo”, nos propusimos realizar un estudio jurídico, doctrinario sobre la prueba, tomando en cuenta su trascendencia en el Proceso Penal Ecuatoriano, y someterlo a un análisis crítico que nos permita demostrar la pertinencia de la propuesta, concretada en el tema de investigación.

Partimos de la hipótesis general de que la normativa existente al respecto era insuficiente y, por lo tanto ameritaba una reforma de la misma. Las hipótesis periféricas planteadas complementaban la general, en tanto sostenían que las tesis del subjetivismo gnoseológico que predominaron en el contexto teórico doctrinal hasta la primera mitad del siglo XX y sirvieron de sustento científico a las legislaciones europeas de este periodo, no permitieron orientar la búsqueda y establecimiento de la verdad en el proceso penal.

La investigación, a pesar de sus limitaciones, nos permitió no solo confirmar las hipótesis de las que partimos, cumpliendo así los objetivos trazados, es decir realizar un estudio jurídico, doctrinario y crítico sobre la prueba, sino que me coloco ante una exigencia objetiva: la necesidad de introducir reformas a la propia Constitución de la República.

En la actualidad el tema de la prueba en el proceso penal sigue siendo objeto de interés, por cuanto, la revolución científico – técnica y la internacionalización y constitucionalización de los derechos y libertades del hombre, con el consiguiente compromiso ético-jurídico de los Estados en el

establecimiento de las condiciones y del marco legal requeridos para su garantía y respeto, obligan a un cambio de actitud metodológica y a una revisión de sus bases conceptuales.

Por otra parte, respecto a su actualidad e importancia en nuestro contexto deben destacarse otras dos cuestiones. Primero que las leyes del rito penal que han estado vigentes en nuestro país tuvieron como fuente a la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, ordenamiento ritual punitivo que se inspiró en las concepciones subjetivistas propias de su época. Y en segundo término habría que subrayar que la literatura jurídica existente en nuestro medio, en su gran mayoría, está basada en posturas similares y en muchas ocasiones presenta una actitud filosófica, pues no se han llevado a cabo investigaciones de este tipo en el tema en cuestión.

Consecuentemente nos planteamos investigar el siguiente problema: *¿La producción y valoración de la prueba en el proceso penal ecuatoriano se basa en concepciones teóricas que permiten orientar la búsqueda de la verdad y su establecimiento de modo pleno, objetivo, contrastable y enteramente fundamentada.*

El capítulo inicial se destina a la evolución de la prueba en los diferentes sistemas de enjuiciar, a las diferentes doctrinas acerca de la verdad y su establecimiento en el rito penal, y a su definición y naturaleza jurídica. Éstas aparecen recogidas de forma resumida, pues no pretendimos entrar en detalles, sino solo dejar sentado los rasgos más significativos de su desarrollo a nivel empírico y teórico, de modo tal que nos permitiera conocer los avances y retrocesos de su configuración legal y las tesis científicas predominantes en

cada período histórico. Sobre esta base exponemos nuestra postura respecto a su naturaleza y definición, suscribiendo las categorías y leyes gnoseológicas del materialismo dialéctico.

Los capítulos subsiguientes recogen las controversias doctrinales y definiciones de los elementos generales de la prueba en el proceso penal, que son los que se avienen a nuestros principales objetivos, pues las cuestiones relativas a los medios de prueba en particular están descartados en la concepción de nuestro objeto de investigación. En éstos destacamos la repercusión de las posturas objetivas y subjetivas, y establecemos nuestra afiliación al respecto. Finalmente, se colocan en cada uno de ellos epígrafes destinados al análisis de la recepción de cada una de las tesis doctrinales estudiadas en el Derecho comparado, y en nuestra legislación ritual punitiva ordinaria.

Para el estudio de Derecho comparado se seleccionó una muestra de legislaciones pertenecientes a países de nuestro entorno geográfico y cultural, por los lazos históricos y la herencia común proveniente del Derecho colonial. Las legislaciones seleccionadas corresponden en su mayoría a la década del noventa, pues es en este período en que tienen lugar importantes transformaciones en el rito punitivo de los países de nuestro continente.

Nos ha motivado el deseo de aportar con un grano de arena en la lucha contra esa realidad y proponer bases que en correspondencia con las tesis del objetivismo materialista y la dialéctica garantista, permitan el perfeccionamiento de la legislación ritual ordinaria en lo relativo a la búsqueda y establecimiento de la verdad en los procesos penales.

4. REVISIÓN DE LA LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

La historia de la prueba en el proceso penal, como la de toda institución jurídica, está ineludiblemente marcada por las condiciones económicas, sociales y políticas de cada época. Pero en su caso, la incidencia de factores como la superstición y el fanatismo religioso y político, así como la ideología del poder, han sido mayores, en tanto, la necesidad de *esclarecer* los sucesos criminales como condición para la imposición del *castigo* y el restablecimiento del *orden*, estuvo frenada durante largo tiempo por la incapacidad del hombre para investigar y explicar los fenómenos naturales y su propia conducta. Esta situación produjo la aparición de prácticas abominables y execrables como la tortura, con la cual el Estado, conociendo la insuficiencia humana para descubrir la verdad y justificando su proceder en poderes divinos y creencias religiosas, se despoja de sus funciones y las convierte en un deber de veracidad impuesto al propio procesado. También, como consecuencia de la repercusión de estos factores, aparecieron métodos con los cuales la ley, como la más genuina expresión de poder, para evitar la falibilidad del juez, y de modo imperativo, abstracto y apriorístico, reemplazó a éste en la valoración de las evidencias concretas. Por todo ello – y por mucho más – se ha llegado a decir que la búsqueda de la verdad en los juicios penales ha transitado a través de un camino *sembrado de espinas, empapado de sangre y regado de lágrimas*¹.

¹ Así ha sido calificado por PRIETO FREDAS en la Introducción a la obra de EUGENIO FLORIAN: *De las Pruebas Penales*, Tomo I, De la Prueba en General, tercera reimpresión de la tercera edición, editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, p. 21.

Otra nota distintiva, y quizás más trascendente que la anterior, es que su andar por esos caminos *no reproduce una línea históricamente progresiva*², en tanto los puntos de inicio y culminación de cada segmento histórico por los que ha transitado no coinciden respectivamente con las fases de su menor y mayor evolución.

Su historicidad se ha encarado desde diferentes perspectivas. En algunos momentos se ha destacado la trascendencia de la síntesis ideológica de cada época en la determinación de los métodos y medios empleados³ y en otras ocasiones se ha puesto énfasis en la naturaleza de la verdad que con éstos se ha pretendido conseguir en el proceso penal⁴.

Nosotros, atendiendo a que la investigación en torno a estas cuestiones, de forma sistematizada y continuada, comienza a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, pensamos que su historia puede ser enmarcada fundamentalmente en dos grandes períodos cuya frontera histórica se ubica en la revolución francesa. El primero se corresponde con una *era empírica* que tiene su inicio en la edad antigua y se extiende hasta el triunfo de la revolución burguesa. Su signo más característico o predominante lo constituye la ausencia de una concepción científica en torno al tratamiento de estos problemas, con lo cual resulta más susceptible al pragmatismo, al oscurantismo, a la superstición y a

² FREDAS, PRIETO, ob. cit. p. 29.

³ En este sentido, ENRICO FERRI, partiendo de su expresión general y haciendo una síntesis de la repercusión ideológica y de los métodos empleados en cada etapa, distinguió cuatro momentos en su devenir histórico: la fase primitiva, la fase religiosa, la fase legal, la fase sentimental y la fase científica (*Sociología Criminal*, traducción de Antonio Soto Hernández, Ed. Góngora, Madrid, s.f., p.348).

⁴ Así PRIETO FREDAS, señala: *Históricamente esta modalidad de las pruebas penales ha dado lugar a una doble concepción de la verdad propia del juicio penal, y así se ha llegado a la clasificación entre pruebas formales y pruebas materiales, a las que corresponde la verdad material y la verdad formal. Es esta una doble estructura y una doble destinación de las pruebas penales, que se alternan como criterios que predominan de diversos modos en su marcha evolutiva* (ob. cit. p.27).

la religiosidad en la búsqueda de la verdad del rito punitivo. El segundo período lo identificamos con la denominación de *era teórica*. Esta etapa se extiende desde el advenimiento de la burguesía al poder hasta nuestros días y se caracteriza por el análisis y estudio de toda la evolución precedente de esta institución y por la explicación científica de los problemas que giran en torno a ella, es decir, por la elaboración de una teoría sobre la prueba en el proceso penal.

La segunda de dichas etapas es la que será vista con más detenimiento en nuestro trabajo. No obstante, para evitar que se produzca un salto o corte histórico, haremos un resumen de los momentos más significativos de su desarrollo a partir del tratamiento que se le ha conferido a la demostración del suceso delictivo en los distintos modelos o formas de enjuiciar universalmente conocidos.

Sobre la base de la tesis monistas del Derecho, puede afirmarse que la primera forma de enjuiciar que aparece es la *acusatoria*. Los pueblos de la antigüedad, con una organización estatal, especialmente los griegos, los romanos y los germanos, conocieron esta forma de hacer justicia, aunque estos últimos de un modo muy rudimentario.

Conforme al procedimiento acusatorio – fundamentalmente la concepción civilista del proceso penal en Roma, que es donde alcanza su mayor esplendor y su más refinada rotulación – el juez, aunque conociera de la perpetración de un hecho criminal, no podía proceder de oficio ni desatar la investigación y

persecución del presunto responsable. Su actuación debía estar precedida de la presentación de la acusación por el ofendido. Quien debía además presentar las pruebas que justificaran su pretensión, so pena de resultar absuelto el acusado. Sólo así quedaba legitimada la actuación judicial, que consistía en citar y hacer comparecer al procesado a una controversia caracterizada por la oralidad y la publicidad, en la que las partes se hallaban en igualdad de condiciones para alegar y probar⁵ y en la que tenía lugar el examen de los medios de prueba.

Entre los medios de prueba más usados se citan: las escrituras (*instrumenta*); los testigos (*testes*) y los juramentos (*jusjurandum in iudicio*)⁶. Estos eran libremente valorados por el juez, sin necesidad de atenerse a regla alguna ni de razonar su decisión en cuanto a los hechos que declaraba probados, siendo muy excepcional la posibilidad de impugnar su fallo.

El segundo modo de enjuiciar conocido históricamente es el *inquisitivo*, su factura y aplicación inicial se atribuyen a la iglesia católica de la edad media⁷, aunque, es justo reconocer, que su surgimiento es fruto de un proceso cuyo germen se halla en instituciones jurídicas nacidas o preferentemente usadas en

⁵ En cuanto a este tópico EUGENE PETIT señala que el demandado estaba exonerado de producir prueba directa, su papel se limitaba a refutar las presentadas por el adversario, sólo en caso de plantear alguna excepción, debía correr con la carga de probar los hechos en que esta se basaban (en *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed. Saturno Calleja S.A., Madrid, s.f., p. 671).

⁶ Señalados por PETIT, EUGENE, ob. cit. p.671.

⁷ Sobre este particular Fernando Ayllón Dulanto señala que: *La organización de la Inquisición medieval no fue la obra de un solo papa sino la resultante de un largo proceso, iniciado durante la gestión de Lucio III, continuado en el pontificado de Inocencio III y culminado por Gregorio IX quien, a través de tres diferentes bulas -entre los años 1231 y 1233- le dio su estructuración definitiva. La Inquisición fue, al igual que la mayor parte de las instituciones de la Edad Media, el producto de una práctica inicialmente restringida y, luego, gradualmente extendida y perfeccionada* (en "Historia Del Tribunal de La inquisición", en <http://www.monografias.com/trabajos7/inqui/inqui.shtm>,s.f., consultado: 7-10-03, p.3).

la Roma imperial, así por ejemplo: el procedimiento extraordinario (*extra ordinem judiciorum*, concebido inicialmente para ventilar asuntos civiles que no admitían verdadero juicio), los interrogatorios con tormentos (*quaestiones*) y la documentación de los indicios y testimonios (*apud acta*), también, en el orden funcional, pueden señalarse en este sentido, los funcionarios encargados de la vigilancia nocturna (*praefectus vigilum*) y aquellos a los que se confiaban las pesquisas en el procedimiento extraordinario (nunciadores o *curiossi*).

Entre las causas que determinaron el cambio del sistema acusatorio al inquisitivo se hallan: las metaprocesales y las estrictamente procesales. Las primeras son, por su propia esencia, de mayor alcance y condicionan a las de índole procesal, pues, están referidas a las circunstancias económicas, sociales y políticas de la época en que tienen lugar. Ellas son: el crecimiento y expansión de los herejes (subordinacionos, adopcionistas, modalistas, arrianismo, macedonismo, pelagianistas, cátaros y valdenses), cuyas enseñanzas y actividades contravenían la fe católica, el orden y las estructuras de poder basadas en estas concepciones ⁸, la *amenaza judía* (especialmente por la falta de transparencia de los judíos en el manejo de las finanzas y por sus actividades de préstamos lucrativos, que les hacía estar incursos en el

⁸ FERNANDO AYLLÓN DULANTO nos dice al respecto que: *La represión inicial de los herejes estuvo a cargo del poder civil, el cual se veía amenazado por la inestabilidad generada por las revueltas. Por dicha razón las autoridades laicas, antes de la existencia de la Inquisición, en aplicación de las normas del Derecho Romano, disponían la pena de hoguera, en razón de que la herejía era conceptuada como un delito contra Dios y contra el Estado y debía ser castigada con igual rigurosidad que los demás delitos de lesa majestad...Recordemos que, por entonces, el fundamento de la sociedad y del Estado era la religión, la cual constituía la base del ordenamiento político y jurídico. En una sociedad que se preciaba de cristiana, donde la Revelación tenía carácter divino, esta venía a ser la ley social fundamental cuya violación entrañaba un grave delito. En un Estado católico, el príncipe estaba obligado a proteger la única religión verdadera. De dicha obligación dimanaba el derecho de dar leyes penales contra los perturbadores del orden y la unidad religiosos y, por eso mismo, del orden público. Como consecuencia de este entrecruzamiento de motivaciones religiosas y políticas las pugnas entre católicos y herejes se daban en ambos terrenos -contra la Iglesia y las autoridades establecidas- constituyendo, de hecho, no solamente actos subversivos sino verdaderas guerras civiles (ob.cit.,p 3).*

*pecado de usura*⁹; las crisis económicas que estremecieron a Europa en los siglos XIV y XV, originadas fundamentalmente por el descenso demográfico que vino aparejado a las pandemias suscitadas en estas centurias (la peste, entre las más devastadoras); y la intolerancia religiosa¹⁰. Las de naturaleza procesal están referidas a ciertas desventajas o limitaciones que presentaba el modo de enjuiciar acusatorio para enfrentar conductas delictivas diferentes en cuanto a su dinámica de crecimiento y estructura, así como por el nuevo escenario histórico en que se perpetraban. Entre ellas se mencionan: la publicidad de los debates como impedimento para recolectar información y asegurar los indicios del delito; la imposibilidad judicial para producir prueba *ex officio* y el marcado carácter acusatorio, con lo cual se confiaba a la pericia y responsabilidad del ofendido la punición de los hechos delictivos, siendo aún más sensible esta limitación en los sucesos de prueba difícil y en los que se desconocía la identidad del ofensor; y la participación ciudadana que por relajación de los resortes éticos sociales, los cambios de costumbres y otros

⁹ En este orden AYLLÓN DULANTO nos explica que: *Estas razones y las diferencias religiosas alimentaron el antisemitismo, el cual surge así como una expresión de la animadversión a una burguesía que se enriquecía en medio de la pobreza generalizada; el resentimiento con los cobradores deshonestos de impuestos y el odio a los usureros. En ese contexto, se produjeron diversos sucesos y protestas antijudías que echaban la culpa de todos los males de la época a la benevolencia de las autoridades para con el "pueblo deicida" por lo cual supuestamente Dios castigaba a la población* (ob.cit. p.4).

¹⁰ El mismo autor citado precedentemente ilustra este factor a través de lo acontecido con la invasión musulmana a la región Ibérica en el año 711, en torno a él nos dice que: *Dicha invasión tuvo, a un mismo tiempo, carácter religioso, político, social y económico. La conquista, el dogmatismo, la intolerancia, el fanatismo y los abusos de los musulmanes hicieron surgir los odios y la intolerancia religiosos. Los católicos, por su parte, no renunciaron a su fe, se refugiaron en el norte de la Península Ibérica, en el llamado Reino de Asturias y desde allí se enfrentaron a los invasores musulmanes en una larga y cruenta guerra que, con intervalos de paz, duró desde el año 711 hasta 1492 en que, con la toma de la ciudad de Granada, cayó el último baluarte moro en España. Fácil es comprender que la intolerancia religiosa fue el común denominador de la época, que cada persona veía en las otras de diferente creencia a un enemigo de Dios y del Rey, con las que estaba en una lucha constante por la sobrevivencia y el dominio absoluto de los territorios* (ob. cit., p.3).

fenómenos propios de los momentos de crisis, propició en determinados momentos la corrupción y el delito de prevaricación¹¹.

Los rasgos más sobresalientes del sistema inquisitivo de enjuiciar son: a) un proceso judicial *ex officio* precedido de cuatro fases: el sermón de la fe, el edicto de gracia, la libre presentación de los arrepentidos, y los actos iniciales (denuncia y encuesta)¹², cuyo fundamento radicaba en un derecho divino delegado en los jueces no para castigar al reo sino para salvar su alma; b) la duración de éste no estaba predeterminada, por lo cual era necesario conservar por escrito todas las diligencias practicadas; c) las actuaciones tenían lugar en la más estricta secretividad para evitar represalias por parte del procesado o actitudes que entorpecieran el buen curso de las pesquisas y el logro de la verdad absoluta como emanación de Dios¹³; d) los medios de demostración estaban convenientemente reglamentados no sólo en su uso (para cada delito y juicio) sino en su propia calidad y grado de suficiencia, pues así se evitaba que las cualidades humanas hicieran su aparición en el juez; e) los medios de prueba más utilizados eran la confesión y el testimonio¹⁴,

¹¹ FENECH, MIGUEL; ob. cit., p. 83 y VIADA, CARLOS; 1950, ob. cit., págs. 73 a 76.

¹² En lo que concierne a estas formas de iniciación AYLLÓN DULANTO expone que: *La primera se daba cuando los inquisidores actuaban sobre la base de la declaración hecha por alguna persona contra un sospechoso. Esta se realizaba, bajo juramento y en presencia de dos testigos, ante el notario del Tribunal. Luego de finalizada, se pedía al testigo que jurase guardar secreto de lo tratado... La segunda forma se daba cuando, sin existir denuncia, había un rumor fundamentado en alguna localidad sobre actos contrarios a la fe, habiendo sido esto confirmado por personas honradas y entendidas en la materia. De ser así, un notario redactaba un documento en presencia de dos testigos* (en Procedimientos jurídicos del Tribunal de la Inquisición <http://www.monografias.com/trabajos11/webpr/webpr.shtml>, s. e y s.f., págs 4 y 5).

¹³ Respecto a esta característica AYLLÓN DULANTO señala que: *Se exigía al reo guardar total reserva de los hechos sucedidos durante su permanencia en las instalaciones inquisitoriales... El proceso se realizaba en el mayor secreto posible y tanto los procesados como sus acusadores y los propios funcionarios y servidores del Santo Oficio se veían obligados a no revelar nada de lo sucedido. En caso de que violasen esta prohibición se les trataba con una severidad similar a la usada con los herejes* (en Historia Del Tribunal. . . , p.5).

¹⁴ AYLLÓN DULANTO relata así el modo en que se llevaban a cabo las testificales: *La presentación de pruebas la solía iniciar el fiscal con sus testigos de cargo, a los cuales previamente se les sometía a*

en tanto resultaban más factibles de regulación legal; f) la tortura no sólo estaba legitimada como método de prueba sino que se usaba comúnmente para obtener la confesión de los acusados, dado que ésta era considerada como la *reina de las pruebas*¹⁵; y g), los recursos contra las sentencias eran frecuentemente autorizados, pero su ejercicio efectivo se veía entorpecido por el hecho de no exigirse la motivación de éstas.

De ese modo quedó institucionalizada la intolerancia y la obsesión persecutoria contra los enemigos de la fe católica en un rito represivo que BECCARIA calificó como *proceso ofensivo*, pues, según él, *el juez se hace enemigo del reo, de un hombre encadenado, presa de la suciedad, de los tormentos y de la expectativa más espantosa; no busca la verdad del hecho, busca sólo el delito en el encarcelado*¹⁶.

juramento para que declarasen solamente la verdad. Su testimonio era tomado de manera reservada e individualmente. Cada testigo era interrogado sobre los asuntos que estaban contenidos en el escrito acusatorio del fiscal. Los inquisidores hacían constar expresamente la conveniencia de mantener en secreto las identidades de los declarantes para prestarles las seguridades que los pusiesen a salvo de cualquier represalia. Sólo podían asistir al interrogatorio, además de los testigos, los inquisidores, el notario, el alguacil, el receptor u otros oficiales del Santo Oficio. Los testigos concluían su declaración afirmando la veracidad de lo manifestado, después de lo cual se les preguntaba si el acusador actuaba por odio o animadversión contra el supuesto hereje (en Procedimientos jurídicos...p. 10).

¹⁵ Entre los tipos de tormentos usados contra el acusado se citan:

a) *Tormento in caput proprium*

Era el que se empleaba para obligar a confesar al reo en lo referente a su propia causa.

b) *Tormento in caput alienum*

Era utilizado para que un reo declarase como testigo en un proceso ajeno. Solamente se empleaba cuando el reo se negaba a informar sobre los hechos que los inquisidores, por las demás pruebas que tenían reunidas, daban por seguro que aquel conocía (AYLLÓN DULANTO en Procedimientos jurídicos...p. 15).

VOLTAIRE alarmado porque todavía en el siglo XVIII se empleara esta horrenda práctica, alzó su voz contra la misma en los siguientes términos: *...La ley no los ha condenado aún, y se da, en la incertidumbre en que se está de su crimen, un suplicio mucho más terrible que el de la muerte, a la que no se les condena sino cuando se está seguro de que la merece. ¡Cómo!; Ignoro aún si eres culpable y te atormentaré para saberlo; y si eres inocente, no expiaré las mil muertes que te hecho sufrir, en lugar de una sola que te preparaba; Cada cual se estremece con esta idea (ob. cit., p. 136).*

¹⁶ De los delitos y de las penas; traducción de Juan Antonio de las Casas; Alianza Editorial; Madrid, 1968, p. 59.

Empero, el sistema inquisitivo no fue solo una forma de organizar el proceso penal y de administrar justicia, sino que llegó a conformar una cultura de la represión, es por ello que VOLTAIRE, al culminar el comentario a la obra de BECCARIA, sentenció: *Por cualquiera parte que extendemos nuestra vista, vemos la contrariedad, la dureza, la incertidumbre, la arbitrariedad. En este siglo queremos perfeccionarlo todo; tratemos pues de perfeccionar las leyes de que dependen nuestras vidas y fortunas*¹⁷.

El tercer y último tipo de enjuiciamiento, conocido como *sistema mixto*, es también fruto de un proceso que se gesta con la Revolución francesa de 1789 a partir de las enardecidas críticas que durante el siglo XVIII formularon prestigiosos humanistas al modo de hacer justicia por el Santo Oficio. Dicho proceso se inicia con en el decreto de 8 de octubre de 1789¹⁸ y en la Ley de 16 de agosto de 1790¹⁹. Con estas legislaciones se hizo patente el deseo del legislador revolucionario de instituir nuevamente en Francia el sistema acusatorio, cuyo referente más cercano se hallaba en Inglaterra, nación que por fortuna y por razones históricas y políticas no había conocido la rudeza y crueldad del enjuiciamiento inquisitivo. Empero, los cambios resultaron demasiado bruscos, para una sociedad colonizada durante siglos por una cultura basada en la represión y en la omnipresencia y omnipotencia de los jueces. Por eso, al quedar definitivamente estatuidas las normas de procedimiento penal en el Código de Instrucción Criminal de 1808, que entró en vigor en 1811, aparece el modelo mixto de enjuiciamiento como una fórmula de

¹⁷ Ob. cit., p 160.

¹⁸ Proscribió la mayoría de los irracionales e inhumanos actos procesales previstos en la Ordenanza Criminal de Luis XIV, de agosto de 1670, con la que se estableció la última y más completa complicación de normas inquisitivas en el territorio francés.

¹⁹ Instauró el juicio por jurados.

compromiso entre los dos sistemas de justicia penal que le habían antecedido. Este modelo fue el que más tarde hicieron suyos los restantes países de Europa continental en su tránsito al capitalismo.

Las características principales de este modelo son: a) la estructuración del proceso en dos grandes etapas: la fase instructiva o de investigación, regida fundamentalmente por principios de carácter inquisitivo (escritura, secretividad de las actuaciones, oficialidad, etc.), y la fase de juicio oral, en la que predominan los principios de naturaleza acusatoria (publicidad, oralidad, carga de la prueba para la acusación, etc.); b) la separación de las funciones procesales: instruir, acusar y juzgar; c) la previsión de la garantía de la inviolabilidad de la defensa; d) el reconocimiento de los principios de legalidad de los medios de prueba (personales y reales), producción de la prueba en el juicio oral (se reconoce sólo por excepción valor probatorio a los actos de investigación) y el de la libre valoración de ésta; y e), la eliminación de la doble instancia, admitiéndose únicamente la revisión de las cuestiones jurídicas por vía del recurso de casación.

No obstante, debe significarse que el movimiento de reforma del siglo XIX en Europa continental no produjo los cambios pretendidos en toda su magnitud y profundidad, en tanto, la vigencia del principio de investigación oficial, la débil presencia del Ministerio Público durante las pesquisas o fase instructiva, así como la figura del juez de instrucción y las extraordinarias atribuciones que conserva el juzgador durante la fase de debate con relación a la actividad probatoria, en la que incluso puede hasta producir prueba de oficio (no

propuestas por las partes), son rasgos que reproducen lo que precisamente se pretendió erradicar: el compromiso y la contaminación de la imparcialidad y objetividad de la función jurisdiccional. Por eso puede coincidir con el profesor argentino Julio B.J. MAIER, cuando al referirse a este proceso de tránsito hacia el enjuiciamiento mixto, señala, haciendo una comparación geométrica, que *el cambio de derrotero no fue completo- 180º-, sino tan sólo parcial -90º-, pues conservó las características principales del sistema anterior*²⁰.

La necesidad de completar las transformaciones iniciadas con el Código de Instrucción Criminal francés y de desterrar totalmente a la figura del juez inquisidor del escenario judicial en el rito penal moderno, es algo que un sector mayoritario de la doctrina ha venido señalando reiteradamente y que ya ha dado frutos en algunas legislaciones de Europa²¹ y en las más recientes de América Latina²².

Las preocupaciones sobre la búsqueda de la verdad y la prueba para el establecimiento de aquélla en el proceso penal se advierten ya en el siglo XVII en las protestas formuladas contra la quema de brujas y contra la tortura por Agustín Nicolás y Friedrich Spee, entre otros (precursores). Sin embargo, los estudios en torno a estas cuestiones, de forma sistematizada y continuada, no aparecen hasta después de la segunda mitad del siglo XVIII en las obras de

²⁰ *Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas penales escritos*, en Revista Ciencias Penales, de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, junio 1991 año 3, N° 4, San José, Costa Rica, <http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2004/maier04.htm>, p.2.

²¹ Así por ejemplo: en la Ordenanza Procesal Penal de la República Federal de Alemania, el CPP de Portugal de 1987 y el CPP de Italia de 1988.

²² A modo de ilustración: el Código Tipo de Procedimiento Penal Para América Latina; el Código del Proceso Penal de la República Oriental del Uruguay de 1997; el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela de 1998; el Código de Procedimiento Penal de Bolivia de 1999); el **Código de Procedimiento Penal de Ecuador del 2000**); y el Nuevo Código Procesal Penal de Chile del 2000.

quienes se conocen como los iniciadores del movimiento que revolucionó el pensamiento en la disciplina del Derecho Procesal Penal, específicamente Voltaire, Beccaria y Filangieri. Pues Montesquieu presta atención a estos tópicos en su famosa obra "*El espíritu de las Leyes*", pero lo hace desde una perspectiva política general - como principio y método de gobierno- y no como algo propio del proceso criminal. Incluso el mismo Voltaire inicialmente en su obra tratado sobre "*La Tolerancia, en ocasión de la muerte de Jean Calas*" (1763)- aborda estos problemas desde una postura empírica (a partir del comentario y la denuncia de algunas causas de connotación en Francia) y social (poniendo de relieve la crueldad, el fanatismo y la intolerancia religiosa) y no es hasta después de la lectura de la obra del Marqués de Beccaria ("*De los delitos y de las Penas*") que perfila sus puntos de vista y centra sus críticas a las mismas cuestiones procesales (en su obra *Comentarios sobre el libro "De los Delitos y de las Penas"*, en 1766).

El interés por el estudio de la verdad y su demostración en el proceso penal surge - como en otros temas de esta rama del saber humano - de modo contextualizado en una época de crisis en la que está muriendo una Formación Económica Social (la feudal) y está despertando o naciendo otra (la capitalista), por lo que, desde un punto de vista general, se halla implícita en las demandas sociales de la nueva clase con la consecuente repercusión de las nuevas corrientes filosóficas, y políticas (iluminismo, iusracionalismo, el pacto social Rousseauiano y la tripartición de poderes de Montesquieu entre otras) y la matización de sus consignas tanto sociales (la razón, la paciencia y el humanitarismo) como legales (igualdad, fraternidad y legalidad). Desde una

perspectiva específica, debe significarse que surge inmerso en el conjunto de cuestiones que la nueva clase necesita y se propone modificar del viejo, despótico y arbitrario proceso criminal inquisitivo, de ahí que el programa de transformaciones se centre en los puntos más criticados de dicho sistema de enjuiciamiento, entre ellos: la tortura, la secretividad, de las actuaciones probatorias, la parcialidad, el derecho de defensa, la prueba tasada, etc.

Obviando matices y detalles intrascendentes para lo que ahora es objeto de nuestra atención, puede afirmarse que las obras de estos tres autores sientan o colocan las piedras angulares para las futuras construcciones dogmáticas y legislativas en esta materia, así tenemos que:

A) Como dignos representantes del iluminismo y el iusracionalismo, señalan la necesidad de conceder a la razón humana - y no a la razón divina de las concepciones religiosas imperantes hasta estos momentos - el destino de iluminar – también - el desarrollo del enjuiciamiento criminal.

B) El establecimiento de la verdad como meta legítima y necesaria del proceso penal.

C) La humanización y el establecimiento de garantías en la adquisición y formalización (introducción en el proceso) de la prueba (destierro de métodos degradantes).

D) La actividad probatoria en un juicio oral, público y contradictorio como requerimiento de la declaración de culpabilidad.

E) El allanamiento del camino hacia la instauración del sistema de libre valoración de la prueba (y la consecuente abolición del sistema de prueba legal o tasada).

F) La bifurcación en las concepciones sobre la naturaleza de la verdad que puede alcanzarse en el juicio penal, la basada en el principio romano de la *evidencia luce meridiana clariores* (evidencia tan clara como la luz del día) y excluyente de toda duda o basada en la certeza (a partir de Voltaire) y la que parte de la falibilidad del juez para señalar el carácter relativo y probabilística del enjuiciamiento criminal (según Filangieri).

La consolidación de la burguesía en el poder conllevó en lo relativo a la regulación de la prueba en el proceso penal el asentamiento de los principios de producción de la prueba en el juicio oral y de libre apreciación de la prueba o íntima convicción tanto en los países que siguen el modelo de justicia del común Law por la influencia del sistema acusatorio puro inglés como en los que se adopta el Civil Law a través de la repercusión del Código de Instrucción Criminal Francés de 1808). Por tal motivo, la doctrina científica del siglo XIX y comienzos del XX se caracteriza – en líneas generales - por el desarrollo y la interpretación de estos principios y por el apego – en lo gnoseológico - a la variante escéptica, psicologista, subjetiva, y etizante trazada por Filangieri, conforme a la cual la convicción interna del juez se traduce en un proceso

psíquico (certidumbre subjetiva) de naturaleza moral y no apodíctica ni absoluta (en paralelismo con la incontrovertible verdad matemática), determinado, conforme al objeto de conocimiento (acto delictivo), por los hechos históricos o del pasado y en lo que concierne al sujeto (juez), por la falibilidad humana. Esto se constata en las obras de los célebres estudiosos de esta materia en este período²³.

La doctrina procesal del siglo XX sigue en lo fundamental el sendero trazado por una discusión teórica aun no zanjada durante la centuria precedente cuyo eje central lo constituyen - como ya se ha destacado - la institucionalización de los principios de producción de pruebas en el juicio oral y de libre apreciación de éstas o íntima convicción. Consecuentemente, el foro científico continúa preocupado por los problemas relacionados con la conceptualización de los términos: convicción, probabilidad y certidumbre, con la naturaleza objetiva y subjetiva de la verdad judicial, y con el carácter absoluto o relativo del juicio penal, entre otros. No obstante, aún siendo esto así, se debe señalar que la investigación de estos tópicos en este período tiene como nota peculiar la

²³ Se citan a Mittermaier, Helie, Glaser y Garraud, entre otros, KIRÁLY, TIBOR; *Procedimiento Criminal, Verdad y Probabilidad*, Educación y Ciencias Sociales, La Habana, 1988, notas al final Nos. 39 a 42.

La cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de La Habana se impartió, hasta los años 60, sobre la base de estos postulados gnoseológicos, a través de la obra del profesor JOSÉ PORTUONDO Y DE CASTRO, *Curso de Derecho procesal Criminal*, tomo II, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1942. Según este catedrático: *Cada uno está convencido de que existe. ¿Cuáles son las razones? Podrán decir como DESCARTES: Pienso, luego soy; pero cada uno tiene el convencimiento íntimo de que existe y esto ya es penetrar un poco dentro de la esfera de la Filosofía, pero queda sentado que como evidencia interna no tenemos más que la nuestra del propio ser individualizado...*(págs. 107 y 108). Más adelante al definir la certidumbre expone que: *no es más que la persuasión de una verdad y la verdad es siempre la conformidad de la idea con la cosa la cual si se pudiera reconocer absolutamente, certeza equivaldría a verdad, pero no hay nada absoluto...pues en realidad sólo Dios es la verdad...*(p.115). Con posterioridad la enseñanza de esta materia se fundamenta en las leyes y categorías del marxismo leninismo que suscriben las tesis objetivas del conocimiento. Sin embargo la obra del Dr. Aldo Prieto Morales, que siguió primero la Ley No. 1251 de 1973 y luego la Ley No. 5 de 1977 (ambas de procedimiento penal), y que aún se usa como texto básico de la asignatura Derecho Procesal Penal, no abordó el tema de la prueba en esta área del Derecho. Véase, por ejemplo, su versión: *Derecho Procesal Penal 1*, Ediciones EMPES, La Habana, 1982.

polarización del debate y la progresiva tendencia a la objetivación y garantismo de la prueba y su apreciación. Esta peculiaridad viene dada por los sucesos y fenómenos propios de esta etapa, siendo menester destacar dentro de todos ellos: la revolución científico - técnica y la internacionalización y constitucionalización de los derechos y libertades del hombre con el consiguiente compromiso ético - jurídico de los Estados en el establecimiento de las condiciones y del marco legal requeridos para su garantía y respeto.

La antedicha polarización está conformada por dos grandes posturas doctrinales:

A) Quienes suscriben las concepciones psicologistas y subjetivistas sobre la prueba y la íntima convicción (escuelas del derecho libre y la de la sociología jurídica y el movimiento realista), para éstos el proceso penal no tiene por finalidad la demostración o verificación de la realidad de un suceso sino la persuasión de los jueces, su convencimiento psicológico o el comprometimiento de su íntima convicción²⁴.

B) Los que tienden desde diferentes planteamientos a la objetivación, exactitud y confiabilidad del conocimiento judicial y al garantismo de la actividad probatoria en el proceso penal. Esta postura reúne una amplia gama de opiniones que van desde quienes aún subrayando el papel de los elementos subjetivos o psíquicos (volitivos, emocionales y hasta de la intuición del juzgador) señalan la posibilidad y la necesidad de arribar a una cognición judicial fidedigna a través del empleo de otras ciencias como la biología, la

²⁴ Así, por ejemplo, Ernest Beling, Lévy-Bruhl, E. Altavilla, Jaime Guasp, Carlos Viada, Miguel Fenech, citados por KIRÁLY, ob. cit. nota al final No. 43.

psicología y hasta de la matemática y la cibernética²⁵, hasta quienes reconocen *cierta naturaleza suprasubjetiva u objetiva de la valoración de la prueba*. Entre estos últimos están los que parten de la colectivización²⁶ y la socialización de la convicción judicial por la consideración de que tanto la legitimación del juez como su función son de naturaleza social y por la misma repercusión que ejercen en el proceso los valores éticos, políticos y sociales²⁷, y quienes propenden a su desprivatización a través del respeto a las normas de la lógica, de la psicología, de la sociología y de la experiencia²⁸.

De lo dicho hasta aquí - en esta apretada síntesis sobre la historia del quehacer doctrinal acerca de la prueba, su apreciación, y establecimiento de la verdad en el proceso penal - conviene destacar algunas cuestiones que en unas ocasiones se advierten como uniformes y en otras como mayoritarias en la literatura científica, pues su puntualización nos permitirá - además de resumir las ideas expuestas - expresar nuestra postura con la consecuente adopción de los criterios metodológicos que consideramos necesarios para continuar la revisión de este tema. Esas cuestiones son:

²⁵ Autores como W. Rosemberg, H. Henkel, J. Pinetel, G. Stefani, V. Manzini, A.J. Trusov, N. Wiener, A. Eisman, etc, quienes hablan del paso de una era sentimental a una era científica o de cientificidad de la prueba citados por KIRÁLY, ob. cit. nota al final No. 44.

²⁶ Convencimiento del órgano jurisdiccional en su conjunto, así SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL; "Contribución al estudio de la prueba", Revista Jurídica de Cataluña, marzo-abril, 1962.

²⁷ GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, FAUSTINO; "La valoración de la prueba penal", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1975, No.4. LEONE, GIOVANNI; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, EJE, Tomo II, 1963. SENTIS MELENDO, SANTIAGO, La Prueba, Edic. E.J.E.A., Buenos Aires, Argentina, 1979.

²⁸ GORPHE, FRANCOIS; *Apreciación judicial de las pruebas*, Traduc. Jorge Guerrero, Ed. Temis, Bogotá, 1985. STEIN, FRIEDRICH; *El conocimiento privado del juez*, trad. De La Oliva Santos. Ed. Centro de Estudios Ramón Arce, Madrid, 1990. COUTURE, EDUARDO; *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial Depalma 3era. edición 1978. APOLO RAMÍREZ, MODESTO; *La sana crítica en la prueba testimonial*, Edino, Guayaquil, 1993. JIMÉNEZ CONDE, FERNANDO; "Reflexiones en torno a la obra de Stein". *El conocimiento privado del juez*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1974, No.1.

A) La admisión de la revelación de la verdad como objetivo principal del proceso penal con la consiguiente aceptación de la importancia que el sistema desempeña dentro de éste por permitirle alcanzar su propósito central y por garantizarle su vinculación con el mundo circundante. Tan es así que, metafóricamente, en un paralelismo con el organismo humano, se le ha llegado a considerar como “*su sistema respiratorio*”²⁹ y como “*su columna vertebral.*”³⁰

B) La posible “*incerteza o inexactitud*” que como fruto de la falibilidad humana frecuentemente se señala como característica de los juicios penales no conduce a plantear la supresión de éstos ni de la sentencia por cuanto ello conllevaría renunciar a los únicos medios avalados por la experiencia histórica como idóneos para la realización del *ius puniendi* (con la consecuente declaración de culpabilidad de la responsabilidad penal).

C) La exposición de la verdad en varios sentidos: de forma positiva (como relativa, subjetiva, fáctica, material, etc.) y de manera negativa (inexacta, incierta, no absoluta, no apodíctica).

D) Es poco frecuente que la verdad judicial sea considerada como absoluta (certidumbre objetiva de la matemática), por estar basada en hechos pretéritos (históricos o del pasado), más bien se le suele interpretar como convicción interna libre de toda duda (certidumbre subjetiva del proceso judicial).

²⁹ GUASP, JAIME; “La prueba en el proceso civil español”, en la Revista de la Facultad de Oviedo.

³⁰ MAIER, JULIO: *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, 1989, T. I. Ps. –434 y S.s.

E) Es mayoritariamente rechazada la postura extrema que defiende la necesidad o conformidad con un “alto grado de probabilidad cercano a la certidumbre” (criterios escépticos que niegan la confiabilidad del conocimiento humano) que conlleva la no necesidad de ésta en cualquiera de sus tipos y manifestaciones (matemáticas, históricas, lógicas, etc.).

F) La comparación de la verdad material con la verdad formal y la mayoritaria aceptación de que aquélla es propia del juicio penal y ésta del proceso civil.

G) La necesidad de colocar a la ley y la prueba sobre bases científicas (cientificidad de la ley y la prueba) con la consecuente exigencia de una formación multidisciplinaria de los juristas (psicología, lógica, medicina, etc.), para propiciar la certidumbre judicial, gana cada vez más adeptos. Incluso se llega a recomendar la introducción y el empleo de métodos matemáticos.

H) Se advierte, sobre todo desde las últimas décadas del pasado siglo, un giro pendular de las concepciones puramente subjetivistas a las objetivistas en lo que concierne a la búsqueda y establecimiento de la verdad judicial. Esto, que se manifiesta a nivel de un sector mayoritario de la doctrina, se expresa en la necesidad de evitar a toda costa los excesos a que condujo el imperio del subjetivismo judicial y consiste en la propuesta o defensa, según hayan sido o no positivizados en las legislaciones nacionales del proceso penal, de lo que se ha dado en llamar “*mecanismos o pautas jurídico - procesales para objetivación de la verdad* “. Su concreción se alcanza fundamentalmente de dos formas: a través de la exigencia de que la certeza judicial sólo se puede

alcanzar con auténticas pruebas (con exclusión de las que no se practiquen bajo el imperio de los principios de oralidad, contradicción, inmediatez, etc. y de aquellas que se obtengan o practiquen con inobservancia de los requerimientos legales) y por medio del establecimiento de reglas o patrones de naturaleza objetiva (de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos) que debe seguir el juez para valorar el material probatorio. De este modo, estas normas o parámetros de objetivación vienen a constituir un punto de convergencia en el debate en torno a la meta cognitiva de este subsistema jurídico: *verdad objetiva y material o verdad subjetiva y formal*,³¹ en tanto quienes se pronuncian por esta última ahora introducen los términos de “*verdad subjetiva objetivable*” y “*objetivación de la verdad convencional o transaccional.*”³²

Si bien los límites espaciales de que disponemos impiden la formulación de razonamientos críticos a cada una de las posturas doctrinales descritas precedentemente en sus líneas esenciales, si parece oportuno exponer lo que desde una perspectiva general y conforme a nuestro punto de vista metodológico constituyen sus incorrecciones más significativas.

³¹ Para un resumen sobre los autores que toman partido a favor de una y otra postura véase ABALOS, RAÚL, *Derecho Procesal Penal*, Edic. Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 1993, p. 359 y ss.

³² DEL RÍO FERRETTI, Carlos; “Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo fáctico mediante recurso de nulidad (I)”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*; Semestral de Dret Processal I Pràctic, ISSN: 1139-5885, Núm. 8, (julio-diciembre, 2001) <http://www.uv.es/~ripj/>, p.3, nos dice: “...si bien la verdad histórica objetiva o material no es susceptible de ser ganada con el proceso, no se debe sucumbir a la tentación de una suerte de imperio de la verdad convencional o transaccional sin límites. Al contrario, se debe aspirar como mínimo, a la existencia de ciertos mecanismos que permitan objetivar una verdad formal o subjetiva, a fin de legitimarla, de modo de que no campee sin límites la disponibilidad, manifestación del exclusivo y excluyente interés particular.”

En primer orden debemos destacar que la importancia del sistema probatorio rebasa los marcos del proceso penal, pues la revelación de la verdad como meta de éste, según señala atinadamente Király, constituye “*la conditio sine qua non de fines ulteriores, del procesamiento del culpable y de la protección del inocente, de la salvaguarda de los intereses de la sociedad y la ejecución de la prevención de los delitos.*”³³

Si se hace una abstracción de las cuestiones más vinculadas al proceso y se atiende a los problemas metodológicos se advertirá una actitud afilosófica - deliberada o inconsciente - de la mayoría de los estudiosos del sistema probatorio del enjuiciamiento penal, por eso, aun cuando parece incuestionable el carácter histórico condicionado de la prueba penal como institución jurídico procesal (que le hace receptora y expresiva de las concepciones ideológicas imperantes en una sociedad determinada, especialmente de las de recibo y manifestación en la política criminal), se observa desde el punto de vista gnoseológico una contrastante estabilidad y perdurabilidad de los postulados doctrinales acerca de la cognoscibilidad y el establecimiento de la verdad en el juicio penal frente a la gran diversidad de corrientes y posturas de naturaleza cognitivo-filosóficas (así, por ejemplo, apriorismo, pietismo, empirismo, racionalismo, escepticismo, agnosticismo, etc.).

Las dudas que se plantean sobre la certeza de la cognición del proceso penal por la supuesta carencia de autenticidad, controlabilidad y confiabilidad de la prueba de carácter indirecto que en él tiene lugar (demostración de un suceso

³³ KIRÁLY, TIBOR; Ob.cit, P.-153.

irrepetible e irreproducible) no resultan admisibles desde nuestra orientación cognitiva filosófica. La naturaleza del suceso individual, pretérito e histórico del objeto de investigación no constituye por sí misma un escollo o una limitación o restricción para la adquisición de conocimientos por dos razones fundamentales. La primera se basa en la capacidad reflectante de la realidad (de la materia), es decir, en la capacidad de reflejar y de ser reflejada a través de los efectos y consecuencias (imágenes en la memoria de las personas y huellas objetivas) que imprime en su modo de existencia espacio temporal, esto le permite no sólo ser percibida sino conocida. También como segunda razón, habrá que significar que un gran cúmulo de los conocimientos que posee el hombre es indirecto (transmitido directa o indirectamente por otros) por la misma imposibilidad (condicionamiento vital) que tiene cada individuo (en concreto) de percibirlo todo por sí mismo.

El único límite objetivo de la cognición del mundo está marcado por su propia estructura espacio temporal, conforme a la cual los fenómenos y objetos existen en constante movimiento e interacción, según la ley universal del cambio. Esto debe ser tenido en especial consideración en el proceso penal por las consecuencias negativas que puede acarrear para la cognición del suceso criminal (no percepción o desaparición de imágenes en la memoria de los testigos, mutación y transformación de las huellas, etc.).

También debe subrayarse en este punto lo concerniente al carácter históricamente determinado del nivel de conocimiento del hombre, pues resulta de significativa trascendencia para la cognición judicial, en tanto ello indica que

en la medida que avanza el conocimiento humano se amplían las posibilidades de descubrimiento del hecho delictivo (así por ejemplo, aplicaciones de la biogenética y la cibernética a la investigación criminal) al tiempo que posibilita una mayor coincidencia de la certidumbre interior o subjetiva (convicción o creencia de una persona libre de toda duda) y la certidumbre lógica u objetiva (completa o suficiente fundamentación de un juicio desde las perspectivas fácticas y lógicas).

Otro punto clave en el pensamiento moderno sobre la prueba y la cognición en el proceso penal que exige de nuestro pronunciamiento crítico es el relativo al de la interpretación subjetivista del principio de "*libre convicción o libre apreciación de la prueba*". Este planteamiento doctrinal, basado en tesis psicologistas (con la superlativización del ego emotivo y cognitivo de los jueces) y escepticistas (absolutización de la certidumbre subjetiva, relativización del juicio, negación de la verdad absoluta y admisión de la probabilidad como grado superior de aspiración en aquél), es completamente inadmisibile desde nuestra orientación gnoseológica y jurídico procesal en tanto supone un determinismo reduccionista (de base subjetivo psicológica) con desconocimiento del condicionamiento histórico social del individuo y de la fundamentación plurifactorial de la decisión judicial como actividad del Estado, al tiempo que conduce a la destrucción o negación del propio principio de libertad valorativa de la prueba al hacer descansar este solamente en la íntima convicción de los jueces sin posibilidades de control ulterior y externo (tanto por las partes, las instancias superiores y la misma sociedad).

Empero, aun en los casos excepcionales en que la cognición del suceso se basa en el testimonio como único medio de prueba, con la consecuente decisión acerca de la credulidad en la certidumbre sensorial de las personas (testigos) que ello entraña, la resolución de la causa no depende solamente de las emociones o sentimientos del juzgador sino que intervienen otras fuentes de información como son las extraídas de las circunstancias del hecho (lugar, fecha, hora, etc.), las derivadas de las propias experiencias del juez y las provenientes de sus conocimientos, especialmente de las ciencias humanísticas (sobre todo de la psiquiatría y de la sociología).

Desde la perspectiva gnoseológica, la certidumbre subjetiva, como pleno convencimiento de una persona, entraña cualitativamente verdad y falsedad y desde el plano de su argumentación comprende tanto la probabilidad como la certeza. Por eso no puede admitirse que la misma esté por sí sola liberada de toda duda (según los planteamientos de las corrientes objetivistas) y mucho menos que esté verificada o contrastada con las reglas de la lógica y enteramente fundamentada (probada). La certidumbre, como cualidad de lo verdadero (absoluto o relativo), es una categoría suprasubjetiva y objetiva (independientemente de la opinión de las personas) que exige eso: completa fundamentación. Y esto último, conforme al proceso penal, solo se logra o alcanza

a través de la prueba. Entonces, habrá que convenir con Király en que el convencimiento de una persona no se corresponde con la certidumbre interna o subjetiva, sino más bien con la "*probabilidad interna*", siendo este último concepto insuficiente para pronunciar un fallo de culpabilidad (únicamente

posibilita una decisión judicial absolutoria por no exigir liberación de toda duda y total fundamentación)³⁴.

No obstante cabe destacar como válido en estos postulados el haber fijado la atención en la razón del hombre (de los jueces) como refutación a la razón divina, sustento religioso del principio de prueba tasada y de los arbitrarios y autoritarios procedimientos de la Santa Inquisición.

Desde una óptica jurídico procesal, el reconocimiento del sello personalísimo que marca la resolución de culpabilidad, como ocurre con toda obra humana (sin que ello signifique desconocer las notas de variabilidad de las capacidades, habilidades y del nivel de cognición de cada hombre en concreto y su correspondiente contextualización al marco socio histórico que le caracterizan), conlleva la necesidad del establecimiento de juicios garantistas (dotados de las suficientes garantías) y plurisubjetivos (adopción de la decisión por varios sujetos) para evitar al máximo las posibilidades de error.

La refutación de estos postulados no implica la negación del principio de libre valoración de la prueba como tal sino sólo la de la interpretación subjetivista que suscribe un sector de la doctrina que pervivió también en nuestro país, como se verá más adelante hasta 1984. Pues este principio, además de constituir una conquista sociopolítica (supuso el destierro del arbitrario principio de prueba tasada), está avalado por la experiencia histórica universal y parece insustituible por ahora.

³⁴KIRÁLY, Tibor; Ob. Cit, .P.-292.

Aunque estas críticas develan en buena medida nuestra postura al respecto, conviene y es al mismo tiempo pertinente dejar claramente expuesta nuestra opción metodológica.

A) Necesidad de elección o afiliación (consciente) a una teoría gnoseológica para la fundamentación tanto de las premisas para el estudio como de las conclusiones a las que se arriben sobre la cognoscibilidad y la verdad en el proceso penal, pues, además de no corresponder al Derecho - por sus objetivos y por sus tareas - el desarrollo de una teoría gnoseológica, la relación entre el ser y el pensar y la cognoscibilidad del mundo son los problemas generales y esenciales de los que se ha ocupado la filosofía desde sus orígenes. Por eso debemos convenir con Mixán Más³⁵ en la necesidad de repasar las categorías y leyes más importantes de la gnoseología antes de pasar al estudio de las cuestiones concretas (o particulares) de la prueba en el juicio penal.

B) La suscripción en nuestro caso de las tesis gnoseológicas del materialismo dialéctico (cognoscibilidad del mundo, ley universal del cambio, propiedad reflectante de la materia, capacidad del hombre de conocer la verdad, cualidad suprasubjetiva de ésta, etc.) conlleva por vía deductiva a la inobjetable conclusión de la capacidad del juez para conocer la realidad. Sin embargo, la admisión de este postulado no soluciona por sí mismo sin otras consideraciones y valoraciones el problema del establecimiento de la verdad en el proceso penal. Pues este comprende cuestiones de naturaleza metajurídicas³⁶ y jurídicas. Consecuentemente, el proceso cognoscitivo en el

³⁵ *La Prueba en el Procedimiento Penal*, Tomo 1V-A, Ed. Ediciones Jurídicas, Lima, 1990, P-9 y Ss.

³⁶ De la gnoseología (la preposición como forma del pensamiento, las categorías de la certeza, la probabilidad, etc.), de la semántica (las oraciones declarativas como forma lingüística de la proposición y su interrelación), de la lógica (el valor de las operaciones proposicionales lógicas: las conclusiones

enjuiciamiento penal (la prueba y su valoración) conforma una esfera especial de situaciones que exigen de un análisis particular justificativo del estudio de este tema.

C) El alcance del conocimiento en el proceso penal es definido por la ley penal (sustantiva y adjetiva) conforme a los intereses del Estado (expresados en la política penal). Esta delimitación se lleva a cabo en atención - fundamentalmente - a los siguientes factores o elementos: al objeto (hechos cuya prueba está prohibida expresamente o por presunciones irrefutables), al sujeto (prohibiciones de métodos de prueba que vulneran la integridad personal), al tiempo (demostrabilidad acotada temporalmente y no *ad infinitum*), y a los medios (no son de libre elección sino expresamente previstos y enumerados en la ley). Por eso - conforme a la experiencia histórica universal - se autoriza (por ley o por jurisprudencia) una decisión *non liquet* (no clara, gnoscológicamente traducible como “yo no sé”), basada en el principio de presunción de inocencia, que conduce a la absolución del inculcado una vez que se hayan cumplido las exigencias o condiciones antes señaladas sin que se haya podido comprobar su culpabilidad.

4.1.1. NOCIONES BÁSICAS.

La misma necesidad y capacidad del hombre de conocer el mundo en que vive y el hecho de que resulta difícil admitir la existencia de ideas innatas, son razones que en buena medida explican la frecuente utilización de la palabra “ prueba ” y la importancia que la misma posee en el terreno científico y en la

deductivas e inductivas, la analogía, la hipótesis, etc., en la formación de la probabilidad y en lo relativo a la prueba indiciaria), de la psicología (los problemas relacionados con la verdad subjetiva - como convicción acerca de la verdad - con la cadena cognitiva, etc.), entre otras ciencias .

práctica social. Por eso, tal y como señala la mayoría de los estudiosos de este tema, es forzoso reconocer la existencia de un término general y amplio, de validez para las diferentes ciencias y esferas de la praxis cotidiana, que se corresponde con una acepción gnoseológica genérica y que designa toda actividad encaminada a demostrar la realidad.

El mismo rasgo de necesidad que presenta la prueba en la vida ordinaria se cumple en el campo del Derecho. Aquí, quizás con mayor fuerza por la creciente juridificación de las relaciones sociales y por la función y efectos que surte. En efecto, casi a diario nos vemos en la necesidad de acreditar un estatus o de justificar ciertos sucesos con el propósito de crear, modificar o cesar determinada relación (jurídico social). Así, a modo de ilustración, se pueden citar conductas que nos parecen tan elementales como la de demostrar nuestra identidad para iniciar un vínculo laboral a través de la correspondiente documentación o la de presentar la certificación de terminación de estudios pre-universitarios para matricular en el nivel superior de enseñanza.

Descendiendo en el nivel de concreción - ahora dentro del propio Derecho - hallamos el concepto de prueba en el proceso penal. La relación que existe entre ésta y aquéllas puede explicarse a través de las categorías de la dialéctica: lo universal (prueba en sentido general), lo particular (prueba en el Derecho), y lo singular (prueba en el proceso penal). Por eso guarda cierta analogía con aquéllas (comprobación de hechos de la vida real) al tiempo que la finalidad que persigue, su modo de regulación y el efecto que surte le

brindan las notas de peculiaridad que le distinguen. En cuanto a esto último, la mayoría de los autores coinciden en destacar que sus rasgos más identificativos son su inseparabilidad del proceso y su ineludibilidad e insustituibilidad, en tanto el proceso ha sido históricamente diseñado para verificar la inocencia o culpabilidad del inculpado.

Ubicados ya en los predios del proceso penal, y, siguiendo nuestro propósito de delimitación conceptual, debemos significar que el término prueba en este ámbito suele ser aplicado por la legislación, la práctica jurídica y la propia doctrina para referirse inadecuadamente a cuestiones parciales de esta institución que serán estudiadas en adelante. Así se emplea este concepto para designar a sus elementos, su clasificación, su objeto, sus motivos y hasta para aludir a su resultado.

Puntualizando lo concerniente a la diversidad de acepciones que tiene esta palabra y su acotamiento dentro del proceso penal, debemos suscribir la opción de aquellos autores que como Carlos Viada³⁷ sostienen que la prueba tiene en este contexto naturaleza jurídica procesal.

En cuanto a su definición debe subrayarse algo que se pone de manifiesto desde la primera aproximación a la bibliografía que aborda este tema: la falta de consenso doctrinal. Pues, unos ponen el acento en uno o varios de los subconceptos que integran esta institución, otros hacen énfasis en los problemas gnoseológicos que entraña la cognición indirecta en el proceso

³⁷ *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1950, PS-253 y SS.

penal, y finalmente, existen quienes defienden una conceptualización integral. A manera de ejemplificación, pueden mencionarse entre los primeros a Karl Mittermaier³⁸, en el segundo grupo a Francesco Carnelutti³⁹ y en el último sector a Florencio Mixán Máss⁴⁰. Sin embargo, unas y otras pueden agruparse, conforme a la orientación cognitivo filosófico que suscriben o que subyace en sus planteamientos, según lo antes analizado, en dos corrientes: en la subjetivista y en la objetivista.

Entre nosotros, la concepción más difundida y de mayor prolongación en el tiempo ha sido la que sobre la base de los postulados del escepticismo gnoseológico priorizan los subconceptos de finalidad y/o efectos de la prueba⁴¹, para definirla como la actividad procesal de las partes dirigidas a producir (o que produce) la persuasión o convencimiento del juez como sujeto de la

³⁸ En su *Tratado de la prueba en materia criminal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1979, P.-57, expone: “cuando un individuo aparece como autor de un hecho al que la ley señala consecuencias aflictivas, y siempre que se trata de hacerle aplicación de ellas, la condena que ha de recaer descansa en la certeza de los hechos, en la convicción producida en la ciencia del Juez, dándose el nombre de prueba a la suma de los motivos que producen la certeza”.

³⁹ En sus conocidas *Lecciones sobre el Derecho Procesal*, T-I, Ediciones jurídicas Europa América, Bosch y Cia, Editores, trad. de Santiago Sentis Meledo, Bs, As, 1950, P.-288 señaló: “ Puesto que en el juicio saca del presente el pasado o el futuro o en otras palabras, de la certeza la probabilidad, la materia sobre la cual opera o con la cual se realiza, es el presente mismo, o en otras palabras, la especie la cual en cuanto además de la certeza de sí proporciona la probabilidad de otro diferente de sí, se llama prueba ”.

⁴⁰ Ob. Cit, p.-136, la define como “ aquella que, en su primera fase, consiste en la actividad jurídica regulada y dirigida por el funcionario que actúa en el ejercicio debido de su legítima potestad para hacer acopio oportuno, selectivo, eficiente e integral de los medios de prueba que sean idóneos, pertinentes y útiles para el conocimiento del *Thema probandum*, acopio que a su vez permitirá, en la fase siguiente, la concreción de una valoración metódica, con criterio de consecuencia para obtener la significación probatoria, examinando primero uno a uno cada medio probatorio y luego como totalidad y finalmente alcanzar la certeza de haber descubierto la verdad o la falsedad o el error en la imputación que originó el procedimiento. Ese grado de conocimiento alcanzado se reflejara en la motivación nítida y coherente de la resolución que ponga término al caso.”

⁴¹ El profesor cubano PORTUONDO Y DE CASTRO, sigue los conceptos de BONNIER, ESCRICHE Y LOPEZ MORENO, para luego señalar que todos los conceptos ofrecidos por estos autores *son concurrentes en su objeto y contenido: la averiguación de la verdad por el intelecto humano* (ob.cit p.106.). Aunque el concepto por su gran simplicidad, parece suscribir la línea de pensamiento objetivista, su autor deja claramente expuesta su adscripción al subjetivismo gnoseológico (ob.cit., págs. 108, 109, 115 y 124), pues sólo persigue formular una definición general que posea validez para ambos procesos: el civil y el penal.

decisión⁴². Esta línea no sólo es criticable por su adscripción al subjetivismo y psicologismo filosófico-cognitivo, sino por resultar muy limitada en cuanto a los rasgos del fenómeno que se propone definir (refiere sólo la finalidad y/o el efecto) y por no circunscribirse al área especial de problemas que gnoseológica y jurídicamente caracterizan a esta institución en el proceso penal.

En atención a lo antedicho y con vocación de integralidad (la posible), concebimos la prueba en el proceso penal como *los actos procesales regulados por la ley procesal penal que desarrollan las partes y el juzgador, fundamentalmente, en el juicio oral, por iniciativa de aquélla a la que corresponde la función o potestad de ejercer la acción con la finalidad de que el órgano jurisdiccional adquiera la certeza plena y fundamentada sobre la hipótesis inculpatoria que conlleva la aplicación de la ley penal sustantiva, o en su defecto, declare la probabilidad de la tesis inculpatoria y se pronuncie consecuentemente a favor del reo.*

Los rasgos esenciales de este concepto expresan de cierto modo una toma de postura en torno a cuestiones teóricas fundamentales que conforman la noción de la prueba en el ámbito de la justicia penal: su naturaleza, objeto, los sujetos, la actividad y la valoración de la prueba. Algunas de ellas ya han sido expuestas en lo que corresponde y las demás serán objeto de análisis en lo

⁴² MIGUEL FENECH, *Derecho Procesal Penal*, Ed labor, S.A, Volumen Primero, Tercera Edición, Barcelona Madrid, 1960, define este concepto como “*los actos procesales cuya función es formar el convencimiento del Juez o Tribunal sobre la verdad de los hechos objeto del proceso.*” Y CARLOS VIADA, otro autor muy conocido en nuestro medio académico y judicial, en su ob.cit, P.-253, adopta la postura de GUASP, y conceptualiza esta institución diciendo “*que probar es, en definitiva, tratar de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que ha de servir de fundamento a su decisión.*”

adelante. No obstante, a los efectos de propiciar la comprensión del mismo, permítasenos ahora, puntualizar y adelantar algunas ideas.

Son actos procesales regulados por la ley procesal penal: Según ya hemos suscrito en el capítulo precedente, en la determinación de la verdad en el proceso penal intervienen diversos factores de índole gnoseológica, semántica y lógica, entre otros. Sin embargo, el alcance del conocimiento en esta área del saber y la praxis social, está delimitado por los intereses estatales, expresados en la política penal y definidos por la ley ritual punitiva⁴³. Ello ha determinado en gran medida que hayamos suscrito la tesis de la naturaleza jurídica procesal de los actos de prueba.

Es actividad de las partes y el juzgador, llevada a cabo por iniciativa de aquélla a la que corresponde la función o potestad de ejercer la acción penal: Aunque el ritual que se sigue para el conocimiento de la verdad en el ámbito de la justicia penal presenta carácter plurisubjetivo, sus características esenciales y peculiares están determinadas por el sujeto que, funcional o potestativamente, tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal y por el juez u órgano jurisdiccional. Pues, el acotamiento de lo que será objeto de conocimiento y demostración está en manos del primero de dichos sujetos, mientras el segundo de ellos, además de establecer los límites de la actividad probatoria, al resolver sobre la pertinencia y utilidad de los medios de prueba, es quien

⁴³ KIRÁLY, TIBOR, nos dice al respecto que “*el juicio y su verdad es también un asunto legal, y la ley tiene igualmente la facultad de decidir qué acepta como verdad en el procedimiento criminal y cuándo...la prueba, la verificación y la demostración de la verdad en el proceso criminal, en consecuencia, tienen que ser estudiadas como una esfera especial de problemas. Pero independientemente de todo esto, exigen un examen especial también como una actividad regulada por la ley*” (ob. cit., p. 164).

tiene a su cargo el pronunciamiento concluyente sobre el hecho que se considera probado y su trascendencia jurídico penal.

Los actos de prueba se desarrollan fundamentalmente en el juicio oral: La prueba en el proceso penal conlleva una ritualización cuyas notas singulares están dadas por garantías que emanan de principios tales como: la publicidad, la inmediación, la contradicción, etc. Estos principios alcanzan su esplendor en el acto del juicio oral. Por eso, sólo por excepción, tienen naturaleza probatoria los actos procesales llevados a cabo en etapas precedentes a ésta.

La actividad probatoria persigue como objetivo que el órgano jurisdiccional adquiera la certeza plena y fundamentada sobre la hipótesis inculpatoria que conlleva la aplicación de la ley penal sustantiva, o en su defecto, declare la probabilidad de la tesis inculpatoria y se pronuncie consecuentemente a favor del reo: Como ya hemos visto en el capítulo precedente y tendremos ocasión de ver más detenidamente en el último de ellos, en la determinación de la verdad – también en el proceso penal – se entretajan complejas relaciones entre objeto y sujeto, en el que aquél determina a éste (tesis objetivo-subjetiva del conocimiento).

Esto se advierte en la interrelación lógica de los conceptos: certeza y la probabilidad. Conceptos, que siendo pares contrarios, cualifican a los juicios proposicionales a través de los cuales el hombre expresa la realidad⁴⁴. Pues bien, la certeza, desde el punto de vista del juicio penal, para erigirse en

⁴⁴ KIRÁLY, TIBOR, señala en este sentido que la verdad del juicio es una cuestión del adecuado reflejo de la realidad en la mente...La verdad no es en sí misma la realidad; no es la propiedad de los hechos, de los acontecimientos, sino la propiedad de las proposiciones (ob. cit., p.163).

propiedad de lo verdadero debe estar basada en medios de prueba legalmente autorizados por la ley y resultar factible de fundamentación, sólo así podrá, al mismo tiempo, cualificarse como objetiva⁴⁵.

Cuando la información que proviene de los medios de prueba no puede propiciar el tránsito del juicio proposicional de probabilidad o probable a juicio proposicional cierto o con certeza, el hecho objeto del proceso penal queda en la mera sospecha. Esto produce un estado de dudas (hecho incierto) en el órgano jurisdiccional que no le eximen de pronunciarse, sino que por el contrario debe traducirse en una decisión *non liquet* (yo no sé, desde el punto de vista gnoseológicamente) que equivale a *in dubio pro reo* (dudas a favor del reo), pues la sociedad y el Estado, por el mismo sentido de seguridad jurídica que se persigue conseguir con la ley, no pueden permitir que el procesado cargue de por vida con una declaración de sospecha, cual si fuera esta su propia sombra. Por eso, puede afirmarse que cuando la tesis inculpatoria no rebasa el estado de probabilidad la decisión jurisdiccional debe beneficiar al acusado⁴⁶.

⁴⁵ El mismo autor citado en la nota precedente nos dice que: “*Certidumbre, certeza, son conceptos de lógica, y estos términos son también utilizados en la esfera de la ley. Nuestro conocimiento es cierto si está totalmente fundamentado y excluye cualquier duda...La contraparte conceptual de la certidumbre es la probabilidad. Necesitamos de la probabilidad sólo en ausencia de la certidumbre, cuando no conocemos el hecho, sino sólo algo acerca de su forma* (p.264)...*la certidumbre en derecho es igual a la completa fundamentación del juicio...La fundamentación...se realiza según el procedimiento legalmente regulado. La fundamentación se basa en la prueba; esta se origina en las fuentes legales, y se obtiene y conoce en un proceso legal conducido en forma legal* (p.266)...*El papel de la certidumbre interior es extraordinariamente importante en la decisión del juez. Esto no significa, sin embargo que la certidumbre interior pueda identificarse con la certidumbre lógica, objetiva. Esta última es la propiedad de la proposición verdadera y es independiente de si pensamos o no en ella, mientras que la primera es el estado interno de conciencia del hombre. No, es realmente, sino la propia convicción*” (p.267).

Ya antes, refiriéndose a la certidumbre interior sostiene que: Esta certidumbre interior psíquica, puede ser conocimiento mezclado con un poco de escepticismo, puede ser convicción profesada con entereza moral, o puede ser creencia fanática (p.267).

⁴⁶ En este orden coincidimos también con KIRÁLY, quien opina que: el acusado debe ser absuelto si su culpabilidad no es cierta, sino sólo probable...la absolución basada en no probado es igual a la absolución

Con esta definición, aun cuando debemos admitir que existe cierta analogía estructural entre prueba en el proceso penal y la prueba en el proceso civil, tomamos partido en la polémica trabada a inicios de siglo (en la década del 20) entre Eugenio Florián y Francesco Carnelutti, en la que Carlos Viada⁴⁷, entre otros, se pronuncia a favor de este último en cuanto a la existencia de un concepto general de prueba y a la factibilidad de su estudio unitario, especialmente en lo que respecta al objeto, a las fuentes, a los medios, etc. (no así en todo lo que tiene naturaleza funcional que - según ellos - requiere un estudio de manera múltiple o dual)⁴⁸. Por nuestra parte, consideramos que además de las razones expuestas por Florian en pro de las diferencias esenciales entre una y la otra y de su examen individualizado, con especial referencia a los distintos principios procesales (necesidad, investigación oficial, verdad material, etc.) y procedimentales (oralidad, inmediatez, contradicción, etc.) y a la distinción de los institutos probatorios en particular (documental, declaración del inculpado, pericial, etc.), existen otras especificidades de carácter gnoseológico derivadas esencialmente de la averiguación y comprobación de un hecho de características negativas (conducta violatoria de la norma penal) cuya determinación debe acarrear consecuencias desfavorables para los bienes esenciales del inculpado.

Otra cuestión que debe quedar dilucidada en este marco de delimitación y conceptualización de la prueba es la relacionada con la naturaleza de las

sobre la base de la probabilidad...El término legal no probado no significa completa falta de pruebas, sino sólo una falta parcial. (p.261).

⁴⁷ Ob.Cit, ps.-256 y Ss. También Mittermaier y Carnelutti, obras citadas.

⁴⁸ El catedrático cubano PORTUONDO Y DE CASTRO sostuvo la postura defendida por CARNELUTTI, pues siguiendo a MITTERMAIER, señalaba que: *Dada la unidad del Derecho Procesal la prueba en sí es única, porque...el objeto del proceso civil y del proceso penal no es más que la manifestación de la verdad* (ob. cit. p.106).

diligencias de la fase preparatoria del juicio oral, pues lo que concierne a su eficacia, deberá examinarse cuando se aborden los problemas relativos a la valoración de la prueba en su concepción general. En tal sentido, existen autores como por ejemplo Leonardo Prieto Castro⁴⁹ que desde la misma definición niegan tal carácter a dichas diligencias, mientras otros, le reconocen naturaleza de actos de prueba con excepción de aquellas acciones que están destinadas a la recogida y aseguramiento del material probatorio (así, según esta opinión: detención del presunto culpable, auxilio necesario al agraviado, recogidas de huellas y vestigios, inspección ocular, identificación del cadáver, autopsia, vigilancia del lesionado, etc.). Entre los que suscriben esta última postura debe citarse a un autor muy conocido en nuestro foro académico y en la práctica jurídica: Carlos Viada⁵⁰.

En torno a esta dualidad de opiniones nosotros optamos por la primera de ellas compartiendo los argumentos de Manuel Miranda Estrampes, otro autor español que sobre la base de la distinción entre fuentes y medios de prueba señala: *“La fase de instrucción o sumarial va encaminada a la búsqueda y descubrimientos de las fuentes de prueba, así como su aseguramiento, para permitir que las partes acusadoras y acusadas puedan aportarlas al proceso a través de los oportunos medios de prueba.”*⁵¹ Finalmente, de modo conclusivo y siguiendo la opinión de Santiago Sentís Melendo y Juan Montero Aroca, nos dice: *“Por consiguiente, durante la instrucción criminal no se practican actos de*

⁴⁹ Dice este autor que la prueba como acto procesal, a diferencia de los actos de averiguación de la instrucción sumarial, es la que se desarrolla por los órganos jurisdiccionales y por las partes para obtener la demostración de la verdad de los hechos de la causa, de la participación de los sujetos a quienes se acusa y de todo cuanto se refiere al objeto civil del proceso penal. Con GUTIÉRREZ CABIADÉS en *Derecho Procesal Penal*, 4ª ed, Tecnos, Madrid, 1989, P.-220.

⁵⁰ Ob. Cit, PS.-255 y SS.

⁵¹ *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch editor, Barcelona, 1997, P.-134.

*prueba, no existen medios de prueba, sino medios de obtención de las fuentes de prueba.”*⁵²

La clave de la solución está - tal y como se advierte - en la correcta definición de los conceptos: Fuentes y Medios de Prueba.

Para Carlos Viada⁵³, siguiendo la conceptualización de Jaime Guasp, el primero de ellos consiste en *“aquellas operaciones mentales mediante las que se obtienen o pueden obtener la convicción judicial de las que brota tal convencimiento”* y el segundo refiere *“los instrumentos que por conducto de la fuente de prueba, llevan eventualmente a producir la convicción del Juez.”*

Manuel Miranda Estrampes⁵⁴ se suma a la conceptualización que ofrece Francisco Carnelutti⁵⁵ y que siguen autores como Sentis Melendo,⁵⁶ Montero Aroca,⁵⁷ Silva Melero⁵⁸ y Muñoz Sabaté⁵⁹, entre otros. Para él las fuentes de prueba *“son los elementos de la realidad, que existen con independencia del proceso y son anteriores al mismo”*, mientras los medios de prueba designan a la *“actividad procesal que es preciso desplegar para incorporar la fuente al proceso”*.

⁵² IBIDEM.-P.-133.

⁵³ Ob. cit, P.-253.

⁵⁴ Ob. Cit, P.-133.

⁵⁵ En: La prueba civil, Buenos Aires, 1955, PS. 68-70.

⁵⁶ *Fuentes y Medios de Prueba*, en la Prueba, Ejea, Buenos Aires, 1978, PS. 144 y SS.

⁵⁷ “Las cintas Magnetofónicas como fuente de prueba (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, de 30 de noviembre de 1981)”, en Poder Judicial, No.7, junio, 1983, p.41.

⁵⁸ *La prueba procesal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, I, 1963, p.67.

⁵⁹ *Sobre la falta de controles probatorios*, en Estudios de Práctica Procesal, Librería, Bosch, Barcelona, 1987, p.157.

Como él mismo caracteriza, el primero es un concepto metajurídico, existe antes de iniciarse el proceso, (así la percepción y conocimiento de una persona sobre un suceso delictivo), y el segundo es estrictamente jurídico-procesal, pues únicamente puede concebirse una vez iniciado este (ilustrativamente: la declaración del testigo).⁶⁰

En la primera vertiente o línea de definición subyace un “*confusionismo terminológico*”⁶¹ y una subjetivación del concepto que equipara indebidamente las fuentes de prueba con la valoración de la prueba.

4.2. MARCO JURIDICO

En el LIBRO SEGUNDO, del Código de Procedimiento Penal se regula la actividad probatoria en el proceso penal ecuatoriano, a tenor:

TITULO I

LA PRUEBA Y SU VALORACION

CAPITULO I

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

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

⁶⁰ En esta misma línea de pensamiento FALCON, Enrique M.; *Cómo se ofrece y produce la prueba*, Segunda edición actualizada, Ed. ABELEDO – PERROT, Buenos Aires, 1995, p.9, nos dice de un modo muy gráfico y claro que “*los hechos que suceden, impregnan, se fijan o modifican algún objeto del mundo real, o la mente humana. En este sentido podemos hablar de fuentes de prueba como los elementos receptores de los hechos. De allí que se haya dicho que las pruebas podrán estar antes del proceso, pero surgen en el mismo como medios.*”

⁶¹ Ob.cit., P...-133.

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

Art. 80.- Ineficacia probatoria.- Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

Art. 81.- Derecho a no autoincriminarse.- Se reconoce el derecho de toda persona a no autoincriminarse.

Art. 82.- Obtención de fluidos corporales.- Para la obtención de muestras de fluidos corporales y componentes orgánicos de una persona, se precisa de su consentimiento expreso, o del requerimiento del juez para que las proporcione, sin que pueda ser físicamente constreñida. Este requerimiento judicial procederá, a pedido del Fiscal, solamente si por la naturaleza y circunstancias de la infracción, tales elementos de prueba fueren indispensables para evitar la incriminación de un inocente o la impunidad del delito.

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

Art. 84.- Objeto de la prueba.- Se deben probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso, por cualquiera de los medios previstos en este Código.

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

Art. 86.- Apreciación de la prueba.- Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica.

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

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

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

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

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

a) Varios;

b) Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí;

c) Unívocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y,

d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente.

Art. 89.- Clases de pruebas.- En materia penal las pruebas son materiales, testimoniales y documentales.

Art. 90.- Aplicabilidad.- Las disposiciones relacionadas con la prueba serán observadas y cumplidas en el juicio, durante la instrucción Fiscal, la etapa intermedia y en el juicio, en lo que fuesen aplicables.

La recepción de la prueba durante la audiencia del juicio se regulará por las normas previstas en este capítulo y en el capítulo relativo a la sustanciación ante el tribunal penal.

CAPITULO II

LA PRUEBA MATERIAL

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

Art. 92.- Reconocimiento.- 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. Si el Fiscal, el Juez o el Tribunal lo juzgaren conveniente, podrán efectuar reconocimientos o inspecciones en secciones territoriales distintas a las de su jurisdicción.

Art. 93.- Incautación.- Si el Fiscal supiere o presumiere que en algún lugar hay armas, efectos, papeles u otros objetos relacionados con la infracción o sus posibles autores, solicitará al juez competente autorización para incautarlos, así como la orden de allanamiento, si fuere del caso.

Si se trata de documentos, el Fiscal procederá como lo dispone el Capítulo IV de este título, en cuanto fuere aplicable.

Art. 94.- Peritos.- Son peritos los profesionales especializados en diferentes materias que hayan sido acreditados como tales, previo proceso de calificación del Ministerio Público.

Art. 95.- Designación de peritos.- Durante la indagación previa, o en la etapa de instrucción, el Fiscal ordenará que se realicen por peritos las experticias correspondientes.

Para el efecto, el Fiscal designará 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 practicárseles, podrá exigir que quienes actúan como peritos sean personas de su mismo sexo.

Si en el lugar donde se deba realizar la diligencia no hubiera peritos habilitados, el Fiscal nombrará a personas mayores de edad, de reconocida honradez y probidad, que tengan conocimientos en la materia sobre 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, enfermeros o dependientes del establecimiento de salud a donde hubiere concurrido la persona agraviada, tomarán las evidencias inmediatamente y las guardarán hasta que el Fiscal o la Policía Judicial dispongan que pasen al cuidado de peritos para su examen.

Los peritos están obligados a comparecer a 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.

Art. 96.- Obligatoriedad.- El desempeño de la función de perito es obligatoria. Sin embargo, la persona designada deberá excusarse si se hallare en alguno de los casos establecidos en este Código para la excusa de los fiscales.

Art. 97.- Prohibición de recusación.- Los peritos no podrán ser recusados. Sin embargo, el informe no tendrá valor alguno, si el perito que lo presentó tuviere motivo de inhabilidad o excusa.

Art. 98.- Contenido del informe pericial.- El informe pericial contendrá:

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

En el caso de que hubiesen desaparecido los vestigios de la infracción, los peritos opinarán, en forma debidamente motivada sobre si tal desaparición ha ocurrido por causas naturales o artificiales.

El imputado y el acusado tienen derecho a conocer oportunamente el informe pericial, a formular observaciones y a solicitar aclaraciones al perito, sin perjuicio de su derecho a interrogarle en la audiencia.

Art. 99.- Identificación del cadáver.- Si se tratare de delitos que consistan en la muerte de un ser humano, el Fiscal o la Policía Judicial procurarán comprobar la identidad del cadáver, con las declaraciones de personas que hubiesen conocido en vida al individuo de cuya muerte se trata o por cualquier clase de medios científicos o técnicos.

Art. 100.- Reconocimiento exterior y autopsia.- Practicada la identificación a la que se refiere el artículo anterior, el Fiscal ordenará que los peritos médicos de la Policía Judicial, procedan al reconocimiento exterior del cadáver y a su autopsia.

La autopsia será practicada por dichos peritos de manera prolija y abriendo las tres cavidades del cadáver. En su informe los peritos deberán expresar el estado de cada una de ellas y las causas evidentes o probables de la muerte, el día y la hora presumibles en que ocurrió la muerte, así como el instrumento que pudo haber sido utilizado.

Art. 101.- Muerte repentina.- En caso de muerte violenta o repentina de una persona o por un hecho que se presuma delictivo, no podrá ser movido el cadáver mientras el Fiscal o la Policía Judicial no lo autoricen. Antes de dar esta autorización, el Fiscal o la Policía Judicial con los peritos médicos examinarán detenidamente el cadáver, la situación en que se encuentra, las heridas, contusiones y demás signos externos de violencia que presente.

Además el Fiscal o la Policía Judicial procederán a practicar los actos siguientes:

1. Reconocer el lugar del hecho en la forma indicada en el artículo 91;
2. Ordenar que se tomen las huellas digitales del cadáver;

3. Recoger todos los objetos y documentos que pudieren tener relación con el hecho, para su posterior reconocimiento;
4. Disponer que se tomen fotografías del lugar, del cadáver y de los demás objetos que se consideren necesarios; y,
5. Realizar la identificación, reconocimiento exterior y autopsia del cadáver.

Art. 102.- Imposibilidad de diligencias.- En los casos en que no fuere posible la práctica inmediata de las diligencias de identificación y de obtención de fotografías, se prescindirá de ellas; pero el Fiscal o la Policía Judicial dejarán constancia de las razones por las cuales no se cumplieron.

Art. 103.- Aborto.- En caso de aborto, los peritos harán constar en el informe los signos demostrativos de la expulsión o destrucción violenta del feto, el tiempo probable del embarazo, las causas que hayan determinado el hecho, si ha sido provocado y, las demás circunstancias que deban tomarse en cuenta para apreciar integralmente la infracción.

En los delitos de carácter sexual y de aborto los peritos practicarán el reconocimiento sin la presencia del Fiscal y del Secretario.

Art. 104.- Muerte por envenenamiento.- Si se presumiera que la muerte fue causada por envenenamiento, el Fiscal ordenará que los peritos de la Policía Judicial hagan el examen toxicológico de los órganos afectados. De no haber dichos peritos en el lugar donde se sustancia el proceso, o en la capital provincial, se enviarán los órganos a la facultad o instituto de química más cercanos, en envases sellados, lacrados y rubricados por el Fiscal, para dicho examen.

Art. 105.- Lesiones.- En caso de lesiones, los peritos las describirán minuciosamente y en el informe dejarán constancia, de manera clara, del diagnóstico, del pronóstico y del instrumento que pudo haberlas producido.

Los peritos, en lo posible, informarán sobre el estado de salud del lesionado al momento en que las lesiones fueron producidas. De la misma manera, estarán obligados a establecer la época probable en que se produjeron las lesiones y sus causas.

Art. 106.- Delitos contra la propiedad.- En los procesos por delitos de robo, hurto y abigeato se deberá justificar en el juicio tanto la preexistencia de la cosa sustraída o reclamada, como el hecho de que se encontraba en el lugar donde se afirma que estuvo al momento de ser sustraída.

En el caso de abigeato, se presentará al juicio, de haberlos, los certificados de marcas y señales, inscritos oficialmente para identidad del ganado, sin perjuicio de cumplir con lo ordenado en el inciso anterior.

En las demás infracciones contra la propiedad se observará lo dispuesto en el inciso primero, en cuanto fuere aplicable.

Art. 107.- Avalúo y devolución de lo recuperado.- Sí lo sustraído o reclamado se hubiere recuperado, se procederá a su reconocimiento y avalúo, con intervención de peritos. Hecho esto, se cumplirá con lo dispuesto en el artículo 109.

Art. 108.- Prohibición.- El Fiscal y la Policía Judicial pueden prohibir a cualquier persona, aun haciendo uso de la fuerza pública, que se retire del lugar o salga del local en donde se cometió la infracción, hasta que se practiquen los actos procesales que sean urgentes y necesarios.

Art. 109.- Entrega de objetos.- Los objetos pertenecientes al acusador, al ofendido o a un tercero, se entregarán a sus propietarios, poseedores o a quien legalmente corresponda, inmediatamente después de reconocidos y descritos, pero a condición de que se los vuelva a presentar cuando el Fiscal, el juez o el tribunal lo ordenen, bajo apercibimiento de apremio personal.

Art. 110.- Reconocimiento de instrumentos.- Los peritos reconocerán los instrumentos con que se cometió la infracción, si pudieren ser habidos y, se entregarán a la Policía Judicial. Sí no pudieren ser habidos, se expresará así en el informe.

Art. 111.- Alteración o destrucción.- Si para practicar la pericia fuere necesario alterar o destruir la cosa que ha de reconocerse, el Fiscal solicitará autorización al juez para que así se proceda, y dispondrá que, de ser posible, se reserve una parte para que se conserve bajo custodia de la Policía Judicial.

Art. 112.- Reconstrucción del hecho.- En los casos en que el Fiscal lo considere necesario, para el debido esclarecimiento de la verdad, practicará con la ayuda de la Policía Judicial la reconstrucción del hecho para verificar si la infracción se ejecutó o pudo ejecutarse de un modo determinado, tomando en cuenta los elementos de convicción que existan en el proceso.

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

Art. 113.- Copias autenticadas.- Practicado el reconocimiento, el Secretario sacará copias auténticas del nombramiento y posesión de los peritos, de las diligencias de reconocimiento y de los informes, y las conservará en el archivo del Ministerio Público.

Art. 114.- Validez de actos procesales.- Si siendo en sí válidos los actos de reconocimiento previstos en este capítulo, se declarare nulo el proceso, no habrá necesidad de que se proceda a un nuevo reconocimiento, pues dichos actos conservarán toda su eficacia jurídica.

Tampoco se necesitará nuevo reconocimiento o pericia cuando el proceso se hubiese perdido o destruido. En éstos casos bastarán las copias indicadas en el artículo anterior y, a falta de ellas, será suficiente que los peritos presten declaración jurada respecto de lo que fue materia del reconocimiento y de los informes.

Art. 115.- Obligatoriedad de la prueba.- Si el imputado, al rendir su testimonio, se declarare autor de la infracción, ni el juez ni el tribunal quedarán liberados de practicar los actos procesales de prueba tendientes al esclarecimiento de la verdad.

Art. 116.- Constancia en acta.- De todo lo actuado en los actos periciales, se dejará constancia en acta, que será suscrita por el Fiscal, el Secretario y los peritos.

CAPITULO III

LA PRUEBA TESTIMONIAL

SECCION PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 117.- Clasificación.- La prueba testimonial se clasifica en testimonio propio, testimonio del ofendido y testimonio del imputado.

Art. 118.- Protección de testigos.- Los testigos tendrán derecho a la protección del Ministerio Público para que se garantice su integridad personal, su comparecencia al juicio y la fidelidad de su testimonio.

Art. 119.- Recepción.- La prueba testimonial se recibirá, por regla general en la etapa del juicio ante el tribunal penal, pero durante la instrucción los jueces penales pueden recibir los testimonios de los enfermos, de los que van a salir del país y de aquellos que demuestren que no podrán concurrir al tribunal.

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

Sin embargo, el Fiscal antes del juicio podrá recoger las versiones del sospechoso, del imputado, del ofendido, y de terceros sobre los hechos y circunstancias materia de la investigación o de la instrucción. Estas informaciones solamente tendrán valor de prueba, cuando sean ratificadas mediante testimonio rendido en la audiencia.

Art. 120.- Constancia escrita.- Toda declaración será oral, excepto la de aquellos que pueden informar por escrito. El juez ordenará que se la reduzca a escrito debiendo ser la diligencia un fiel reflejo de lo expuesto por el declarante. La diligencia será firmada por el juez, el secretario, el intérprete o el curador, si hubieran intervenido, y por el deponente. Si este no supiere, no quisiere o no pudiere firmar, firmará por él un testigo en presencia del juez y del secretario, quien dejará constancia de este hecho en la diligencia. Además, el testigo que no supiere firmar estampará la huella digital del pulgar derecho.

Art. 121.- Designación de intérprete.- Cuando el declarante no sepa el idioma castellano, el juez o el tribunal nombrará y posesionará, en el mismo acto, a un intérprete para que traduzca las preguntas y las respuestas de quien rinde el testimonio y, unas y otras se escribirán en castellano.

Art. 122.- Declarante sordomudo.- Si el declarante es sordomudo, rendirá su testimonio por escrito; y si no sabe escribir, el juez o el tribunal recibirán la

declaración con el auxilio de un intérprete, o en su falta, de una persona acostumbrada a entender al declarante. A uno u otro, se le posesionará en el mismo acto.

SECCION SEGUNDA

EL TESTIMONIO PROPIO

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

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

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

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

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

Art. 127.- Testimonio de menores.- Los menores de dieciocho años declararán sin juramento, pero con la presencia de un curador que en el mismo acto nombrará y posesionará el tribunal.

Art. 128.- Testimonios individuales.- Los testigos declararán de uno en uno y se les tendrá separados de modo que no pueda oír el uno lo que declara el otro.

Art. 129.- Obligatoriedad.- Están obligados a comparecer personalmente a rendir su testimonio todas las personas que conozcan de la comisión de la infracción.

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

Art. 130.- Residentes fuera del lugar.- Si el testigo no residiere en la provincia en la que se tramita el proceso, no estará obligado a comparecer para rendir su testimonio, sino ante el juez penal del lugar de su residencia, a quien se le remitirán los despachos respectivos.

Si el testigo consiente en concurrir a declarar ante el tribunal, se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la indemnización.

Si el testigo se halla en el extranjero, se debe proceder conforme a los Convenios de Cooperación Judicial suscritos por el Estado o la costumbre internacional.

Art. 131.- Testigo imposibilitado.- Si el testigo estuviere físicamente imposibilitado para comparecer, el Tribunal Penal comisionará a un juez penal para que reciba su declaración.

Art. 132.- Testimonio mediante informe.- Si la persona que ha de rendir el testimonio fuere un funcionario que debe informar, se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Art. 133.- Juramento.- El testigo, al declarar, prestará juramento, de acuerdo con su religión o por su honor, de decir la verdad en todo cuanto supiere y fuere preguntado. El Presidente del Tribunal, después de advertirle sobre las penas con que se sanciona el perjurio, le preguntará sus nombres, apellidos,

edad, nacionalidad, domicilio y residencia, estado civil, oficio o profesión y si está incurso en alguno de los casos del artículo 126.

Art. 134.- Declaración.- El Presidente dispondrá que el testigo relate todo lo que sepa sobre la infracción objeto del proceso, con determinación de los autores y partícipes, así como de las personas que vieron cometerla y del lugar, fecha y hora en que se produjo.

El testigo dejará constancia de la forma cómo llegó a conocer lo que ha declarado.

Art. 135.- Preguntas de los jueces.- De inmediato los jueces del tribunal preguntarán al testigo lo que creyeren pertinente, disponiendo que responda de manera concreta y precisa.

Art. 136.- Prohibición de interrupción.- Las partes procesales no podrán interrumpir las declaraciones. Rendida la declaración, dichas partes podrán interrogar al testigo, de manera oral, sin perjuicio de que si, con anterioridad, se hubiesen presentado preguntas por escrito, deban también ser contestadas por el testigo.

No se podrán formular al testigo preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes.

Cualquiera de las partes puede objetar una pregunta y el Presidente del Tribunal quedará obligado a calificarla para que el testigo la conteste o se abstenga de hacerlo.

Art. 137.- Detención de testigos sospechosos.- El Presidente del Tribunal podrá ordenar la detención, como sospechoso de faltar a sabiendas a la verdad, del testigo variante o que discordare consigo mismo, del que usare respuestas

evasivas o del que en su declaración vacilare de un modo equívoco, siempre que estas circunstancias no procedan de la rusticidad o torpeza del testigo.

Art. 138.- Obligatoriedad de nueva comparecencia.- Los testigos volverán a declarar cuantas veces lo ordene el Presidente del Tribunal.

Art. 139.- Testimonio urgente.- Estas disposiciones se aplicarán al testimonio urgente que, reciba el juez durante la instrucción fiscal.

SECCION TERCERA

EL TESTIMONIO DEL OFENDIDO

Art. 140.- Comparecencia obligatoria.- Cuando el ofendido haya presentado acusación particular, estará obligado a comparecer ante el tribunal penal, para rendir su testimonio con juramento.

La declaración del ofendido por sí sola, no constituye prueba.

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

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

7. Los daños sufridos como consecuencia de la infracción; y,

8. La forma en que fue cometida.

Art. 142.- Derecho de las partes: Las partes procesales pueden ejercer el derecho que les concede el artículo 136 de este Código.

SECCION CUARTA

EL TESTIMONIO DEL ACUSADO

Art. 143.- Valor del testimonio.- El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el tribunal penal. Su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él.

Si así lo solicitare de manera expresa el acusado, su testimonio podrá prestarse bajo juramento.

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

Art. 144.- Indivisibilidad.- El testimonio del acusado es indivisible; por lo tanto, el tribunal penal debe hacer uso de toda la declaración o de ninguna de sus partes, excepto cuando haya graves presunciones contra la parte favorable al acusado.

CAPITULO IV

LA PRUEBA DOCUMENTAL

Art. 145.- Prueba documental.- Es la que está constituida por documentos públicos o privados.

Art. 146.- Valor probatorio.- 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.

Art. 147.- Prohibición.- No se obligará al imputado ni al acusado a que reconozca documentos ni la firma constante en ellos, pero se aceptará su reconocimiento voluntario.

Art. 148.- Prueba pericial.- Cuando el documento fuere impugnado el Fiscal o el Juez podrán ordenar la prueba pericial, con intervención de especialistas de la Policía Judicial.

Art. 149.- Informes.- Los fiscales, jueces y tribunales pueden requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos.

El incumplimiento de estos requerimientos, la falsedad del informe o el ocultamiento de datos, serán sancionados con una multa equivalente al cincuenta por ciento de un salario mínimo vital general, sin perjuicio de la responsabilidad penal, si el hecho constituye un delito.

Los informes se solicitarán por escrito, indicando el proceso en el cual se requieren, el nombre del imputado, el lugar donde debe ser entregado el informe, el plazo para su presentación y la prevención de las sanciones previstas en el inciso anterior.

Art. 150.- Inviolabilidad.- La correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, cablegráfica, por télex o por cualquier otro medio de comunicación, es inviolable. Sin embargo el juez podrá autorizar al Fiscal, a pedido de este, para que por sí mismo o por medio de la Policía Judicial la pueda retener, abrir, interceptar y examinar, cuando haya suficiente evidencia para presumir que tal

correspondencia tiene alguna relación con el delito que se investiga o con la participación del sospechoso o del imputado.

Art. 151.- Apertura y examen.- Para proceder a la apertura y examen de la correspondencia referida en el artículo anterior, se notificará previamente al interesado y con su concurrencia o en su falta, se leerá la correspondencia o el documento en forma reservada.

Si el documento estuviere relacionado con la infracción que se juzga, se la agregará al expediente después de rubricado; y si no lo estuviera, se la devolverá al lugar de donde fue tomado.

Art. 152.- Otros documentos.- Cuando la infracción o la culpabilidad se pudieren probar por documentos que no sean de los mencionados en el Art. 150, el Fiscal los examinará. No podrá hacerse este examen sino en presencia del imputado o de su defensor, si los hubiere, o, a falta de estos, ante dos testigos, quienes jurarán guardar reserva. Se redactará el acta de la diligencia, que deberá ser firmada por los concurrentes. Si los documentos contuvieren datos relacionados con la infracción, se los agregará al expediente, después de rubricados. En caso contrario, se los devolverá al interesado.

Art. 153.- Acta.- El Fiscal redactará el acta de apertura y el examen sin transcribir el texto de los documentos y la firmará con los concurrentes.

Art. 154.- Uso restringido.- De la correspondencia y de los otros documentos agregados al proceso no se hará otro uso que el conveniente para esclarecer la verdad sobre la infracción y sus participantes. De la que no se hubiere agregado, no se hará uso judicial ni extrajudicial alguno. El Fiscal y quienes hubieran intervenido en el acto guardarán completa reserva de su contenido.

Art. 155.- Interceptación y grabaciones.- El juez puede autorizar por escrito al Fiscal para que intercepte y registre conversaciones telefónicas o de otro tipo, cuando lo considere indispensable para impedir la consumación de un delito, o para comprobar la existencia de uno ya cometido, o la responsabilidad de los partícipes.

La cinta grabada deberá ser conservada por el Fiscal, con la transcripción suscrita por la persona que la escribió.

Las personas encargadas de interceptar, grabar y transcribir la comunicación tienen la obligación de guardar secreto sobre su contenido, salvo cuando se las llame a declarar en el juicio.

Art. 156.- Documentos semejantes.- El juez autorizará al Fiscal para el reconocimiento de las grabaciones mencionadas en el artículo anterior, así como de películas, registros informáticos, fotografías, discos u otros documentos semejantes. Para este efecto, con la intervención de dos peritos que jurarán guardar reserva, el Fiscal, en audiencia privada, procederá a la exhibición de la película o a escuchar el disco o la grabación y a examinar el contenido de los registros informáticos. Las partes podrán asistir con el mismo juramento.

El Fiscal podrá ordenar la identificación de voces grabadas por personas que afirmen poder reconocerlas, sin perjuicio de ordenar el reconocimiento por medios técnicos o con intervención pericial.

Si los predichos documentos tuvieren alguna relación con el objeto y sujetos del proceso, el Fiscal ordenará redactar la diligencia haciendo constar en ella la parte pertinente al proceso. Si no la tuvieren, se limitará a dejar constancia, en

el acta, de la celebración de la audiencia y ordenará la devolución de los documentos al interesado.

Art. 157.- Documentos públicos.- Si los documentos formaren parte de otro proceso o registro, o si reposan en algún archivo público, se obtendrá copia certificada de ellos y no se los agregará originales sino cuando fuere indispensable para constancia del hecho. En este último caso la copia quedará en dicho archivo, proceso o registro y, llenada la necesidad se devolverán los originales, dejando la copia en el proceso.

Art. 158.- Uso limitado.- No se podrá hacer uso procesal o extraprocesal de ninguna de las noticias que suministren los documentos mencionados en los artículos precedentes, si versan sobre asuntos inconexos con el proceso. Quien violare esta prohibición será sancionado en la forma prevista en el Código Penal.

Los elementos legislativos expuestos me conlleva a plantear la necesidad de la racionalidad y científicidad de la valoración de la prueba y en admitir ciertos rasgos que le caracterizan y que hacen pertinente y útil la plasmación legal de pautas garantistas que permiten evitar la subjetivización y formalización excesiva de la verdad en el proceso penal.

Los rasgos que generalmente se admiten como característicos de esta versión objetivista y garantista de la libre valoración de la prueba son:

A. *La racionalidad objetivable*: Alude a la necesidad de que la convicción del órgano jurisdiccional se haya formado sobre la base de una prueba plena,

objetiva y contrastable o que por lo menos haga factible su exteriorización razonada sobre la base de estándares objetivos prefijados (las reglas de la sana crítica).

B. *El carácter social:* Deviene no sólo de la naturaleza social de la función judicial (por su legitimación, por su objeto y por los medios que se emplean para su desarrollo) sino también, y muy especialmente, porque los estándares objetivos prefijados (reglas de la sana crítica) para la valoración de la prueba constituyen roles, patrones o comportamientos sociales admitidos como válidos en un contexto socio- histórico determinado.

C. *La susceptibilidad de repetición intelectual:* La mejor garantía de racionalidad, objetividad y transparencia del convencimiento judicial sobre el resultado de la prueba es la exigibilidad de repetición mental por un tercero que bien puede ser otro juez, las partes legitimadas en el proceso, o cualquier otro ciudadano.

D. *La revisibilidad:* Característica que teniendo como presupuestos las anteriores viene a posibilitar el control tanto intraorgánico como interorgánico de la apreciación de la prueba en el proceso penal.

Sobre la base de dichas características, el sector doctrinal que suscribe esta línea de pensamiento, propone o avala mayoritariamente la previsión legal de un conjunto de mecanismo o garantías que tienden a la objetivación de la valoración de la prueba. Ellos pueden resumirse del siguiente modo:

A. La libertad del órgano jurisdiccional para ponderar los diferentes elementos de prueba.

- B. La prueba debe ser producida en el juicio oral con las garantías procesales requeridas.
- C. La necesidad de una “*mínima actividad probatoria*” de signo incriminatorio para desvirtuar la presunción de inocencia.
- D. El acta del debate debe contener – de forma extractada o resumida – lo acontecido en este acto con los medios de prueba.
- E. La motivación fáctica de la sentencia.
- F. El control endoprocesal de estos requerimientos a través de los medios de impugnación que resulten pertinentes.

Veamos a continuación los rasgos más sobresalientes de estas exigencias.

La primera de ellas alude, como ya hemos dicho, a la necesidad de proscribir toda regla apriorística y abstracta que conlleve la formalización excesiva de la labor del juez en la valoración de los medios de prueba y que en definitiva propenda o produzca la anulación o la sustitución de su labor al tener que acatar hipótesis valorativas prefijadas por la ley⁶².

No obstante, para evitar el subjetivismo y la irracionalidad en la valoración de la prueba y propender a su objetivación y científicidad, la casi totalidad de la doctrina actual y las legislaciones modernas de este subsistema jurídico, vienen exigiendo que su realización tenga lugar a partir de la observación de un grupo de pautas objetivas que se conocen como reglas de la *sana crítica* (de la experiencia, la lógica, la sociología, la psicología, etc.).

⁶² Según Maier: *La extrema formalización de la apreciación de la prueba – predeterminada ex antes por el legislador- en que consiste el sistema de prueba legal, no coincide, necesariamente con la realidad del caso concreto*. En *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996, tomo I, p. 874.

Dichas pautas, según APOLO RAMIREZ, son aquellas *reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.*⁶³

Son, como también indica COUTURE, *la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.*⁶⁴ Es decir, son pautas supraindividuales constituidas por los principios y leyes de la lógica formal y de máximas provenientes de las vivencias prácticas de los hombres (genéricas) y de los conocimientos científicos y técnicos (especializadas) afianzados y generalmente conocidos y aceptados como verdaderos en el contexto espacio temporal de que se trate.

Tanto las leyes y principios de la lógica formal como las máximas de la experiencia (genéricas o especializadas) constituyen juicios generales y racionales, que no se corresponden ni desprenden del juicio narrativo, sensorial o relación fáctica concreta, es decir, son susceptibles de transmisión pero no resultan perceptibles por los sentidos. Sin embargo, tal y como veremos seguidamente, aquéllas y éstas difieren en lo que respecta a su naturaleza y sentido de su aplicación.

⁶³ APOLO RAMÍREZ, MODESTO; *La sana crítica en la prueba testimonial*, Edino, Guayaquil, 1993, p. 66.

⁶⁴ COUTURE, EDUARDO; *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial Depalma 3era. edición 1978, p. 271.

La Lógica formal es la *ciencia que estudia los actos del pensar –concepto, juicio, razonamiento, demostración – desde el punto de vista de su estructura o forma lógica, o sea, haciendo abstracción del contenido concreto de los pensamientos y tomando sólo el procedimiento general de conexión entre las partes del contenido dado*⁶⁵. Su finalidad esencial estriba en la formulación de leyes, categorías y principios de ineludible cumplimiento para la corrección de los conocimientos obtenidos en procesos basados en el saber inferido.

En este orden, debe significarse que la valoración de la prueba en el proceso penal tiene lugar a través de inferencias que parten de los medios de pruebas practicados en el juicio oral para llegar a conclusiones sobre su veracidad y consiguientemente determinar la responsabilidad penal del acusado y aplicar el derecho. Pues bien, la lógica, a partir fundamentalmente del principio de identidad y de las leyes de contradicción, tercero excluido, y razón suficiente, permite evaluar la corrección nominal o estructural de esas inferencias⁶⁶.

Empero, la apreciación de la prueba no se reduce al análisis de corrección formal de las inferencias que tienen lugar a partir del material probatorio. Ella

⁶⁵ ROSENTAL, M. y IUDIN, P.; Diccionario Filosófico, Editora Política, La Habana, 1981, p. 279.

⁶⁶ KIRÁLY, TIBOR; nos dice sobre este tópico que *la verdad es una cuestión del adecuado reflejo de la realidad en la mente... La verdad no es en sí misma la realidad; no es la propiedad de los hechos, de los acontecimientos, sino la propiedad de las proposiciones* (ob. cit., p. 163). Sobre esta base continúa señalando que: *La lógica desempeña un importante papel en la decisión sobre la verdad de ciertas proposiciones ...No obstante, para obtener proposiciones verdaderas mediante operaciones lógicas (operaciones proposicionales) como la deducción necesaria, por una parte, partir de premisas verdaderas y, por otra, llevar a cabo, operaciones lógicas apropiadas* (ob. cit., págs. 164 y 165). Véase para más detalles sobre este particular: GORPHE, FRANCOIS; *Apreciación judicial de las pruebas*, Traduc. Jorge Guerrero, Ed. Temis, Bogotá, 1985; FLORIÁN, EUGENIO, *De las Pruebas Penales*, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1990, (Traducido por Jorge Guerrero); RUSSO EDUARDO A.; *Las Reglas de la sana crítica como lógica de la persuasión*, Bogotá, Temis; ARANGO ESCOBAR, JULIO E.; “Valoración de la prueba en el proceso penal”, en *Valoración de la Prueba*, Fundación Myrna Mack, Serie Justicia y Derechos Humanos/2, Guatemala, 1996.

exige de otros presupuestos generales de naturaleza material provenientes de otras áreas del saber y de la experiencia humana.

Así por ejemplo, cuando, en ocasión de juzgarse un accidente ocurrido por infracción de las normas del tránsito o tráfico terrestre, un testigo declara en el juicio que este consistió en que un vehículo que se encontraba detenido en el semáforo ante la luz roja, resultó puesto en movimiento al ser fuertemente impactado en su parte posterior por un camión que transitaba a gran velocidad, en el instante en que el peatón que fue atropellado por aquel vehículo cruzaba la vía por el sitio indicado para ello. En este supuesto, la evaluación que ha de llevar a cabo el juez o tribunal para determinar la veracidad del testimonio en cuanto a la posibilidad de que el camión haya puesto en marcha al auto que se hallaba esperando el cambio de luces en el semáforo, no tiene su base en las reglas o principios de la lógica formal, sino en las leyes de la mecánica simple.

Esos conceptos, definiciones, principios o juicios de valor que en calidad de presupuestos generales se requieren también en la valoración de la prueba, y que consiguientemente complementan el contenido de las reglas de la *sana crítica*, han sido englobadas por STEIN, un clásico de esta materia, bajo la denominación de *máximas de la experiencia*⁶⁷, quien las conceptúa como *definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han*

⁶⁷ STEIN, FRIEDRICH; *El conocimiento privado del juez*, traducción española de Andrés De la Oliva Santos Pensamiento Jurídico, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990.

inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos^{68/69}.

Las máximas de la experiencia, como se advierte del propio concepto y según establece el mismo autor, *pueden pertenecer a cualquier ámbito imaginable de la vida de la naturaleza y del hombre*⁷⁰, de ahí la complejidad de formular en torno a ellas categorías para efectos clasificatorios⁷¹. No obstante, en atención a determinar si deben o no conformar el objeto del proceso y consiguientemente definir si son o no necesarias de introducir a través de la actividad probatoria, se han clasificado en genéricas o generales y en especiales o especializadas⁷². Las primaras son aquellas que se hallan al alcance de una persona del nivel cultural del juez, por lo que no se precisa hacerlas objeto de prueba⁷³, mientras las segundas provienen de áreas

⁶⁸ Ob.cit., p. 22.

⁶⁹ Denominación y concepto que comparte la mayoría de la doctrina, así por ejemplo: GORPHE, FRANCOIS; FLORIÁN, EUGENIO; RUSSO EDUARDO A.; ARANGO ESCOBAR, JULIO E.; DEL RIO FERRETTI, CARLOS; MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL; DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS Y FERNANDEZ MIGUEL ANGEL; *Derecho Procesal Civil*, tomo II, Colección Ceura, Editorial Centros de Estudios Ramón Areces, S.A., cuarta edición, Madrid, 1997; ORTELLS RAMOS, MANUEL; *Derecho Jurisdiccional*, Tomo III, (con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO), Edit. Tirant Lo Blanch, 7ª Edic., Valencia, España, 1998; CORTÉS DOMINGUEZ, VALENTIN Y OTROS; *Derecho Procesal Civil*, 2ª. Edición, Editorial Colex, 1997; MONTERO AROCA, JUAN; *La Prueba en el Proceso Civil*, Segunda Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998.

⁷⁰ Ob. cit., p. 17.

⁷¹ Según dicho autor existen dos formas fundamentales de éstas: las *definiciones* que son *juicios aclaratorios que descomponen una palabra o un concepto en sus notas constitutivas* (máximas de la experiencia sobre el uso del lenguaje ya sea en general o en ambientes más específicos) y las *tesis hipotéticas que expresan las consecuencias que cabe esperar a partir de determinados presupuestos (bajo determinadas condiciones se repiten como consecuencia los mismos fenómenos)*, es decir, constituyen previsiones a las que *podemos llegar simplemente por el camino de la inducción*. Estas últimas las subdivide en *hipótesis inseguras y verdades científicas* (ob.cit. págs. 19, 20 y 21).

⁷² Admiten o usan esta clasificación autores como: DEL RIO FERRETTI, CARLOS; DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS Y FERNANDEZ MIGUEL ANGEL; ORTELLS RAMOS, MANUEL; CORTÉS DOMINGUEZ, VALENTIN; y MONTERO AROCA, JUAN, entre otros.

⁷³ Además de los autores citados, comparten también este criterio, aunque no siguen esta clasificación: MIXÁN MASS, ob. cit., págs. 177 a 180; y TIBOR, KIRLY, ob. cit. págs. 90 a 95 y 97 a 99. Este último autor se refiere a ellas bajo las nomenclaturas de *teoremas científicos y hechos evidentes*. Respecto a los primeros dice que: *en el juicio penal no es la verdad de las tesis universalmente válidas la que se debe demostrar, sino la realidad de ciertos acontecimientos o la verdad de declaraciones relacionadas con ellos* (p.91). Sobre los segundos señala que *estos hechos se presentan ante el tribunal como*

especiales del saber humano o de experiencias vitales específicas, no atribuibles o exigibles al juez. En cuanto a estas últimas, puede ocurrir, como bien señala MONTERO AROCA, *que las partes intenten su prueba, por medio de la pericial correspondiente, como que el juez se vea precisado a la búsqueda de la máxima*⁷⁴

Los autores que propugnan o admiten la clasificación precedente toman postura aceptando en este tenor la posibilidad de hacer valer en el proceso la *ciencia privada del juez*.⁷⁵ Esta tesis resulta defendible a partir de los

proposiciones que están fuera de toda duda y que no necesitan ser demostradas. Pero la razón de que estas proposiciones sean tan obviamente ciertas es que han sido probadas, y que han soportado la prueba en miles de millones de casos (p.98).

⁷⁴ Ob.cit. p. 50.

⁷⁵ DEVIS ECHENDIA, HERNANDO, No admite esta posibilidad, al respecto en su obra: *Teoría general de la prueba judicial*, T-I, 2da edición, Bs.As., 1972, p. 559, señala: *Cuando el legislador ha establecido los medios de prueba admisibles en el proceso, implícitamente consagra la prohibición para el juez de basar sus decisiones en el conocimiento personal y extraprocesal que pueda tener de los hechos. La misma prohibición existe en el sistema de libertad de medios de prueba, porque éste significa que el juez pueda admitir los que considera útiles, pero no puede prescindir de ellos para basarse en el conocimiento privado.* FALCON ENRIQUE M., suscribe este criterio y añade que *los medios probatorios garantizan la imparcialidad del juez (en Cómo se ofrece y produce la prueba, segunda edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p.85).*

FENECH asume una postura peculiar al respecto, pues al referirse a este punto establece la necesidad de diferenciar entre hechos percibidos por el propio juez y hechos *cuya notoriedad los ha hecho llegar a su conocimiento*. Respecto a los primeros rechaza la posibilidad de poder ser introducidos al proceso por el propio juez, dado la fungibilidad del testigo y la imposibilidad de que el sujeto jurisdiccional pueda desempeñar al mismo tiempo las funciones de testificar y juzgar. En cuanto a los segundos, señala que: *cuando el hecho sea conocido por su notoriedad, la posibilidad de hacer uso del hecho así percibido depende del tipo de notoriedad de aquél, que cuando sea objetiva lo eximirá de más prueba, y que cuando sea subjetivo no podrá prescindir de realizar la prueba para poder utilizarlo como elemento para la fundamentación fáctica de la decisión.* (ob. cit., págs. 621 y 622). Podría entenderse que este autor permite colocar las máximas de la experiencia en el contexto de los *hechos notorios de carácter objetivo*, aunque existe el inconveniente de que no deja definido éstos. Además habría que añadir que aquéllas y éstos no son una misma cosa, pues, como bien señala MONTERO AROCA, *si bien la máxima será notoria...Las máximas son conceptos abstractos que ni siquiera precisan ser afirmadas por las partes para que el juez llegue a formar su convicción, mientras que los hechos notorios son siempre hechos concretos y por lo mismo están necesitados de afirmación; el que valencia sea puerto de mar no es una regla, mientras que sí lo es el que una concentración alcohólica en la sangre de 1.50 gramos por 1.000 centímetros cúbicos es excesiva para la conducción de un vehículo de motor* (ob.cit., 51).

El catedrático cubano PORTUONDO Y DE CASTRO no abordó estos tópicos en su obra, no obstante parece haber admitido la posibilidad de que el juez hiciera valer sus conocimientos o máximas de la experiencia en el proceso sin necesidad de demostración a través de la prueba pericial, pues cuando se refirió a este medio de prueba expuso que: *...el perito no es más que los ojos y los oídos del Juez en los casos en que se necesitan determinadas condiciones técnicas de las cuales carece el juzgador ...* (ob. cit. p. 108).

elementos de juicio que el propio STEIN expone en su obra, de ellos, dos nos parecen esenciales y concluyentes:

1º. *Las máximas de la experiencia no son objeto de nuestra percepción, sino que las adquirimos por transmisión y, por tanto, su conocimiento está libre de errores de percepción. Por lo que carecen de relación con el concreto hecho objeto de litigio*⁷⁶.

2º. *El perito, en cuanto tal, siempre suministra al juez máximas de la experiencia; sólo cuando el juez le encarga percibir en representación suya hechos que necesitan ser probados, informa también sobre estos últimos*⁷⁷.

Sobre la base de estos elementos de juicio cabría señalar que establecer como regla general la obligatoriedad de demostrar las reglas de la experiencia a través de la prueba pericial, sería tanto como excluir a ésta del principio de libre valoración.

Todo ello ha permitido a MONTERO AROCA establecer dos conclusiones que nos parecen atendibles:

1º Las máximas de la experiencia susceptibles de investigación por el juez no necesitan siquiera haber sido afirmadas por las parte⁷⁸.

⁷⁶ Ob. cit. p.81.

⁷⁷ Ob.cit. p.66.

⁷⁸ Ob. cit. p. 50.

2º. Las reglas de la sana crítica *son máximas de la experiencia judiciales, en el sentido de que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de la vida del juez y que éste debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes- medios de prueba. Esas máximas no pueden estar codificadas, pero sí han de hacerse contar en la motivación de la sentencia, pues sólo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados*⁷⁹.

En lo que concierne a la producción de la prueba con las garantías procesales requeridas en el juicio oral, como segunda exigencia del método de su libre valoración, sólo nos interesa aquí hacer dos acotaciones, una respecto a qué se entiende por producido en la mentada etapa procesal y otra en cuanto a qué de lo producido debe estimarse como susceptible de valoración. Dicho en términos procesales, nos ocuparemos de la eficacia probatoria de las diligencias practicadas antes del juicio oral y de la trascendencia, permisibilidad y utilidad valorativa de la prueba ilegítimamente obtenida.

Óptica y gnoseológicamente, en lo relativo al primer problema, como bien indica KIRÁLY⁸⁰ y LARIN,⁸¹ no parece que hayan muchos inconvenientes para reconocer inicialmente virtualidad y fuerza cognitiva a las diligencias de instrucción, pues entre las etapas del proceso penal y las fases del proceso gnoseológico no existe una exacta y necesaria correlación y coincidencia⁸², además el objeto de conocimiento, como cúmulo de circunstancias fácticas

⁷⁹ Ob. cit. p. 316.

⁸⁰ Ob. Cit, PS.-71 y SS.

⁸¹ LARIN, A, *Tribunales y organismos de instrucción*, en Bases Constitucionales de la justicia en la URSS, Redacción “*Ciencias Sociales Contemporáneas*”, Moscú, 1984, P.- 95.

⁸² KIRÁLY, Ob.cit, P.-72.

pretéritas e hipotéticas, cuya averiguación y demostración constituyen el centro de aquél, tiene naturaleza metaprocesal, es decir, existen con anterioridad e independencia al mismo. Sin embargo, el enfoque cognitivo filosófico, tal y como hemos dicho antes, no resulta suficiente por constituir el Derecho Procesal penal un área especial del saber humano y de la práctica social y por haberse suscrito precedentemente la tesis de la naturaleza procesal de la prueba.

Desde la perspectiva procesal, el reconocimiento de valor probatorio a las diligencias de fase preparatoria - doctrinalmente - pasa por la admisión o no de la distinción entre actos de investigación y actos de prueba. Así, quienes no aceptan esta distinción consideran que aquellos también tienden “*a obtener el convencimiento del juzgador*”⁸³ (HIPPEL, CARNELUTTI, PINA, VIADA, SAÉZ JIMÉNEZ, JIMÉNEZ, ASENJO, QUINTANO RIPOLLES, SILVA MELERO, etc.)⁸⁴, mientras los que admiten la diferencia rechazan la posibilidad de que puedan conformar la convicción judicial (BELING, GÓMEZ ORBANEJA, SERRA DOMINGUEZ, MIRANDA ESTRAMPES, PRIETO CASTRO, Y GUTIERREZ DE CABIEDES, entre otros)⁸⁵. Esta última postura es hoy predominante⁸⁶ y es además la que defendemos por las siguientes razones:

⁸³ VIADA, CARLOS, Ob.cit, P.-256.

⁸⁴ Citados por VIADA Y MIRANDA ESTRAMPES en las obras citadas, páginas 255 y 293, respectivamente.

⁸⁵ IBIDEM.

⁸⁶ Véase: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, *La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario*, estudios de Derecho Procesa, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, ABAB FERNÁNDEZ, ENRIQUE, “Valor probatorio del sumario y reforma procesal penal”, Jornadas de Derecho Procesal, Consejo General del poder judicial, Madrid 1984, JAEN VALLEJO, MANUEL: *La práctica de la Prueba en el juicio penal como presupuesto para desvirtuar la presunción de inocencia*, Revista General de Derecho, No. 507, Dic. 1986, del mismo autor, *Incidencia sobre la presunción de inocencia de las declaraciones sumariales dadas por reproducidas en el juicio (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 64/1986 y precedentes)*, R.G.D. No. 504, Sep.1986, MORENO CANTERA, VICTOR, “Garantía de los Derechos fundamentales en la investigación Penal”, Poder Judicial, No. Especial II, Justicia penal, 1987, Borrajo Iniesta, Ob.cit.

A. La división predeterminada legalmente del proceso penal principalmente en dos grandes etapas⁸⁷ si bien tiene en cuenta factores de índole gnoseológica – fundamentalmente el carácter indirecto de la cognición y los riesgos del subjetivismo (posibilidad de errores perceptivos, lógicos y semánticos) – se inspira en ideas de naturaleza histórica y sociopolítica. En efecto, la estructura multifásica moderna del mismo es una conquista de la humanidad basada en la experiencia y praxis sociales cuyo objetivo esencial es distribuir las funciones procesales (investigar, acusar y juzgar) en las diferentes fases para de este modo evitar la concentración de poder en un solo sujeto, así como los desmanes y arbitrariedades que ello puede acarrear según quedó demostrado con la “*organización*” propia del sistema inquisitivo de enjuiciar⁸⁸.

B. La demostración de un suceso o fenómeno exige antes su investigación, así, sobre la base de la concepción precedentemente expuesta, a la instrucción (como primera etapa) corresponde lógicamente esta función mientras aquélla es propia del juicio oral (etapa de la decisión).

La investigación plantea a la autoridad que la dirige valerse de todos los medios y métodos legalmente autorizados para descubrir, fijar y asegurar los elementos de la realidad (metraprocesales) relacionados con el suceso delictivo y su presunto responsable (fuente de prueba), empero, tal y como hemos suscrito antes, su virtualidad demostrativa y eficacia procesal requieren de su ritualización garantista, es decir, de la factibilidad de su reproducción en otras fases, de la susceptibilidad de su confrontación y valoración por otros

⁸⁷ No debe perderse de vista que el número de fases puede incrementarse opcionalmente en un caso concreto según las posibilidades que establezcan los medios procesales: remedios o enmiendas procesales, recursos y acciones impugnativas.

⁸⁸ KIRÁLY, Ob.cit, Ps-71 SS.

sujetos y del respeto de la dignidad e integridad personal de quienes intervienen en el proceso, principalmente del inculpado. Esta formalización procesal se logra a través de la conversión de las fuentes de prueba en medios de prueba (los legalmente autorizados) y estos últimos se practican en el juicio oral.⁸⁹

C. La intermediación en la percepción del objeto de conocimiento por el sujeto cognoscente y la confrontación – procesalmente conocidos como principios de contradicción y de inmediatez – constituyen premisas vitales de la cognición humana, pues sólo a través de la realización de aquéllas puede ésta saltar en espiral a peldaños superiores (el desarrollo exige de la intervención directa del sujeto y de la superación de las contradicciones). Junto a estas premisas deben cumplirse en el proceso penal – como proceso cognoscitivo peculiar – otras que el constitucionalismo moderno configura como derechos fundamentales autónomos, aun cuando algunos se derivan o incardinan como presupuestos de aquéllas, ellos son: la igualdad de las partes, la publicidad, la oralidad y el derecho de defensa. Todos ellos alcanzan su plenitud y su nivel más alto de concreción en el juicio oral.

D. La tesis de la acusación se basa en una afirmación problemática y probabilística, en tanto su formulación tiene lugar en un momento procesal en que aún no se ha desvirtuado la presunción de inocencia. Esto, como se ha dicho, sólo puede ocurrir cuando los citados principios y derechos alcanzan su máximo esplendor y se logra con el tránsito de lo probable a la certidumbre plena y objetiva (completa o suficiente fundamentación de un juicio desde las

⁸⁹ MIRANDA ESTRAMPES, OB.CIT, PS.-132 y SS.

perspectivas fácticas y lógicas). Esta mutación exige la exclusión de las versiones contradictorias o distintas que puedan surgir del mismo material probatorio, es decir, requiere de la refutación de la tesis inculpatoria inicial promotora de la actuación jurisdiccional, lo que a su vez constituye una función procesal de la defensa, cuyo escenario más idóneo es el acto del juicio oral.⁹⁰

4.2.2.- MARCO DOCTRINARIO.

- **Conceptos de objeto y *thema probandum***

En sentido general, partiendo de los presupuestos que dimanaban de admitir que en el ámbito jurídico procesal penal tiene lugar un proceso cognoscitivo, podemos convenir inicialmente en que, si el objeto del conocimiento es aquello sobre lo que incide la actividad cognitiva, el objeto de prueba es aquello sobre lo que recae la actividad probatoria. Empero, esta delimitación, aunque válida, sólo lo es como primer acercamiento o como punto de partida para su definición. Pues, tal y como se ha dicho antes, la cognición en este subsistema conforma un área particular de problemas y éste es precisamente uno de los puntos que matizan su individualidad o especificidad.

Objeto de prueba es ante todo un hecho, pero no cualquier hecho, en tanto las catástrofes naturales, por ejemplo, caben dentro de esta categoría y no es la indagación y comprobación de sucesos como éstos lo que interesa a la jurisdicción penal. El dato fáctico de interés en este marco es el que puede concordar con la definición del tipo penal (figura delictiva), y este, como es conocido, define conductas, es decir, hechos presididos por la voluntad

⁹⁰ KIRÁLY, Ob.cit, P.-278.

humana. Ahora bien, según se advierte de lo ya dicho, aunque la relación fáctica definida en el tipo penal es la que motiva la actuación de los órganos de investigación y jurisdiccionales, ésta no está únicamente dirigida a aquélla, pues ella es sólo la fundamental y la certeza plena y fundamentada exige además la verificación de todas las circunstancias y episodios fácticos que le rodean, tanto los positivos como los negativos, así como los físicos y los psíquicos (coartadas, causas de justificación, de inimputabilidad, de exculpación, agravantes y atenuantes, etc.).⁹¹

También, en este primer intento de acotamiento de lo que constituye objeto de prueba en el proceso penal, debe recordarse que se trata de una relación fáctica que - en su conjunto y esencialmente - se caracteriza por ser pretérita (del pasado) e hipotética, entonces: indirecta o transmitida (no percibida directamente por los jueces), aislada e irrepetible (sin frecuencia ni estadística), y, probable (pues sólo de la probabilidad se obtiene la certeza).

Otro punto que merece ser esclarecido a efectos de la definición de este concepto es el relativo a la polémica doctrinal acerca de si el objeto de prueba está constituido por “*hechos*” o por “*alegaciones*”. Debate aún no resuelto que continúa generando planteamientos que denotan una actitud parcial y una inadecuada orientación gnoseológica⁹². La polarización de estas tesis parten

⁹¹ Véase para más detalles sobre este particular a FENECH, ob.cit, P.-591 y SS.

⁹² A modo de ilustración puede citarse a JOSÉ LUIS CALVO CABELLO, quien en su trabajo “La Valoración de la Prueba en el Juicio Oral”, señala: “*El Juez controla el proceso de la verificación de las afirmaciones que las partes han hecho y declara cuáles han resultado probadas*”, editado en Cuadernos de Derecho Judicial, “La Prueba en el Proceso Penal II”, del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, P.- 428. También en esta misma línea de pensamiento DEL RIO FERRETI, quien al abordar las cuestiones relacionadas con la probabilidad y la certeza en su trabajo *Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo fáctico mediante recurso de nulidad (I)*, nos dice: “*Luego, para el desarrollo de esta labor el sujeto trabaja sobre (en ella recae la prueba) o con una hipótesis de verdad histórica o mejor dicho con ciertas afirmaciones de hechos con pretensiones de verdad histórica, y aquí nos encontramos con el segundo punto: cuál es la finalidad del sistema de*

del error metodológico de descomponer de forma disyuntiva y antagónica los dos elementos que conforman la unidad del proceso cognoscitivo⁹³: el objetivo (por la cualidad reflectante de la realidad) y el subjetivo (por la capacidad humana de reflejar aquélla). Para nosotros el hecho de que en el proceso penal la relación facticia se exprese a través de juicios proposicionales (formas del pensamiento) contenidos en oraciones declarativas (único modo de manifestarse ésta) no significa una anteposición ni una negación de su carácter objetivo o suprasubjetivo.

En síntesis, podemos definir esta categoría como *toda cuestión fáctica (positiva o negativa, física o psíquica) cuya averiguación y demostración (actividad probatoria) resultan necesarias (por el mismo carácter indirecto, pretérito o hipotético del hecho), pertinentes y admisibles (por la juricidad de la prueba) para la aplicación de la ley penal sustantiva.*

Los rasgos o exigencias generales antes expuestas son las requeridas para contornear o definir al concepto que correlativamente o en correspondencia con ellas presentan el mismo grado de abstracción, dicho de otro modo, son los requerimientos comunes para que cualquier hecho pueda ser objeto de prueba en el proceso penal (lo universal). Proseguimos ahora con aquellos que debe reunir un hecho en concreto en determinado procedimiento penal, es decir, con los requisitos de lo que se conoce como *thema probandum* (lo particular), no sin antes advertir que éstos son distintos de los que se reclaman para el objeto

prueba, que busca conocer mediante huellas, rastros o pruebas que se mantienen, que existen con relación al hecho hipotético que se indaga.” (Ob. cit, p.2.)

⁹³ MIXÁN MÁSS, ob.cit, p.-169.

de cada medio de prueba (lo singular), cuya exposición excede los objetivos propuestos en esta investigación.

- **Requisitos del *thema probandum***

Los requisitos del *thema probandum*⁹⁴ suelen ser de dos tipos: *metajurídicos* y *jurídicos*.

Los *metajurídicos* se refieren a dos cualidades del hecho:

A. *Su posibilidad*: Como capacidad intrínseca y latente de desarrollo de todo ser (de la materia), cuya concreción o realización depende de las leyes de la dialéctica, es la primera calidad exigible al hecho concreto. Cabe recordar, sin que ahora nos adentremos en detalles, por ser este objeto de estudio del materialismo dialéctico, que según la estructura espacio temporal de la existencia de los objetos, pueden clasificarse en : Posibilidad formal o abstracta (por su distanciamiento de las condiciones objetivas de concreción); Posibilidad en concreción inicial (la que comienza a manifestar su tendencia objetiva de desarrollo, pero no concluye por no concurrir todas las condiciones objetivas necesarias), y la Posibilidad Real o de inminente concreción (en la que concurren todas las condiciones objetivas requeridas para su salto o conversión en realidad).

Parece obvio que los órganos jurisdiccionales deban “*rechazar toda práctica de prueba cuyo objeto sea un hecho imposible*”⁹⁵ (a modo de ilustración, la

⁹⁴ Seguimos para la exposición de los mismos a FENECH, ob.cit., P.-595 y SS, a MIXÁN MÁSS, ob.cit, P.-171 y SS, y a TIBOR KIRÁLY, ob.cit, P.-87 y SS.

⁹⁵ FENECH, Ob.cit, p.-594.

propuesta de medios de prueba encaminadas a demostrar la comisión de un delito de violación por un impotente en condición de autor directo).

B. *Su Verosimilitud*: como “*símil a la verdad*” o “*apariencia de verdad*”, según su significado etimológico, está estrechamente relacionada con la posibilidad y con la demostración del hecho concreto, por eso, existen, según Fenech⁹⁶ “*dos puntos terminales*” en lo que él denomina “*escala de la relación entre la verosimilitud y la prueba*”: “*.... cuando el hecho es necesario nos cabe la certeza de su existencia y no hace falta la prueba, cuando el hecho es imposible metafísicamente, también tenemos la certeza de su no existencia, y tampoco es necesaria la prueba, porque siendo el hecho imposible es absolutamente inverosímil, y por perfecta que pudiera ser la prueba sobre el mismo, sería procesalmente inaceptable.*”

Los requisitos *jurídicos* son de índole positiva el primero y de naturaleza negativa los otros dos, ellos son:

A. *Su relevancia y su pertinencia*: El hecho en cuestión, para que sea objeto de prueba, deberá poseer una directa y significativa utilidad para el objeto de proceso, de modo que su determinación y fijación trascienda a la resolución de éste o para alcanzar cualquier otra finalidad procesal vinculada con el mismo.

Esta exigencia se trasmite a los medios de prueba que propuestos por las partes deberán ser admitidos o no por el órgano jurisdiccional sobre la base de

⁹⁶ Ob. cit, p.-590.

que resulten *pertinentes* y *útiles* (o relevantes) con respecto al objeto del proceso o *thema deidendi*.

Por medio de prueba pertinente deberá entenderse la relación existente entre éste y aquél en términos de capacidad e idoneidad para su demostración.

La utilidad, aunque guarda estrecha relación con la idoneidad y pertinencia, se caracteriza no ya por su potencialidad o capacidad demostrativa con respecto al objeto del proceso sino por la conveniencia y necesidad de producción del medio de prueba de conformidad con la finalidad perseguida y celeridad procesal requerida, pues puede ocurrir que ya otros de los medios propuestos tiendan a acreditar o comprobar el mismo extremo o episodio fáctico.

B. *No prohibidos legalmente*: La ley penal, especialmente la sustantiva, suele de modo excepcional y por razones específicas o de política criminal limitar o prohibir la cognición de ciertos hechos relacionados con las conductas proscriptas como delitos. No se trata de las prohibiciones de métodos y de medios de pruebas que por regla general deben aparecer en la ley procesal penal y que conforme a la sistemática de nuestra exposición corresponde ver en otro lugar y momento, sino de prohibiciones al objeto de prueba.

El legislador puede establecer estas prohibiciones a través de dos vías o fórmulas: de modo directo o expreso y por medio de las presunciones irrefutables o *juris et de jure*.

C. *No exentos de prueba*: La declaración de responsabilidad penal implica o requiere la fijación de un hecho que reúna los caracteres previamente definidos en la ley penal y la determinación de la participación en él del sujeto al que se le ha venido imputando, ello - tal y como hemos estado sosteniendo - exige de una fundamentación basada en pruebas. No obstante, esto, que es la regla general, tiene sus excepciones, pues, del mismo modo en que se establece un acotamiento temporal para evitar – entre otras cosas – una labor *ad infinitum* de los órganos jurisdiccionales, parece necesario colocar fronteras a la materia objeto de comprobación de modo que resulte humanamente tolerable la labor de éstos. Para ello la doctrina acude a un grupo de planteamientos generales con los que pretende relevar de la necesidad de probar ciertos datos fácticos. Veamos los más significativos:

a) Las normas jurídicas: Existe consenso doctrinal en que éstas jamás pueden corporificar el objeto de pruebas, pues, su conocimiento es presupuesto ineludible de quienes deben controlar y aplicar la ley, de ahí que la exigencia de titulación en Derecho para el desempeño de éstas funciones sea uno de los requisitos fundamentales. De ello se colige que su conocimiento es – como bien indica Fenech⁹⁷ - una “*actividad extraprocesal*” (*da mihi factum, dado tibi jus*).

También se advierte al respecto que “*exención de prueba no es prohibición*”⁹⁸ y que la “*ley no es preciso probarla, pero sí el hecho de su existencia*”⁹⁹. Con ello se deja abierto un portillo para la demostración del derecho extranjero

⁹⁷ Ob. Cit., p.-590.

⁹⁸ MIXÁN MÁSS, ob.cit, p.

⁹⁹ VIADA, ob.cit, P.591.

conforme a las normas formales del Derecho Internacional Privado, cuando así resulte necesario, y para la ilustración sobre la vigencia tanto de convenios o textos jurídicos internacionales en general, aplicables al caso que se juzga, así como decretos, reglamentos, estatutos, ordenanzas u otros cuerpos legales, incluso internos. Esto último, puede parecer innecesario y hasta contradictorio con el postulado que comentamos, pero en realidad ha de resultar de utilidad para el mejor desempeño de la actuación jurisdiccional ante los nuevos paradigmas de la era post - moderna (entre otros: la creciente globalización y la complejidad y juridificación de las relaciones sociales e interestatales) muy especialmente en los países en vías de desarrollo por la escasez y limitación de recursos y la deficiente infraestructura en que tiene lugar aquélla, dada la pobre atención presupuestaria que les impone la descomunal deuda externa que éstos afrontan.

b) Leyes científicas: El juicio penal no es el foro adecuado ni legítimo para la comprobación y demostración de éstos, ni es la prueba penal el medio idóneo para ello. Ellas tienen validez por sí mismas y condicionan a aquellas cuando están probadas en la piedra de toque de la ciencia y la práctica social. Siendo así, tienen valor axiomático (se presentan como incontrovertiblemente ciertas) y los órganos jurisdiccionales tienen que aceptarlas sin poder cuestionarlas para poder cumplir su rol social (revelación y establecimiento de la verdad fáctica y consiguiente aplicación de la ley penal sustantiva). Aunque debe destacarse que estas afirmaciones requieren de ciertas precisiones cuando se trata de casos complejos, (basados en tesis, orientaciones o tendencia ideológicas, artísticas, sociológicas, etc.) y de la aplicación de las verdades científicas de las ciencias sociales. En éstos el juez debe seguir las

pautas de orientación que les ofrecen la constitución, los principios generales del Derecho y del Sistema Económico y Político de que se trate.¹⁰⁰

c) Los hechos comúnmente conocidos: La formulación de este planteamiento se basa en lo que constituye una premisa para el buen desenvolvimiento de la actividad judicial: la exigencia a quienes tienen una intervención protagónica en la actividad probatoria de una cultura superior a la media existente en la sociedad a la que prestan sus servicios. Visto desde esta perspectiva nos puede parecer un postulado libre o desprovisto de inconvenientes, sin embargo, aún desde el mismo plano técnico – general se advierten ciertos problemas derivados de las notas de variabilidad, fluctuación, relatividad y probabilidad que le caracterizan y que dificultan su conceptualización y delimitación. Esto, a nuestro modo de ver, no debe obstaculizar su establecimiento y positivización pero si demanda una actividad cautelosa de quienes dirigen la práctica de la prueba a la hora de determinar lo que es “*común y general conocido*” debiendo informar sobre esta particular a las partes para asegurarse de que no existen dudas acerca de su existencia y veracidad antes de decir “ *la no práctica de pruebas* ” para su demostración, pues resolver automáticamente esta cuestión a partir del presupuesto de su conocimiento puede en el supuesto de su ignorancia limitar el correcto desempeño y ejercicio de las funciones y de los derechos de aquéllos.¹⁰¹

Dentro de esta categoría se pueden citar los hechos en los que descansan las máximas de la experiencia y los hechos notorios.

¹⁰⁰ Véase KIRÁLY, ob.cit, PS.-90ª 94 y 179 a 190.

¹⁰¹ Para más información consúltese también a KIRÁLY, ob.cit, P-97

- Los hechos que sirven de base a las máximas de la experiencia (comúnmente conocidas como sentencias, proverbios, refranes y aforismos), son sucesos que, aunque aparecen incorporados a reglas cognitivas (orientan el conocimiento) de mayor o menor grado de abstracción, tienen su origen en la práctica y experiencia sociales y se transmiten de generación en generación. Por considerarse fruto de un conocimiento corroborado reiteradamente y presentar cierta estabilidad y permanencia se les reconoce capacidad para relevar la práctica de pruebas en el proceso penal.

- Los hechos notorios. La notoriedad es la cualidad que adquieren ciertos sucesos con posterioridad e independientemente de su acaecimiento pero que les hace conocidos segura y públicamente en el marco histórico concreto de determinada sociedad o círculo social. Mayoritariamente la doctrina¹⁰² admite el criterio de que *notaria non egent probatione* (lo notario no requiere prueba), es decir, no es un *thema de prueba*, por lo innecesario que resulta demostrar lo que es de dominio público general y accesible al ciudadano de cultura media u ordinaria. Muy ilustrativo de este planteamiento doctrinal es el caso expuesto por Fenech¹⁰³ en el que se imputa a un individuo el delito de asociación ilícita y siendo notoria para el juez la ilicitud de la organización terrorista se requiere solamente demostrar la afiliación de aquél a ésta sin que se deba comprobar la inscripción de la misma en el correspondiente registro ni sus actividades subversivas.

¹⁰² VIADA, ob.cit, FENECH, ob.cit, MIXÁN MÁSS, ob.cit, SENTIS MELENDO, ob.cit, CARNELLI, El hecho notorio, 1944, Ayarragay, con motivo de <el hecho notorio>, de Lorenzo Carnelli, RD, Pr. Arg, 1945, I, BRICHETTI, GIOVANNI, La Evidencia en el Proceso Penal, Trad. De Santiago Sentis Melendo, EJE, Bs.As, 1977, etc.

¹⁰³ FENECH, Ob.cit. P.-602.

D. Los hechos admitidos: Es un postulado que tiene su origen en la doctrina del proceso civil por la especial relevancia que en él cumple dada las amplias facultades que la institucionalización y positivización del principio de disponibilidad le concede a las partes con relación a la fijación del material facticio y la sujeción del órgano jurisdiccional al mismo sin que quepa posibilidad de prueba sobre él. Su vigencia en el proceso penal ha sido muy cuestionada, especialmente en aquellos modelos procedimentales que se basan en el sistema mixto clásico (surgido con el Código de Instrucción Criminal Francés o Napoleónico de 1808) cuya rotulación se inspira en los principios de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal (legalidad), de investigación oficial y de verdad material u objetiva. En la actualidad la discusión se ha revitalizado con nuevos contenidos y enfoques que tienen su centro de gravedad en las nuevas variantes que pretenden simplificar y agilizar el proceso a través de fórmulas de aceleración del procedimiento ordinario y de la introducción de procedimientos especiales de corte rápido o abreviados¹⁰⁴, lo que supone una flexibilización y relativización de aquellos principios que parece legitimar hoy día el empleo del término “*Sistema Mixto Modernizado*”. No obstante, por imperio y universalización de los “*Derechos Humanos*”, parece invariable sostener el derecho de libertad de declarar del inculpado con el consecuente establecimiento de reglas que respeten su espontaneidad, variación y discrepancia con la imputación aún en el supuesto de previa admisión de ésta con exoneración de “*práctica de pruebas*” siempre y cuando sea procesalmente procedente, es decir, durante su última toma de declaración

¹⁰⁴ Así, por sólo citar algunos ejemplos: el *giudizio immediato*, el procedimiento monitorio, el *giudizio abbreviato*, y el de la *applicazione della pena surrichiesta delleparti*.

en el juicio oral, en tanto sólo el resultado de la misma puede producir una consecuencia válida de la admisión de hechos con relevo de pruebas.

Dentro de los hechos que se consideran exentos de prueba cierto sector de la doctrina coloca a los que sirven de base a las presunciones legales¹⁰⁵, a los que son objeto de cosa juzgada¹⁰⁶, y a los evidentes¹⁰⁷. Los primeros¹⁰⁸ han sido estudiados en las prohibiciones legales de prueba, pues en el caso de las *juris et de jure* o irrefutables¹⁰⁹, que son las que resultan de interés, rige el criterio "*ipso jure vit et potestad legis*" (de pleno derecho, por fuerza y poder de ley), es decir, lo presumido tiene validez legal y absoluta y ni siquiera se puede

¹⁰⁵ Entre los citados: KIRÁLY Y MIXÁN MÁSS.

¹⁰⁶ También lo trata de forma independiente MIXÁN MÁSS.

¹⁰⁷ En este caso, KIRÁLY Y BRICHETTI.

¹⁰⁸ En lo que concierne a éstas en sentido general, MONTERO AROCA, en su obra *La Prueba en el Proceso Civil*, Segunda Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998, las define como el "*razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendido el nexo lógico existente entre los dos hechos*" (p.84). Más tarde, basándose en este concepto y partiendo de la estructura que del mismo dimana, expone que "*es evidente que las presunciones, sea cual fuere su clase, no son un medio de prueba, pues las mismas no consisten en una actividad que deba realizarse en el proceso para incorporar al mismo una fuente de prueba. Es obvio que las presunciones no pueden proponerse como medios de prueba, ni se practican, sino que se resuelven en un razonamiento que puede haber sido hecho en general por el legislador o que ha de ser hecho en particular por el juez. Pero también es evidente que las presunciones sí tienen efectos probatorios, y por ello las consideramos método para probar, en cuanto que sirven para dar por probado un hecho afirmado por las partes*" (págs. 84 y 85).

En lo que respecta a las presunciones legales, en la misma obra, después de definir las como *el nexo lógico entre el indicio y el hecho presumido (que) viene establecido por el propio legislador*" (p.85), siguiendo a SERRA DOMINGUEZ, indica que "*ante la confusión terminológica de las leyes es preciso advertir que para que se trate de una verdadera presunción legal es necesario, ..., la existencia de una norma procesal que la establezca, norma que ha referirse a un efecto probatorio y en la que han de preverse dos hechos*" (p.85). Esto le permite sostener que aunque en algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se emplee la palabra presunción, no siempre lo son, pues en no pocas ocasiones se trata de *reglas legales de interpretación y de normas que establecen verdades interinas*, aunque si determinen la carga de la prueba (p.85).

Haciendo esta misma precisión, CORTÉS DOMINGUEZ, VALENTIN, en *Derecho Procesal Civil*, 2ª. Edición, Editorial Colex, 1997, nos dice que: "*Distinto es el caso de algunas formulaciones que equivocadamente son tenidas por presunciones...; UNGER las llamaba verdades interinas; ni son presunciones, ni son inversiones de la carga de la prueba: sólo son exoneraciones ficticias de la carga de la prueba; son normas que distribuyen la carga de la prueba en razón de la justicia distributiva que impone la prueba de los hechos a la parte que más fácil y más cerca tiene el hacerlo...*" (p. 210).

¹⁰⁹ MONTERO AROCA, al abordar este tópico se pronuncia en el siguiente sentido: A pesar de la reiteración con que la doctrina se refiere a la distinción entre presunciones legales iuris et de iuris (o absolutas) y iuris tantum, las únicas que tienen realidad son las segundas, pues de las primeras no existe un solo caso. Las únicas presunciones legales posibles son aquellas que admiten prueba en contrario... (ob. cit. p.85).

intentar demostrar lo contrario. La cosa juzgada puede ser considerada como una presunción de certeza de una resolución dictada en un juicio válido, por cuanto la narración fáctica contenida en una resolución definitiva y firme, por vigencia del principio *non bis in idem*, no es susceptible de demostración en otro juicio, excepto cuando se promueve una acción impugnativa especial (Procedimiento de Revisión) que da lugar a un *Novum iudium*. Y, finalmente, el contenido correspondiente a la evidencia ha sido visto al tratarse las leyes científicas y las máximas de la experiencia, ya que verdaderamente, tal y como indica Király¹¹⁰, “no existe en el procedimiento criminal ninguna evidencia tomada en el sentido especial”, ya que lo que se considera como tal “es una proposición científica, o bien un hecho generalmente conocido, o una simple suposición”, y esta última – lógicamente – no presenta significación en el ámbito gnoseológico del proceso penal.

- **Los sujetos de la prueba en el proceso penal.**

Desde una perspectiva general, siguiendo a Carlos Viada¹¹¹, no a quienes como Miguel Fenech estudian los sujetos conforme a las distintas fases de la prueba¹¹², puede reconocerse una clasificación tripartita de éstos, así: sujeto activo, “*el causante jurídico de la actividad probatoria*” (la parte que presenta la prueba), sujeto pasivo “*la parte contraria a quien realiza la prueba*” y “*sujeto destinatario*” “*aquel a quien va dirigida la misma*” (el juez).

En torno a estos sujetos giran dos problemas medulares del sistema probatorio: la carga de la prueba y la valoración de ésta. La primera está relacionada con

¹¹⁰ Ob. cit., P.-99.

¹¹¹ Ob.cit, P.-265.

¹¹² Ob.cit, P.-585

la situación de las partes en proceso penal, es decir, con los sujetos activos y pasivos, mientras la segunda es un tema que compromete únicamente al órgano jurisdiccional (al sujeto destinatario). Aquí corresponde sólo el examen del primero de ellos, pues lo que concierne a la valoración de la prueba deberá ser objeto de análisis cuando se estudien los efectos de ésta.

- **La carga de la prueba en el procedimiento penal: planteamiento del problema.**

*“Se ha dicho acertadamente que la carga de la prueba constituye uno de los temas más trabajados por la ciencia procesal, más difíciles de exponer sucintamente y más lejanos todavía de hallar una solución unánime, o casi unánime, que resulte satisfactoria”*¹¹³. Sin embargo, en un intento de hallar un camino que metodológicamente nos permita exponerlo de modo resumido, podemos decir que el maremágnum controversial de la doctrina ha tenido lugar por dos razones:

A. Ante una noción de carga que a todas luces pone de manifiesto la pervivencia del Derecho romano: *“actore non probat reus absolvitur”*¹¹⁴, y el deseo o actitud doctrinaria de hallar un concepto de validez general para todo el proceso (civil y penal)¹¹⁵ la necesidad de aclarar, según oportuna y

¹¹³ Ob.cit., P.-585.

¹¹⁴ Del período post – clásico, que se rescata durante el medioevo, según dejan ver las Partidas (Ley 1era, Tit.-14 de la Partida 3era) y más tarde el conocido como *“Código civil Napoleónico”*, monumento jurídico del advenimiento de la burguesía al poder y objeto de inspiración de muchos otros cuerpos legales de este subsistema.

¹¹⁵ Así por ejemplo los ya citados autores JAIME GUASP, CARLOS VIADA Y MIGUEL FENECH.

atinadamente apuntó Carnelutti¹¹⁶, la confusión entre este concepto y el de obligación, proveniente de aquella fuente. Por consiguiente, los amplísimos debates acerca de si la carga constituye “una obligación”, “una facultad”, “un deber”, “una potestad”, “un deber libre”, “un poder-deber”, o “una función”, y también si debe entenderse ésta como un “acto necesario” o como “un acto debido”¹¹⁷.

B. Ante el deber ineludible del órgano jurisdiccional de dictar una resolución judicial definitiva y la posible existencia de dudas en la conciencia de aquél, conforme puso de relieve Julio Glaser en 1883 y más tarde abordó con mayor profundidad Rosemberg¹¹⁸, la necesidad de establecer pautas que permitan determinar cuál de los sujetos de la prueba (activo o pasivo) deberá atenerse a las consecuencias desventajosas derivadas de su insuficiente, errónea, inexperta u omisa actitud probatoria causante del hecho incierto (o de la duda). Sobre esta base, un intenso debate en torno a la posibilidad de una conceptualización de alcance general (tanto para el proceso civil como para el penal) y si procede o no la distribución de la carga de la prueba entre ambas partes (por la existencia de hechos constitutivos, impeditivos o extintivos, por la mayor o menor complejidad de probar el supuesto fáctico - se hace recaer

¹¹⁶ En *Sistema de Derecho procesal civil*, I. Introducción y función del proceso civil, trad. De Alcalá Zamora y Castillo y Sentis Melendo, UTEHA, Argentina, 1944, P.-65.

¹¹⁷ LESSONA, *Teoría General de la Prueba en el Derecho*, Edit. Reus, 1928, CHIOVENDA, *Principios de Derechos Procesal Civil*, Madrid, Edit. Reus, 1941, T11, ROSEMBERG, *La carga de la prueba*, Ediciones Jurídicas Europa-America, Bs.As, 1956, JEREMIAS BENTHAM, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, T-1, Edit-EJEA, Bs.As, 1959, MICHELI, *La carga de la prueba*, Trad.de Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas, Europa, América, 1961, GUASP, Jaime, *Derecho procesal Civil*, T-1, Madrid, 1968, DEVIS ECHENDÍA, *Teoría General de la Prueba Judicial*, T-1, 2da ed, La Ley, Bs.As,1972, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1976, SILVA MELERO, “La prueba procesal”, I, ed. Revista de Derecho Privado, 1983, PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal civil*, I, Ed. Aranzadi, 1985.

¹¹⁸ Ob.cit.

sobre quien alega el hecho más improbable-, o simplemente para estimular la actividad probatoria).

- **Validez de la acepción formal de la carga de la prueba en el proceso penal.**

Aún expuesto sucintamente, podemos afirmar que la controversia en torno a las cuestiones antes apuntadas condujo a los siguientes planteamientos mayoritariamente aceptados en la doctrina:

A. La diferencia esencial entre los conceptos de carga y obligación radica en que mientras aquél está constituido por un vínculo de la voluntad para la tutela y satisfacción de un interés propio y su incumplimiento acarrea la necesidad de estar a las consecuencias desfavorables o de asumir la pérdida de una ventaja por su inactividad, éste consiste en un vínculo impuesto para la tutela o satisfacción de un interés ajeno en el que el incumplimiento lleva aparejada una sanción¹¹⁹. Por eso, como señala Mixán Más¹²⁰, la inactividad en aquél constituye una abstención (licitud de la conducta), mientras en esta corporifica una omisión (ilicitud de la conducta).

B. La carga de la prueba pertenece a la categoría general de las cargas jurídicas y dentro de ésta a las cargas jurídicas procesales, y se define “*como*

¹¹⁹ Véase entre los autores citados a CARNELUTTI, GUASP, VIADA, MICHELI, FENECH, SENTIS MELENDO y también entre otros a GOLDSCHMIT, *Principios generales del proceso*, I, Ediciones Jurídicas Europa, América, 1961.

¹²⁰ Ob.cit, P.-126.

*el ejercicio de una facultad para la obtención de una ventaja o interés propio*¹²¹.

C. La factibilidad de clasificar este concepto en carga subjetiva (formal) y objetiva (material) de la prueba. El primero se corresponde con la acepción tradicional y civilista proveniente del Derecho romano y designa el “*poder de probar atribuido a las partes*”, mientras el segundo fue definido por Rosemberg¹²² como el que “*determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el tribunal, se hayan preocupado en el sentido de hacerlo constar.*”

D. La indiscutible aplicación de la carga de la prueba tanto en su noción subjetiva o tradicional como en su acepción objetiva en el proceso civil dispositivo por la naturaleza privada de los intereses en discusión.

E. La inadmisibles validez de la concepción formal en el proceso penal por la finalidad que éste persigue y la vigencia en él de los principios de investigación oficial (inquisitivo) y de verdad material, así como la inaplicable o por lo menos cuestionable o discutible aplicación de las reglas de la carga de la prueba material (u objetiva) del proceso civil.

Este último planteamiento - objeto ahora de nuestra atención – exige de un análisis más detenido en el que debe atenderse tanto a los principios

¹²¹ MASCARELL NAVARRO, MARÍA JOSÉ, “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, en *Revista Justicia*, 1987-111, P-604, siguiendo a Carnelutti.

¹²² *Ob.cit*, P.-21.

característicos del proceso penal como a los que determinan la participación de los distintos sujetos en la actividad probatoria. No obstante, *prima facie*, podemos suscribir el criterio de Mixán Más¹²³, quién, luego de señalar, la “*incompatibilidad*” de la noción formal o tradicional de la carga de la prueba con el rito penal, aboga por su “*necesaria mutación*” sólo que nosotros, sobre la base de los planteamientos doctrinales expuestos, ampliamos el alcance de su señalamiento y defendemos - como se verá en el próximo epígrafe - la inaplicabilidad en este subsistema de las pautas que rigen la acepción material de este concepto en el proceso civil así como su necesaria transformación.

En cuanto a la carga de la prueba como “*facultad o poder de probar atribuido a las partes*”, según la acepción formal o civilista, la base de su inadmisión en el proceso penal, parece estar, como atinadamente explica Carlos Viada¹²⁴, en la distinta naturaleza del conflicto de intereses que tiene lugar en uno y otro proceso. Pues, mientras en el civil éste presenta un carácter esencialmente privado y disponible, en el penal es eminentemente social e irrenunciable, en tanto se trata, por una parte, del interés por condenar a quienes resulten culpables de la comisión de hechos delictivos, y, por la otra, del establecimiento y cumplimiento de las garantías procesales en aras a evitar el castigo de inocentes (o de quienes se hallen beneficiados por la duda), siendo este último el predominante¹²⁵. Esta distinción, entre otras muchas cosas, determina la

¹²³ Ob.cit, P.-127.

¹²⁴ Ob.cit, P.-268

¹²⁵ En este tenor MONTERO AROCA también se pronuncia, él nos dice que... “*en el proceso penal no es defendible el criterio de justicia que está detrás de la norma de distribución de la carga de la prueba. Este criterio consiste en repartir entre las partes el riesgo de la duda sobre los hechos, atendiendo al principio de igualdad y a la facilidad de la actividad probatoria, evitando que aquel riesgo recaiga sobre una sola de las partes y, con esto, la ineficacia del sistema de tutela judicial. Si en un proceso penal se razonara del mismo modo, debería considerarse justa la condena de un inocente por la falta de prueba de los hechos impeditivos y extintivos. Pero tal condena no daría satisfacción al interés legítimo de la*

vigencia en este subsistema jurídico procesal de un conjunto de reglas procedimentales que además de establecer su rotulación son explicativas de la inaplicabilidad que se examina. Ellas son, fundamentalmente, las siguientes:

A. Los principios de necesidad (conforme a la tríada conceptual de Carnelutti: delito –proceso - pena), de investigación oficial (como derivación ineludible del ejercicio del “*ius puniendi* ”y del interés del Estado en la persecución de los hechos delictivos), de legalidad (como obligatoriedad del ejercicio de la acción penal para garantizar la persecución de los delitos y como salvaguarda de la igualdad de todos ante la ley), y el de verdad material (con sus consecuentes pautas de contradicción, inmediatez de la práctica de la prueba, su inmutabilidad, indivisibilidad y comunidad, así como su libre apreciación).

B. El Monopolio en el ejercicio de la acción penal pública en interés y representación de la sociedad (sólo el ejercicio de la acción civil resarcitoria y accesoria de la penal es de índole privada) por el Ministerio Público y su consecuente condición procesal de parcialidad instrumental e imparcialidad sustancial (es parte en tanto y en cuanto existan indicios probabilísticos de culpabilidad contra determinada persona, debiendo probar los hechos favorables como los perjudiciales al inculpado), así como su investidura de potestad pública y su actuación según sea el sistema que se adopte (acusatorio puro, mixto clásico, o mixto modernizado) - como director de la investigación durante la primera etapa del proceso o como colaborador activo del órgano jurisdiccional (juez de instrucción).

acusación, pues ese interés no consiste en la condena del acusado, sino en la condena del culpable y en la absolución del inocente...” (en *Derecho Jurisdiccional, III, Proceso Penal*, 6ta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p.283).

C. El Tribunal, por lógica derivación de los principios de investigación oficial y verdad material, como director de la actividad probatoria, con su consecuente actuación arbitral, correctora y de impulso procesal.

D. La presunción de inocencia o “*verdad interina o provisional de inculpabilidad*”¹²⁶ en su faceta intraprocesal ¹²⁷ constituye una “*regla de tratamiento del imputado y una regla de juicio*” que despliega su virtualidad a lo largo de todo el proceso hasta el momento en que se dicta la sentencia con la exigencia de una “*mínima actividad de carga*” y su consecuente desplazamiento a la parte acusadora.

E. La autorización al órgano jurisdiccional de una resolución NON LIQUET que beneficia al acusado por la vigencia del “*principio in dubio pro reo*”¹²⁸.

Consiguientemente, habría que convenir con Mixán Máss¹²⁹ en que la transpolación mecánica de la noción formal o civilista al proceso penal “traería

¹²⁶ Según suele llamarle actualmente la doctrina por no poseer “*auténtica naturaleza de presunción*” ya que carece de los elementos estructurales que caracterizan a ésta (el hecho o la afirmación base, la afirmación presumida y el enlace entre estos dos) y no corporifica la narración fáctica de la sentencia. Véase, para más información: SERRA, *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de arrendamientos urbanos*, Ed. Nauta, Barcelona, 1963, GHIARA, “*Presunzione d’innocenza, presunzione di < non colpevolezza > e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale*”, Riv.IT. Dir e Proc.pen, 1974, VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, ILLUMINATE, GIULIO, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bolonia, 1984, LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, “La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)”, *Revista de Derecho Procesal*, núm.2, 1995.

¹²⁷ Ya que presenta una vocación generalizadora en tanto se le reconoce en la doctrina científica y jurisprudencial moderna una faceta extraprocesal conforme a la cual resulta aplicable en otros ámbitos jurisdiccionales en que se impute una conducta ilícita -no penal- que implique imposición de sanciones o limitación de derechos. Véase bibliografía citada en la nota precedente y además MASCARELL NAVARRO, MARÍA JOSÉ, “La carga de la Prueba, y la Presunción de inocencia”, *Revista Justicia*, 1987-111.

¹²⁸ *Se debe entender, pues, que no se trata de ningún beneficio a favor del reo, o de una prebenda legislada para “favorecer” sino, muy por el contrario, una limitación muy precisa a la actividad sancionadora del Estado.* (BINDER; Introducción..., p.123).

un contrasentido lógico – jurídico”, pues éste “predica *el impulso de oficio del procedimiento y la búsqueda de la verdad material*” mientras aquella deja “librada a la decisión de la parte de aportar o no los medios de prueba”¹³⁰. También procede suscribir con él que la carga de la prueba en este subsistema constituye un “*DEBER JURIDICO PROCESAL*” del Fiscal ¹³¹ y que su “*inactividad probatoria*” corporifica una “*omisión*”, es decir una “*ilicitud*”¹³².

- **Validez de la acepción material de la carga de la prueba en el proceso penal.**

La compatibilidad de la acepción material u objetiva de la carga de la prueba con el proceso penal, es decir, la determinación de sobre cuál sujeto pesa la existencia del hecho incierto (la duda) por inactividad probatoria, puede parecer resuelta con los argumentos precedentemente expuestos. Sin embargo, no es así, especialmente en lo que concierne al alcance del principio “*in dubio pro reo*” cuestión muy polemizada en la doctrina y que parece constituir el centro de gravedad de este punto.

En efecto, el abanico de opiniones doctrinales sobre este tópico va desde los criterios más restringidos hasta los más amplios. Así, en la literatura más difundida de nuestro entorno cultural en el país, se observa una máxima reducción del alcance de dicho principio en Fenech¹³³ quien limita su radio de

¹²⁹ Ob. Cit, P.-127

¹³⁰ Aunque realmente Mixán Máss no distingue entre una y otra acepción.

¹³¹ Ob. Cit, P.-127

¹³² Ob.cit., P.-131

¹³³ *Derecho Procesal Penal*, Ed. Labor, S.A, Barcelona-Madrid, Volumen primero, tercera edición, 1960, P.-589.

acción a los supuestos de incertidumbre en cuanto al fundamento fáctico exclusivamente referido al hecho objeto de la acusación y a las circunstancias agravantes. Una postura intermedia es defendida por Prieto Castro, Gutiérrez de Cabiades¹³⁴ Gómez Orbaneja y Herce Quemada¹³⁵. Los dos primeros autores extienden su ámbito de aplicación a los casos de incerteza en torno a los hechos constitutivos, impositivos y extensivos, mientras los otros dos incluyen a los elementos fácticos exigidos en el tipo penal - comprendiendo la acción, el resultado y la causalidad -, los relativos a la imputabilidad, a la culpabilidad y a las causas obstativas excluyentes de la responsabilidad y la punibilidad. Finalmente, existen quienes abogan por una mayor amplitud de sus efectos, entre ellos figura Martínez Val¹³⁶ que se atiene a los puntos o cuestiones que conforman el acta acusatoria (los hechos, la calificación jurídica de éstos, la participación, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y la pena) y Silva Melero¹³⁷ quién añade además las causas eximentes o atenuantes y la modificación de la calificación jurídica del delito.

Nosotros somos partidarios del criterio que defiende la mayor amplitud, conscientes de que ello supone el desplazamiento de la prueba de los hechos impositivos o extintivos a la parte acusadora. Nuestra opción descansa en las siguientes razones:

Desde el punto de vista gnoseológico la certidumbre conclusiva de los jueces sólo tendrá tal naturaleza si es capaz de destacar las versiones probabilísticas

¹³⁴ Ambos autores en *Derecho Procesal Penal*, Ed Tecnos, Madrid, 1976, P.-219.

¹³⁵ Los dos autores en *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1986, P.-281.

¹³⁶ “El principio in dubio pro reo”, en R.G.L.J, 1956, P.-330 y S.S.

¹³⁷ “El régimen de la Prueba Penal”, en R.D.Proc, 1950, P.-401.

contrarias, pues como se ha dicho, deberá ser plena (libre de toda duda) y fundamentada¹³⁸. Por tal motivo la tesis acusatoria sólo será exitosa cuando haya alcanzado la calidad de la certeza, es decir cuando demuestre plenamente que la única opción fáctica existente es la suya y esto tendrá que ser así no sólo en cuanto a la hipótesis de hecho general sino también conforme a cada uno de los episodios fácticos que sustentan los razonamientos jurídicos que somete a debate a través de la imputación que pretende desmoronar la presunción de inocencia o “ *verdad interina de inculpabilidad* ”.

Jurídicamente, al menos en el sistema mixto de enjuiciamiento, tanto en su versión clásica como en la modernizada¹³⁹, el ejercicio de la acción supone para su titular velar porque no existan supuestos o causas que impidan o exceptúen la misma¹⁴⁰. Por eso, no nos parece injusto que éste deba

¹³⁸ En cuanto a esto BINDER nos dice que: Construir con certeza la culpabilidad significa destruir sin lugar a dudas la situación básica de la libertad de la persona imputada. Si no existe ese grado de certeza, no se puede arribar a la decisión de culpabilidad. Ese es el principio de favor rei, comúnmente mencionado como in dubio pro reo. Según él, la situación básica de libertad debe ser destruida mediante una certeza; caso contrario, permanece el status básico de libertad (ob. cit., p.123).

¹³⁹ Descartamos la mención del sistema inquisitivo, pues según quedó establecido en el primer capítulo, cuando efectuamos la síntesis histórica, en él no existía ni podía existir la distribución de la carga de la prueba, en tanto las funciones de investigación y acusación recaían en el juez inquisidor. Véase al respecto: de BINDER M., ALBERTO: Introducción al derecho penal, AD- HOC, 1ra. Edición, Buenos Aires, 1993; “Funciones Y Disfunciones Del Ministerio Público Penal”, en Revista Ciencias Penales; Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre 1994 Año 6, N°9, <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2009/binder09.htm>, consultado el 3-9-03; y “La justicia penal en la transición a la democracia en América Latina”, en Revista Anuario Derecho Penal, Universidad de Friburgo, Suiza, 1994, <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/94/bi94.html>, consultado: 7-10-03. De MAIER, JULIO B.J.: “Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas penales escritos”, en Revista Ciencias Penales, de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, junio 1991 año 3, N° 4, San José, Costa Rica, <http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2004/maier04.htm>. “El Ministerio Público: ¿Un Adolescente Indefinido?”, en Revista del Instituto de Criminología y Ciencias Penales “Dr. Jorge Zabala Baquerizo”, Guayaquil, 1998. También a HOUED VEGA, MARIO A; “LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL”, en Revista Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre 1990, Año 2, N° 3, <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2003/houed03.htm>.

¹⁴⁰ Según MONTERO AROCA “es posible respecto al objeto del proceso penal distinguir entre hechos constitutivos (acción u omisión típicas, culpabilidad) impeditivos (causas de exclusión de antijuricidad, de la culpabilidad, de punibilidad) y extintivos (cumplimiento de la condena, amnistía, indulto,

demostrar además de la relación fáctica objeto de la acusación, aquellas posibles alegaciones que formule el acusado en su defensa. En torno a esto último se debe recordar que el principio de defensa tiene un doble significado o una doble acepción, una formal y otra material, la primera se refiere al derecho que le asiste al inculpado de nombrar abogado defensor de su elección y la segunda comprende tanto la postura que adopte aquél desde que se le formule la incriminación de cargos (instructiva de cargos) como el deber de los Poderes Públicos de probar tanto los hechos favorables como los adversos al imputado^{141/142}.

prescripción, etc.) Queda, de este modo, puesta la base para una distribución entre las partes de la carga de la prueba.

No existe, en cambio, la categoría de los hechos excluyentes: todo hecho puede ser tomado en consideración por el juzgador si ha sido válidamente introducido en el proceso y probado en él, aunque no haya sido específicamente por la actividad de la parte acusada” (en Derecho Jurisdiccional, III...P.282).

¹⁴¹ Refiriéndose a los problemas que se confrontan con esta manifestación del principio de defensa, BINDER atinadamente precisa que. *En los procedimientos de tipo inquisitivo – aun en aquellos más modernos que, sin embargo, conservan etapas fundamentalmente inquisitivas – la declaración del imputado no es un acto en el cual se ejerce el derecho de defensa material, sino el momento en el cual se trata de provocar la confesión del imputado. Este fenómeno muy arraigado todavía en la práctica cotidiana de nuestro proceso penal – en correspondencia con la cultura inquisitiva, que es la que predomina en nuestro sistema judicial -, no coincide con el diseño constitucional del derecho de defensa (ob. cit., p. 153).*

¹⁴² En este punto existen diversas posturas, así por ejemplo MONTERO AROCA suscribe una postura similar a la nuestra en lo que concierne al sistema mixto clásico. Él, luego de expresar sus consideraciones sobre la inaplicabilidad de este concepto tanto en su acepción subjetiva como en su acepción objetiva, señala que: *“sólo resta en el proceso penal lo siguiente: la necesidad de una regla para resolver la duda sobre la cuestión de hecho. Pero esa regla no tiene un carácter subjetivo, en el sentido de distribución entre las partes de consecuencias desfavorables por una actividad probatoria infructífera. Tiene un sentido simplemente objetivo: dispone cómo debe decidirse si la prueba, en el momento de sentenciar, es insuficiente. Esto es tanto como decir que en el proceso penal no cabe hablar de carga de la prueba ni siquiera en su segunda acepción, porque la carga es en todo caso una situación jurídica subjetiva, el equivalente procesal de la obligación...Y ello no sólo si la duda versa sobre hechos constitutivos, sino también si recae sobre impeditivos y extintivos. No puede condenarse a una persona probablemente inimputable o por un delito probablemente prescrito. No será necesario probar específicamente que no concurren hechos de las dos últimas clases. Esa prueba se deducirá normalmente de la practicada para demostrar los hechos constitutivos. Pero si no se deduce y al final queda la duda, condenar significaría imponer pena a quien tal vez no ha incurrido en responsabilidad penal” (en Derecho Jurisdiccional, III, Proceso Penal, 6ta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p.283).*

HOUED VEGA, magistrado de Casación Penal y Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica, sostiene un punto de vista similar al nuestro en lo que corresponde a la no necesidad de probar por parte del acusado. Sin embargo sobre la base de argumentos similares, pero haciendo valer preponderantemente las extraordinarias atribuciones que se conceden al tribunal en la fase de debate respecto a la posibilidad de producir prueba de oficio (no propuestas por las partes), en el sistema mixto clásico, llega a plantear que la carga de la prueba corresponde al tribunal. En este particular es diáfano al exponer sus conclusiones en los siguientes términos: *“De acuerdo con lo analizado, debemos puntualizar que en el proceso penal el principio de la carga de la prueba no tiene mayor aplicación porque el*

De lo anterior se desprenden dos conclusiones con relación a la postura y actuación del acusado. Primero, que su actuación no consiste en demostrar la presunción de inocencia, pues esta es una regla legalmente preestablecida, su

imputado goza de un estado jurídico de inocencia que la propia Constitución Política le reconoce, del que se deriva la no exigencia u obligación de probar su inculpabilidad. Es entonces el Estado (por medio de sus órganos autorizados) quien debe acreditar la responsabilidad penal, con el deber de indagar las circunstancias eximentes o atenuantes invocadas por el imputado en su favor. Igualmente debe negarse que al Ministerio Público le corresponda la carga de la prueba de la acusación, pues su interés no es de condena sino de justicia, inclusive otorgándole La ley la posibilidad de recurrir en favor del imputado, aportar pruebas en su beneficio y solicitar su absolutoria. Por otra parte no debe olvidarse que cualquier inactividad de la defensa o del Ministerio Público debe ser suplida por el tribunal...Por todo lo expuesto cabe advertir que quien tiene el deber de investigar la verdad y hacer lo que esté a su alcance por conseguirla, en última instancia es el tribunal, realizando la actividad probatoria que le permite la ley, con atribuciones tanto en la instrucción (donde evidentemente son más amplias) como durante el juicio. Cualquier interpretación contraria a la anterior, puede conducir a la violación de garantías constitucionales que tergiversa los fines del proceso penal” (ob. cit. p.4).

CRUZ CASTRO, Presidente del Tribunal Superior de Casación Penal y Profesor del Postgrado en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, sobre la base de conferir al sistema mixto clásico un sentido más acusatorio y de corregir sus inconvenientes en cuanto a las facultades que se conceden al juzgador por imperio del principio de investigación oficial, hace un conjunto de proposiciones que se inscriben en una verdadera distribución de la prueba en su noción civilista o formal. Sus sugerencias en relación con este tópico son: “... En caso de que el representante del Ministerio Público o el defensor no propongan ninguna prueba para el DEBATE, la autoridad judicial concederá una audiencia de tres días al superior jerárquico del Fiscal que omitió el ofrecimiento de las pruebas, a fin de que proponga lo que estime pertinente y en caso de que no la proponga, se dictará una sentencia absolutoria en favor del acusado. Esta solución no es más que una consecuencia de las atribuciones exclusivas que corresponden al Ministerio Público respecto a la investigación del delito y al ejercicio de la acción penal...Si la omisión proviene de la defensa, se le citará nuevamente al defensor, para que proponga la prueba y en caso de que persista su silencio injustificado, la autoridad judicial podría decretar la separación del defensor, salvo que el imputado se oponga a tal separación. En los dos casos mencionados, se deberá abrir una causa disciplinaria contra el funcionario o profesional que incumplió sus deberes profesionales. Finalmente, concluye estableciendo que: Con todas estas modificaciones, se restringe significativamente el principio de investigación oficial de la verdad, pero se fortalece la imparcialidad de la autoridad que juzga el hecho, atribuyéndole al Ministerio Público y a la defensa, las funciones y responsabilidades que deben asumir en el proceso penal. La redefinición de las atribuciones del juez y de las partes permiten desterrar la práctica viciada de los sistemas inquisitivos o mixtos, en los que la autoridad judicial enmienda las deficiencias del defensor o del Fiscal (en “Principios Fundamentales para la Reforma de un Sistema Procesal Mixto”... págs. 7y 8).

Este postulado puede en principio parecer una consecuencia lógica de las propuestas formuladas por MAIER Y BINDER en torno a conferir un carácter más acusatorio al sistema mixto clásico (acusatorio formal, inquisitivo suavizado o reformado, como ellos también le denominan). Sin embargo, no es así. Sus sugerencias no llegan a significar una distribución de la carga de la prueba en la que queda comprometida la actuación del acusado. Dos ideas expuestas por BINDER permiten sostener esta afirmación, dice así el profesor argentino:

“De lo que hemos dicho hasta ahora también se puede extraer otra consecuencia: el imputado no tiene que probar su inocencia. Muchas veces se ha pretendido hacer jugar en el proceso penal la idea de “carga de la prueba”, mucho más propia del proceso civil. Según ella, cada una de las partes asume una “carga” – una determinada posición jurídica – respecto a sus afirmaciones, de modo que si no logra probar aquello que funda su pretensión o defensa, el juez no acepta sus afirmaciones. Si bien aún en el propio proceso civil este principio se halla limitado, lo cierto es que no es aplicable al proceso penal.

Lo cierto e importante es que el imputado no tiene que probar su inocencia, tarea que en todo momento les corresponde a los órganos de persecución penal. Se debe insistir en esta idea, aunque parezca obvia, porque es una garantía de trascendental importancia política: ella marca, muchas veces, el límite tras el cual comienza a gestarse una sociedad represiva, en la que cada ciudadano es sospechoso de algo” (ob. cit., p. 124).

papel se reduce a refutar la acusación poniendo de relieve que otra versión que le es favorable se “*desprende de la prueba de valor probabilística*”¹⁴³. Por eso, y esta es la segunda conclusión, su activa participación en la actividad probatoria está avalada por la potestad que le asiste de proponer medios de prueba en ejercicio del derecho de defensa pero no porque pese sobre él la carga de la prueba.

- **La actividad probatoria en el proceso penal y los actos procesales.**
Sus fundamentos.

El haber suscrito precedentemente la tesis doctrinal sobre la naturaleza jurídico procesal de la prueba, nos lleva ineludiblemente a afirmar que la actividad probatoria es ante todo actividad procesal, o lo que es lo mismo que está conformada por actos procesales (actos de acopio de las fuentes de prueba, actos de proposición o postulación, de admisión, de conformación y de práctica de medios de prueba, así como de valoración del material probatorio). Aunque es preciso aclarar que no se trata de cualquier actividad procesal sino de la más trascendental y dinámica por cuanto debe significarse que la actividad probatoria es el único modo de concretar la demostración del hecho objeto del proceso (realización del principio de “ineludibilidad o necesidad de prueba), primero con la búsqueda y recopilación de las fuentes de prueba y su formalización a través de los medios de prueba (conformación e integración del objeto del proceso), y luego con la práctica de éstas para su asunción y formación de la certidumbre (comprobación del objeto de proceso), todo lo que

¹⁴³ KIRÁLY, ob.cit, P.- 278.

permite el cumplimiento del objetivo primordial del proceso penal (determinación de la inocencia o culpabilidad del procesado) y de otros fines trascendentes a éste tales como: la salvaguarda de los bienes jurídicos, la protección de la víctima y la ejecución de las metas preventivas del Derecho penal.

Como todos los actos procesales, los que conforman la actividad probatoria deben también poseer los elementos para que puedan ser considerados como tales: el interno y el externo. El primero de ellos está conformado por lo intelectual – volitivo (convergencia del conocimiento y la voluntad en la realización del acto), por la libertad (de acción, en compatibilidad con la coacción lícita requerida para su dirección y disciplina), y por la finalidad (propósito pertinente, idóneo y útil). El elemento externo se refiere a la formalidad (juricidad de la disciplina requerida para que surta validez y eficacia) y se expresa fundamentalmente a través de los requisitos de lugar, tiempo y forma (principios y procedimientos). Estos últimos son los que suelen aparecer positivizados o normados en las leyes de trámites penales con la consecuente distinción entre actos de investigación (diligencias de la fase preparatoria) y actos de prueba (prueba, propiamente dicha), por lo que permite su conocimiento previo a los sujetos que intervienen en esta actividad (activo, pasivo y destinatario) haciendo posible – como bien indica Mixán Más¹⁴⁴ - el establecimiento de un “*quantum indispensable de orden, objetividad y garantía*”.

¹⁴⁴ Ob. Cit.-P.-149.

- **Las formalidades procesales de la prueba en el proceso penal.**

El rubro “formalidades procesales de prueba” es sumamente amplio, con él se designa no sólo las particularidades procedimentales relativas a la introducción en el proceso de determinadas fuentes de prueba o a la práctica de cada medio de prueba, como por ejemplo , la comunicación a los inculcados del derecho de libre declaración y la advertencia a los testigos de su obligación de informar sobre lo que conocen del hecho y de las circunstancias del suceso que se juzga, sino también todos aquellos requerimientos que emanan de principios básicos del proceso penal, hoy mayoritariamente constitucionalizados como derechos fundamentales autónomos (inmediatez, publicidad, igualdad de las partes, contradicción, etc.), y que determinan la configuración de lo que se ha dado en llamar por la doctrina y la práctica jurídica (internacionales) como “juicio o proceso debido”.

No obstante, con el propósito de ganar en precisión, debe recordarse que las formalidades procesales – y dentro de éstas las relativas a la prueba – de cara a las consecuencias que acarrea su inobservancia suelen distinguirse en:¹⁴⁵

a) Formalidades vinculantes no subsanables (las de cumplimiento inexcusable e imperativo cuyo quebrantamiento conlleva la inexistencia, la inadmisibilidad o la invalidación del acto).

¹⁴⁵ Para más detalle sobre este tópico véase cualquier obra que aborde lo concerniente a la estructura de los actos procesales y sus vicios. Así por ejemplo MANZINI: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. T.III, EJE, Bs.As., 1952 y CLARIA OLMEDO: *Tratado de Derecho Procesal*, T.IV, Edit. Bs. As, 1964. También, las obras citadas de VIADA y FENECH.

b) Formalidades vinculantes subsanables (de observancia debida y necesaria, pero su infracción admite perfeccionamiento, corrección o repetición).

c) Formalidades no vinculadas o de libre elección (se deja a los sujetos procesales la libertad de optar por la forma que estimen más apropiada al caso o situación procesal en particular).

De lo antes dicho se colige que la producción, utilizabilidad y eficacia del material probatorio en la cognición del proceso penal debe cumplir un grupo de exigencias, presupuestos y limitaciones de “*fuera vinculante*” y “*función protectora y garantista*” cuyo eje central lo constituyen los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos. Esto, que algunos autores – en gráfica terminología – designan con los términos “*ritualización*” o “*formalización*” en la búsqueda y obtención de la verdad¹⁴⁶ pone de manifiesto la “*encrucijada*” y “*ambivalencia*” en que se desarrolla la actividad probatoria del rito penal ¹⁴⁷ (averiguamiento de las verdad y respeto y observancia de los derechos del individuo).

- **Prohibiciones o limitaciones de prueba.**

El acotamiento y delimitación de la actividad probatoria sobre las bases antes expuestas es un tópico al que se le presta especial atención desde la segunda

¹⁴⁶ Véase en tal sentido HASSEMER, W, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984, P.-77, TIEDEMANN en Roxin, Arzt, G., Tiedemann, K., “Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal”, Ariel, Barcelona, 1989, PS.-137,138 y 145.

¹⁴⁷ VESCOVI, E: “Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita (Una contribución comparatista a la aproximación entre el “*Civil law* y el “*Common law*””, en Revista del Derecho Procesal Iberoamericana”, 1970, 2, PS.-350 y 351 y FERNÁNDEZ ENTRALGO, JESÚS: “Las Reglas del Juego. prohibido hacer Trampas: La Prueba ilegítimamente obtenida”, en Cuadernos de Derecho Judicial, La Prueba en el Proceso Penal II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, PS.- 40 a 94.

mitad de la pasada centuria ¹⁴⁸ bajo la denominación de “*prohibiciones o limitaciones de prueba*” por pervivencia de la terminología empleada en la obra que se reconoce como su precursora: “*Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el Derecho Penal*” (1903), de Ernest BELING.

El mismo es de naturaleza pluridimensional y abarcadora, ¹⁴⁹ por eso su examen exige develar en primera instancia la distinta cualidad de los problemas que en él subyacen, ¹⁵⁰ ellos son:

- La admisibilidad de la investigación y comprobación de determinadas relaciones fácticas y cualidades personales (en cuanto al tema u objeto de prueba).
- La regulación y formalización de la adquisición de las fuentes de prueba.
- La introducción en el proceso del material probatorio a través de los medios de prueba legalmente autorizados.
- La trascendencia de las exigencias formales en la producción y valoración de la prueba (momento, oportunidad, condiciones, etc.).

¹⁴⁸ Por la misma repercusión de la Internacionalización y constitucionalización de los derechos humanos (Carta de Naciones Unidas de 1948, Pactos de Derecho Civiles y Políticos de 1966 y sucesivas convenciones regionales).

¹⁴⁹ Puesto que afecta a los distintos subconceptos que conforman la institución de la prueba (los sujetos, el objeto, las fuentes de prueba, los medios de prueba, y su efecto).

¹⁵⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Ob.cit, Ps.-135 y Ss. Y FERNÁNDEZ ENTRALGO, Ob.cit, PS.- PS.-99 y SS.

- La controlabilidad y la utilizabilidad del material probatorio (sobre los sujetos y efectos de la prueba).

La identificación de estos problemas - posibles a partir de la distinción de Carnelutti sobre los tres elementos que conforman la estructura del proceso probatorio (objeto de prueba, fuente de prueba y medio de prueba) – ha permitido a la doctrina procesal la elaboración de una variedad de clasificaciones de las prohibiciones probatorias ¹⁵¹ con el afán de ganar en profundidad en su estudio y de precisar los efectos que produce el quebrantamiento o inobservancia de las formalidades en la búsqueda de la verdad en el proceso penal. De todas ellas, por su gran valor metodológico y proximidad a las cuestiones antes enumeradas, conviene reproducir la sistemática de ROXIN,¹⁵² divulgada en el mundo hispanohablante por GÓMEZ COLOMER,¹⁵³ él hace la siguiente distinción:

A. Prohibiciones o limitaciones relativas a la producción o la práctica de prueba, este primer grupo se subclasifica a su vez del siguiente modo:

a) *Limitaciones que prohíben un determinado tema como objeto de prueba*: se derivan de la protección de los secretos particulares u oficiales, por lo que las materias comprendidas en estas categorías quedan excluidas de cualquier declaración sobre las mismas.

¹⁵¹ Véase para más información a HASSEMER, Ob.cit, P.-189, y ASENCIO MELLADO, J.M, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, PS.-84 y 85.

¹⁵² ROXIN, C, ARZT y TIEDEMANN, K, Ob. Cit, Ps.- 140 y SS.

¹⁵³ GÓMEZ COLOMER, J.L., *El Proceso Penal Alemán”. Introducción y Normas Básicas*, Barcelona, Bosch, 1985, P.-133-138.

b) *Limitaciones relativas a la práctica de ciertos medios de prueba:* Sobre la base de reconocer la prevalescencia y superioridad de determinados intereses en situaciones específicas se prohíben algunos medios de prueba para la demostración del supuesto fáctico concreto. Dentro de este subgrupo pueden citarse la prohibición de interrogar al acusado, pues el principio de voluntariedad así lo impide, los careos entre acusados o entre éstos y testigos contrarios al consentimiento de aquéllos, los testimonios de personas que hacen valer su privilegio de no declarar, así como la negación de someterse a investigaciones corporales cuando quepa esta negativa.

c) *Las limitaciones sobre el empleo de determinados métodos de prueba:* La prohibición no recae en esta sub-categoría en el medio de prueba, él está permitido, no así el modo de llevarlo a cabo, es decir, la forma de practicarla. Se basa en la exclusión de prácticas lesivas a los bienes y valores humanos fundamentales (la vida, la salud, la dignidad, etc.) tales como la tortura, la coacción, la amenaza, el engaño, los malos tratos, el uso del polígrafo, del “*suero de la verdad*”, y de la hipnosis y otros métodos análogos.

d) *Limitaciones que establecen prohibiciones de carácter relativo:* Aunque el Derecho Procesal Penal moderno se basa en el principio de libertad de la prueba, es decir, se destierra, de estos predios, tal y como hemos señalado antes, el viejo paradigma de la prueba tasada, ello no quiere decir que la búsqueda y obtención de la verdad quede liberada del cumplimiento de ciertas reglas, requisitos, oportunidad y condiciones (formalidades), establecidas en

las leyes del rito penal con el propósito de dotar a esta actividad de un “*mínimo de orden y garantía*”.

B. *Limitaciones o Prohibiciones referidas al aprovechamiento de la Prueba*: El problema que se plantea en este subgrupo es el de los efectos, consecuencias y valor de la prueba producida o practicada de modo viciado o irregular, es decir, con defectos en los presupuestos requeridos para su legitimación.

- **La polémica doctrinal en torno al rango que debe poseer la norma quebrantada para determinar la ineficacia del acto de prueba. Su trascendencia práctica en la distinción entre *prueba ilícita* y *prueba irregular*.**

En este marco de la ilicitud probatoria o prohibiciones de prueba la doctrina viene polemizando acerca del rango que debe poseer el precepto quebrantado para que se considere nulo el acto de prueba.

Un primer grupo, representado por MONTON, ASECIO MELLADO, SENTIS MELENDO, SILVA MELERO, VESCOVI Y LOPEZ BORJA DE QUIROGA,¹⁵⁴ entre otros, es de la opinión de que la distinción del rango de la norma vulnerada no es determinante a efectos de decidir acerca de la eficacia y validez del acto probatorio, en tanto las normas que rigen la ritualización de esta actividad tienen en su totalidad la entidad de fundamentales por conformar el cuadro garantístico que viene a preservar su asepsia.

¹⁵⁴ Según FERNANDEZ ENTRALGO, ob, cit., p. 195, nota 195.

Un segundo sector en el que se ubican SAINZ DE ROBLES & ALBACAR, DE MARINO, PASTOR BORGÑOÑON, SERRA DOMINGUEZ, DE LA OLIVA Y FERNANDEZ, GIMENO SENDRA y ORTELLS RAMOS,¹⁵⁵ entre otros, señala la necesidad de limitar la nulidad de los actos de prueba a aquellos que resulten afectados por defectos que comprometan a derechos y libertades reconocidos como fundamentales en la Ley de leyes, por cuanto en situaciones de este tipo se vulnera frontalmente el derecho a un proceso con todas las garantías.

La tercera postura, suscrita por GONZALEZ – CUELLAR SERRANO, PAZ RUBIO y CHACON VILLAR,¹⁵⁶ aboga por una mayor restricción del círculo de nulidad total de la prueba. Según ellos la decisión sobre este particular debe adoptarse en los supuestos de inobservancia de normas ordinarias que conlleven una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de igualdad de las partes, pero siempre sopesando en cada caso concreto los intereses en conflicto, es decir, conforme al principio de proporcionalidad.

FERNANDEZ ENTRALGO¹⁵⁷ incorpora más elementos para la precisión y concreción de este último sendero doctrinal. Dice este autor: *“La violación de los derechos constitucionales no fundamentales o de normas procesales ordinarias sólo acarrearía la nulidad de lo actuado cuando se haya prescindido total o absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecido por la ley, o cuando se hayan infringido los principios de audiencia, asistencia y*

¹⁵⁵ Agrupación que hace FERNANDEZ ENTRALGO, ob. cit. p. 196, nota 198.

¹⁵⁶ Conforme la referencia de FERNANDEZ ENTRALGO, ob. cit., p. 197, nota 199.

¹⁵⁷ Ob. cit. p.199.

defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión porque en tales casos quedaría malparado el derecho al proceso adecuado.”

El problema esencial que se debate trasciende a lo que ahora es objeto de nuestra atención, pues la determinación del rango de la norma quebrantada con la actividad probatoria desplegada a efectos de su validez o nulidad tiene en el fondo la cuestión de su utilidad y aprovechamiento posterior, lo que será objeto de estudio en el próximo capítulo. No obstante, en lo que ahora resulta pertinente, conviene dejar establecida nuestra afiliación.

En la búsqueda de la verdad en el proceso penal están comprometidas razones de muy diversa índole e importancia, razones de naturaleza axiológica como el propio ideal de justicia de una sociedad hasta razones de carácter empírico y utilitarista como el logro de los fines del Derecho penal y la misma confianza de las personas en la Administración de Justicia. Por eso tan nociva es la verdad obtenida con trasgresión de las reglas que garantizan el respeto a los derechos esenciales de la persona como la verdad que no es declarada por inobservancia de formalidades que no menoscaban dichas normas ni desmerita el sentido de equidad con que se concibe esta actividad.

Las formalidades procesales – y dentro de ellas las concernientes a la prueba - , tal y como hemos dicho antes, tienen por finalidad establecer un *quantum* de orden y disciplina para que la actividad desplegada en este subsistema surta la validez y eficacia que se propone. Ahora bien, en su trascendencia o fuerza vinculante y en las consecuencias que acarrea su inobservancia juega un

papel determinante la jerarquía de las normas que prescriben los derechos que se persiguen garantizar con ellas. Por consiguiente, no toda infracción de las formalidades que giran en torno a la producción de la prueba puede reputarse como *prueba prohibida*, así por ejemplo una muestra de sangre extraída por un estudiante de enfermería capacitado para ello pero que aún no posee la licencia requerida para el ejercicio de esta profesión en un supuesto en que se requiere determinar el grado de intoxicación alcohólica; el acta de un registro domiciliario que por olvido del agente que lo practicó no ha sido debidamente firmada por los testigos participantes en el mismo; un certificado inicial de lesiones expedido por un estudiante de medicina en similares condiciones al del enfermero antes citado; etc.

Otra cuestión que resulta meritoria destacar es la de la inoperatividad de establecer fórmulas o criterios rígidos, a priori y abstractos en la determinación de la *prueba prohibida*. En este punto también concordamos con la tercera vía doctrinal, pues somos de la opinión de que en este campo sólo procede pronunciar pautas generales que orienten el camino a seguir, tales como la necesidad de ponderar los intereses en conflicto, apreciar las circunstancias concretas de cada caso y observar que realmente se produzca con la vulneración de la formalidad procesal inequidad y desequilibrio entre las partes, que en definitiva es la finalidad esencial del derecho a un proceso con todas las garantías.

Colocarnos junto a quienes restringen el ámbito de lo que constituye la *prueba prohibida*, conlleva implícitamente el reconocimiento de la existencia de

situaciones en las que la inobservancia de las formas procesales no merece o no cumple las exigencias de ese calificativo, pues éstas son relativas a la legalidad ordinaria o a cualquier otro derecho no fundamental. Este otro grupo de casos es el que con relativa frecuencia suele designarse en este sector de la doctrina como *prueba irregular*; empero, conforme a la sistemática de ROXIN, antes suscrita, corresponden o pueden ubicarse en las limitaciones que establecen prohibiciones de carácter relativo.

- **Los principios de libertad de *fuentes de prueba* y legalidad de *medios de prueba*.**

En lo que respecta a la actividad probatoria y muy especialmente a la formalidad o formas garantías, en que deben tener lugar, corresponde también examinar algo que viene siendo muy atendido por la doctrina procesal moderna, aludimos a la reconstrucción y traslación al proceso de los datos sobre el suceso delictivo a través de las novedosas técnicas y tecnologías, principalmente los avances en reproducción de imágenes y sonidos (el cine, el vídeo, la cinta magnetofónica, los ordenadores electrónicos, etc.).

El problema que se plantea en el debate científico puede resumirse mediante las siguientes interrogantes: ¿cuáles son los medios de prueba de los que se puede valer la cognición en el proceso penal?, y, ¿tienen las enumeraciones que suelen hacer de éstos las leyes procesales, carácter taxativo o

ejemplificativo? Para su correcta valoración se exige partir o tomar en consideración los presupuestos teóricos ¹⁵⁸ que seguidamente se señalan:

- a) La relación y delimitación de las sub-categorías del proceso probatorio “*fuentes de prueba*” y “*medios de prueba*” a partir de la distinción elaborada por Carnelutti (antes expuesta).
- b) La distinta operatividad espacio temporal e incidencia de los términos “*admisibilidad*” y “*autenticidad*” de los medios de prueba.
- c) La prueba libre o de libre de valoración, no significa ausencia de regulación legal, ni liberación de formalidades garantistas, ni libre admisión de los medios de prueba.

Como ya sabemos, las fuentes de prueba y los medios de prueba, según la distinción de CARNELUTTI, se diferencian en que aquéllas, como expresión óntica (del ser o de la realidad), se corresponden con la categoría “*contenido*” (del materialismo dialéctico), por lo que presentan un carácter meta-jurídico e ilimitado, mientras éstos, desde los postulados dialécticos, son correlativos al concepto de “*forma*”, por lo que presentan naturaleza estrictamente procesal y limitada, al entenderse como la ritualización o formalización de esos elementos de la realidad, es decir, como su incorporación al proceso. Esta diferenciación trasciende la perspectiva teórica y se proyecta a los predios legislativos y de la práctica jurídica permitiendo solucionar atinadamente los criterios del *numerus apertus* o *numerus clausus* en torno a las fuentes y los medios de prueba.

¹⁵⁸ Se sigue a MIRANDA ESTRAMPES, Ob.cit, Ps.-138 y SS.

En efecto, el legislador, por su parte, no puede intentar establecer o regular, de espaldas a las fluctuaciones, cambios e innovaciones tecnológicas (como manifestaciones del desarrollo social y de la realidad en definitiva), con exhaustividad y de modo cerrado (a través del método de *numerus clausus*) las fuentes de prueba. En cambio, sí le es factible (incluso necesario) determinar sobre la base de este criterio (estricto o cerrado) los medios de prueba, en tanto éstos constituyen el ritual garantista a través de los que se trasladan al proceso las fuentes de prueba (elementos ópticos o de la realidad). El Juez, por otra parte, debe conocer lo antedicho y tener muy presente que no es él quien determina lo que constituye o no medio de prueba, pues, estos están (o deben estar) taxativamente regulados en la ley, y que para incorporar al proceso las fuentes de prueba (también las investigaciones basadas en los adelantos científico – técnicos) deben elegir o exigir la elección del medio probatorio más apropiado dentro de los legalmente previstos.

Siguiendo el par hegeliano seleccionado para éste análisis (contenido - forma), debemos agregar que la interrelación dialéctica que le caracteriza sólo podrá lograrse en las perspectivas de las dos subcategorías probatorias que venimos comentando en tanto y en cuanto, el legislador, consciente de la variedad y variabilidad de las fuentes de prueba (por influjo de la ciencia y la técnica), sepa emplear fórmulas flexibles en la regulación de los medios de prueba, de modo que estos resulten el sendero idóneo para trasladar aquéllos al proceso (así, por ejemplo, la prueba documental para las cintas magnetofónicas).

A modo de conclusión, debemos subrayar, conjuntamente con la doctrina mayoritaria¹⁵⁹, la existencia del principio de libertad de fuentes de prueba y la pertinencia del criterio de *numerus apertus* para su mejor expresión legal, así como la vigencia del principio de limitación de los medios de prueba y la elección del método o fórmula del *numerus clausus* para su exhaustiva regulación.

4.2.3. LEGISLACIÓN COMPARADA

Conviene hacer un paréntesis en torno a la ubicación que se concede a esta materia en las legislaciones procesales que previamente hemos seleccionado, pues ello, por sí mismo, enuncia ya cambios de posturas respecto a su tratamiento jurídico.

En este sentido se advierten dos grandes orientaciones bien delimitadas: una clásica o decimonónica liberal y otra moderna o actual.

La primera de ellas predominó durante todo el siglo XIX y la mayor parte del siglo XX en las naciones que siguen el sistema de justicia continental europeo, tanto en aquellas que están ubicadas en este marco geográfico, como en aquellas de América, África y Asia que asumieron el mismo por herencia del colonialismo, fundamentalmente de Francia y España¹⁶⁰. Conforme a esta orientación legislativa la mayoría de los principios arquitectónicos del proceso

¹⁵⁹ Así por ejemplo ASECIO MELLADO, VIADA, FENECH, FERNÁNDEZ ESTRALGO, MIRANDA ESTRAMPES, TIBOR KIRALY, MIXÁN MÁSS, en las obras que venimos citando.

¹⁶⁰Se positivizó por primera vez en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808 y posteriormente fue recepcionada por los países de Europa continental y sus colonias.

penal debían quedar estructuralmente expuestos o consagrados en el denominado *procedimiento ordinario*; pues éste era el procedimiento *tipo* o *modelo* que, por responder a las máximas de los principios de igualdad y legalidad (en su concepción formal)¹⁶¹, debía servir de referente a los restantes procedimientos. De este modo todo lo concerniente al régimen probatorio quedaba agrupado en la preceptiva que se destinaba a este procedimiento. Esta concepción ha sido refrendada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882¹⁶², el Código Procesal Penal de Perú de 1991 y el Código Procesal Penal de Chile del 2000.

El segundo sendero legislativo rompe con la línea estructural precedente y se basa en la conveniencia de dividir la materia objeto de regulación de este subsistema jurídico en dos grupos: uno de carácter general o de normas generales (de validez para todos los procedimientos) y otro de normas fundamentalmente instructivas (relativa a los diferentes procedimientos). Sobre la base de este modelo estructural expositivo, lo relativo al sistema probatorio debe aparecer regulado en el primer grupo o tipo de normas, es decir, en lo que vendría a ser la parte general de las leyes del rito penal, pues ella es de aplicación en todos los procedimientos. Siguen esta orientación el Código Tipo de Procedimiento Penal para América Latina¹⁶³; el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba de 1991 (Argentina); el Código Procesal Penal de la República Oriental del Uruguay de 1997; Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela de 1998; el Nuevo Código de Procedimiento penal de Bolivia de

¹⁶¹ Para hombres descontextualizados por el *ius racionalismo* como seres racionales, emocionales y libres. Lo que significó en la versión procesal a través del procedimiento ordinario el ofrecimiento de un enjuiciamiento por igual a situaciones desiguales por su objeto y sujetos.

¹⁶² En lo adelante (LECrím).

¹⁶³ En lo que continúa CTPPPAL.

1999; el Código de Procedimiento Penal de Ecuador del 2000 y el Código de Procedimiento Penal de Colombia del 2000.¹⁶⁴

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de 1992¹⁶⁵, en tanto no presentan la estructura de un código procesal, no resultan factibles de ubicar dentro de estas posturas legislativas. No obstante, es de destacar que los pronunciamientos o postulados principistas que formula en torno a la prueba los ubica fundamentalmente en el acápite F que denomina *Juicio Oral* (reglas 27º, 29º, 30º, 32º y 33º).¹⁶⁶

La terminología que emplean los cuerpos legales precedentes para designar esta materia es muy diversa, así tenemos que la LECrim española al regularla dentro del procedimiento ordinario la ubica en el capítulo III, Título III del Libro III (*Del Juicio Oral*) bajo la rúbrica *modo de practicar las pruebas durante el juicio oral*; mientras los demás ordenamientos que venimos examinando utilizan denominaciones más escuetas como: *De la prueba* (CPP de Perú); *La prueba* (CPP de Ecuador); *Prueba* (CTPPPAL); *Régimen Probatorio* (COPP de Venezuela); *De las pruebas* (CPP de Uruguay); *Pruebas* (CPP de Colombia); y *Medios de prueba* (CPP de Córdoba y CPP de Bolivia). Aparentemente este es un problema intrascendente, pero no es tan así, pues debe destacarse que todas estas leyes bajo dichas nomenclaturas preceptúan cuestiones de diversa índole como son: la libertad de las fuentes de prueba; la legalidad de los medios de prueba; la prueba anticipada; su valoración, etc. Por eso resulta más

¹⁶⁴ En lo que resta los códigos citados hasta aquí serán llamados por sus iniciales con el respectivo nombre del país de que se trate.

¹⁶⁵ RMNUPAJ, serán en lo adelante usadas estas iniciales para designarlas.

¹⁶⁶ De modo muy puntual se refiere a las prohibiciones de aprovechamiento de prueba en los acápites C y D – *Derechos del imputado* y *Derecho de la Defensa*, respectivamente – reglas 10º y 12º -5.

atinado usar el vocablo prueba en singular, tal y como lo hacen el CTPPPAL y los códigos de Perú y Ecuador, pues de este modo se alude a todo el universo de problemas que está inmerso en ella. En cambio cuando se emplea en plural se evocan cuestiones muy específicas como las fuentes de prueba o los medios de prueba, tal y como suele ocurrir en el argot de la práctica jurídica.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica no parece necesario hacer mucho esfuerzo para demostrar su carácter procesal, pues el mismo hecho de su regulación en cuerpos legales de este tipo dice casi todo en este sentido. No obstante, cabe significar que su regulación en este ámbito jurídico acarrea como consecuencia que deba cumplir con la disciplina establecida en él y muy especialmente con las formalidades dispuestas para que su producción surta los efectos esperados (tiempo, lugar y forma), so pena de que sea declarada su nulidad. Incluso es de destacar que aquellos cuerpos normativos que suelen ubicarla dentro de las normas generales (de validez para todos los procedimientos) la agrupan dentro del título o capítulo que destinan a la *actividad procesal* o inmediatamente después de éste, así por ejemplo: el CTPPPAL y los códigos de Córdoba; Uruguay; Bolivia; Venezuela y Colombia.

La definición o conceptualización de las instituciones jurídicas no es - en principio - una función que deba exigirse a las leyes, menos aún si en la institución de que se trate la doctrina científica no ha logrado alcanzar uniformidad y consenso y si no se persigue con ello una finalidad práctica. Esta es la situación que – tal y como se ha podido apreciar – se presenta con el tema de la prueba en el proceso penal. Por eso, de todos los cuerpos legales que son

objeto de nuestra revisión, sólo el de Uruguay define esta institución en su artículo 130, dice este precepto: (*Concepto de prueba*). *La prueba es la actividad jurídicamente regulada que tiende a la obtención de la verdad respecto de los hechos que integran el objeto del proceso penal.*

Algo similar ocurre con la orientación doctrinal que sirve de sustento a cada legislación, pues sólo de modo excepcional expresan con claridad su adscripción a las tesis subjetivista u objetivista en lo que concierne a la búsqueda de la verdad en el rito penal. La excepción, dentro los ordenamientos procesales que venimos observando, corresponde al código de Colombia. Dicho código ritual al referirse a la imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba señala sin ambages en su artículo 234 que *el funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real.*

El último punto que requiere de revisión en el Derecho comparado en este ámbito de delimitación conceptual es el referido a la distinción entre *actos de investigación* y *actos de prueba*. Tal distinción se alcanza en el grupo de leyes que vienen siendo objeto de análisis a partir del establecimiento del trámite que han denominado *prueba anticipada* o *anticipo de prueba*¹⁶⁷ y del reconocimiento de la eficacia probatoria a las diligencias de investigación de modo excepcional a través de su lectura en el juicio oral¹⁶⁸¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Artículos 448, 467-2, 471 y 657 de la LECrim; 285 del CTPPPAL; 266 del CCP de Perú; 309 del CPP de Córdoba; 238 y 239 del CPP de Uruguay; 316 del COPP de Venezuela; 307 del CPP de Bolivia; 79,139, 273 y 292 del CPP de Ecuador; 401 del CPP de Colombia; y 191 y 280 del CPP de Chile.

¹⁶⁸ Artículos 730 de la LECrim; 300 del CTPPPAL; 397 y 398 del CPP de Córdoba; 341 del COPP de Venezuela; 333 del CPP de Bolivia; y 331 del CPP de Chile.

¹⁶⁹ Ambas cuestiones serán objeto de análisis en el capítulo V.

De esa forma, los ordenamientos del rito punitivo consultados, concuerdan con lo consignado en las RMNUPAJP o *Reglas de Mallorca*, como también se les suele llamar, específicamente con su regla 29^o.del acápite F (*Juicio Oral*). Dicha regla aunque no se propone dejar establecida la delimitación entre *actos de investigación* y *actos de prueba*, sino más bien establecer una fórmula que permita preservar los principios de inmediatez, publicidad, contradicción, etc., después de postular el principio de producción de pruebas en el juicio oral, señala: *Si la comprobación de un hecho se basa en la percepción de una persona, ésta tiene que ser interrogada en el juicio oral. Este interrogatorio no puede ser reemplazado por la lectura de un documento o declaración escrita anterior. Las leyes nacionales establecerán las excepciones a este principio por razón de imposibilidad o grave dificultad de su reproducción. En estos casos, se podrán utilizar en el juicio oral las declaraciones practicadas con anterioridad, siempre que hubieran tenido lugar con intervención del defensor y se garantice la oportunidad de oponerse a la prueba aportada por las otras partes (principio de contradicción).*

El CPP de Ecuador merece un análisis particular en lo que respecta a este extremo, pues, dicha legislación, en atención a que se trata de una cuestión de índole conceptual, le confiere una ubicación más adecuada al preverlo en el artículo 79 dentro de los *Principios Fundamentales* relativos a la prueba y su valoración (en el capítulo I, del Título I del Libro Segundo). Dicho precepto, luego de dejar establecido el principio de producción de pruebas en el juicio oral y de prever la prueba anticipada como excepción del mismo (le llama *pruebas testimoniales urgentes*), señala que *las investigaciones y pericias*

*practicadas durante la instrucción Fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio.*¹⁷⁰ De este modo, aunque con un sentido práctico y puesto en función de la eficacia probatoria, el ordenamiento ecuatoriano del rito penal deja consignado desde el primer artículo que destina a regular lo concerniente a la actividad probatoria que las diligencias de investigación producidas durante la instrucción no son por sí mismas actos de prueba.

En la muestra de Derecho comparado seleccionada para el estudio de los problemas generales de la prueba sólo dos códigos establecen una definición legal del objeto de prueba: el de Uruguay y el de Ecuador.

El CPP de Uruguay, con un mayor nivel de precisión que el de Ecuador, define este subconcepto en la sección que destina a las *Reglas Generales* sobre la prueba (Sección I, Capítulo V – *De las Pruebas*-, del Título VII – *De la Actividad Procesal* -), del siguiente modo:

“Artículo 131.- (Objeto de la prueba).- La prueba en el proceso penal tiene por objeto lo siguiente:

1º) La comprobación de los supuestos fácticos descritos en la ley como configurativos del delito imputado.

¹⁷⁰Debe destacarse que el término “*presentadas*” usado en esta norma, aunque inicialmente puede parecer usado como sinónimo de la simple proposición de medios de prueba que por escrito hace el Ministerio Público a través del dictamen acusatorio requiriendo del juez el llamamiento a juicio (del artículo 225), debe realmente entenderse como equivalente de los vocablos producidas o practicadas, conforme a lo que previamente dispone el propio artículo y según interpretación sistemática de los artículos 273 (*Testimonios urgentes*) y 292 (*Lectura de testimonios anticipados*) del mismo texto legal; así como por lógica consecuencia de los principios de inmediatez, oralidad, contradicción y publicidad que en él se instituyen.

2º) *La averiguación de la participación del imputado en la comisión de los hechos referidos en el numeral anterior y en qué grado.*

3º) *La indagación de si ha concurrido, en la especie, una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o impunidad.*

4º) *La determinación de las circunstancias agravantes o atenuantes que concurren en el caso.*

5º) *Los elementos que permitan el mejor conocimiento de la personalidad del imputado y puedan incidir en la medida de su responsabilidad.*

6º) *Los motivos y demás factores que hayan influido en la conducta de los protagonistas”.*

El ordenamiento ritual punitivo de Ecuador también en los primeros artículos que dedica a los *Principios Fundamentales* (Capítulo I, del Título I del Libro Segundo – *La Prueba* -), pero de forma más escueta que la legislación citada precedentemente, señala:

“Art. 84.- Objeto de la prueba.- Se deben probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso, por cualquiera de los medios previstos en este Código”.

Este precepto resulta complementado con el texto de los artículos 85 y 250, que aunque se refieren a otras cuestiones (finalidad de la prueba y finalidad del juicio oral, respectivamente) aluden que con la actividad probatoria se deberá establecer o comprobar *la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o absolverlo.*

En los restantes ordenamientos que vienen siendo centro de nuestro comentario, el *objeto de prueba* no aparece regulado de forma autónoma y clara, por lo que debe inferirse del contenido de otros preceptos que destinan a normar cuestiones relacionadas con lo que se persigue conocer o investigar en el proceso penal; así por ejemplo cuando se preceptúa la finalidad de la primera etapa procesal – que suelen denominarle: sumario, investigación penal, instrucción o fase preparatoria, - (artículos: 299 de la LECrim; 250 del CTPPAL; 91 del CPP de Perú; 303 del CCP de Córdoba; 289 del COPP de Venezuela; 331 del CPP de Colombia; y 180 del CPP de Chile) o cuando establecen el principio de *Libertad Probatoria*, en el caso del artículo 171 del CPP de Bolivia.

Las RMNUPAJP, por su parte, sólo hacen una referencia muy genérica a este subconcepto cuando consignan el *principio de práctica de pruebas en el juicio oral*, en el acápite F (Juicio Oral), regla 27º. Dice así esta regla: *En el juicio oral, se practicarán con plenitud todas las pruebas tendentes a acreditar los hechos imputados y también las que contribuyan a demostrar la inocencia del acusado.*

En cuanto a la regulación de las exigencias del *thema probandum* deben ponerse de manifiesto - a modo de aclaración - dos cuestiones que se advierten como regularidades en todos los textos del rito penal que vienen siendo objeto de atención. La primera está referida a la ausencia de normas relativas a los requisitos metajurídicos¹⁷¹, pues parten de la premisa de que sólo lo posible y verosímil es comprobable. La segunda regularidad consiste en el diverso tratamiento que se brinda en cada una de ellas a los requerimientos de tipo jurídico.

Esa falta de uniformidad se pone de manifiesto ya desde el propio modo y manera en que regulan el primer requisito relativo a la *pertinencia y relevancia* de la prueba, pues en unos códigos se establece la necesidad de esta cualidad dentro de la preceptiva que dedican a las reglas o principios generales de esta materia, al preceptuar el principio de libertad probatoria (artículos 148, 2º. párrafo del CTPPPAL; 191-2 del CPP de Perú; 215, 2º. párrafo del COPP de Venezuela; y 171, 3er párrafo del CPP de Bolivia) o de modo independiente como facultad del órgano jurisdiccional para rechazar o excluir los medios de prueba (artículos 135 del CPP de Uruguay y 235 del CPP de Colombia), mientras otros la prevén en el articulado de los trámites preparatorios del juicio oral (artículos de la 659 LECrim; 364 del CPP de Córdoba; 276 del CPP de Ecuador; y 276 del CPP de Chile). Incluso debe destacarse que en el caso del CPP de Ecuador no se hace una mención específica a esta cuestión, sino que ello debe inferirse de lo preceptuado de modo general en su artículo 276. Este precepto, ubicado después de los que se refieren a la propuesta de pruebas

¹⁷¹ Excepto del CPP de Perú en su artículo 192.

por las partes y a las órdenes de comparencia que debe emitir a los testigos el Presidente del Tribunal en la audiencia preparatoria del juicio oral (artículos 267 y 268), señala: *“El presidente rechazará todo lo que prolongue inútilmente el debate y lo terminará oportunamente”*.

Otros modos en los que se hace evidente la diversidad de tratamiento de esta exigencia jurídica son la fórmula que utilizan para reglamentarla y la parquedad o prolijidad con que se refieren a ella.

En cuanto al modo de formularse se observa que unos la establecen de manera positiva como cualidad de pertinencia y utilidad que deben reunir los medios de prueba en su relación con el objeto (artículo 659 de la LECrim), otros utilizan una redacción en sentido negativo como prohibición o rechazo de aquellos que no cumplan con esos requerimientos (artículos 364 del CPP de Córdoba; 135 del CPP de Uruguay; 276 del CPP de Ecuador; 235 del CPP de Colombia; y 276 del CPP de Chile), y, un último grupo de leyes combinan ambos métodos, es decir, primero aluden a los requisitos que deben estar presente y luego facultan al órgano jurisdiccional para que los prohíba o los rechace cuando no se avengan a ellos (artículos 148 del CTPPPAL; 191 del CPP de Perú; 215 del COPP de Venezuela; y 171 del CPP de Bolivia).

Lo último que es menester destacar en cuanto a la regulación de la pertinencia y utilidad de la prueba por estos cuerpos legales es la parquedad o prolijidad con que se refieren a ellos. El problema que se presenta no es una cuestión meramente gramatical o teórico conceptual, sino más bien de carácter práctico,

en tanto su claridad y precisión permitirá orientar a las partes en el uso de sus facultades respecto a la proposición de pruebas y a los jueces en el desempeño de su función sobre su admisión o rechazo.

El problema presenta varias aristas en cuanto a la trascendencia práctica indicada.

Lo primero que llama la atención es que todos los códigos usan conceptos más o menos expresivos o indicativos de lo que se persigue (*evidentemente o notoriamente impertinentes, manifiestamente excesivos, superabundantes, manifiestamente superfluas, etc.*), con excepción de los ordenamientos procesales español y chileno, pues aquél se refiere – en el artículo precitado – sólo a la pertinencia y de modo muy escueto (*...las que considere pertinentes y rechazando las demás...*), mientras éste de forma muy loable prefiere dejar definido – también en el precepto ya citado – lo que debe entenderse como inútil e impertinente en los siguientes términos: “*Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseare acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal*”.

La segunda arista de interés práctico en relación con la regulación de la utilidad y pertinencia de la prueba se basa en la significación que estos textos legales conceden a dichos conceptos. Pues, si bien es cierto que la mayoría de ellos

establecen la posibilidad de rechazar los medios de prueba ante la carencia de uno de dichos requerimientos, existen legislaciones según las cuales la limitación y rechazo de ellos sólo puede tener lugar por una u otra exigencia; así tenemos por ejemplo que en el caso de la ley española únicamente se alude a la pertinencia, mientras que el código de Ecuador se refiere exclusivamente a la utilidad.

En este ámbito de ilustración de las cuestiones más significativas de los requisitos del *thema probandum* sólo nos queda examinar el relativo a los hechos no *exentos de prueba*, pues los *no prohibidos legalmente*, además ser objeto de regulación en las leyes sustantivas, volverán a ser vistos cuando se sistematicen las distintas prohibiciones de prueba en el capítulo destinado a la actividad probatoria, son objeto de regulación en las leyes sustantivas.

En el universo de leyes rituales punitivas seleccionado para ilustrar los contenidos objeto de esta investigación, sólo cuatro de ellas contienen regulaciones específicas sobre las *exenciones de prueba*. Ellas son: el CTPPPAL, el CPP de Perú, el COPP de Venezuela y el CPP de Chile.

La nota común de todos ellos, exceptuando al CPP de Perú, es la exclusión de los *hechos notorios* como objeto de prueba (artículos: 148, 3er párrafo del CTPPPAL; 215, 3er párrafo del COPP de Venezuela; y 276 del CPP de Chile). No obstante, es de significar que en su regulación presentan matices que le distinguen. Así, se advierte que tanto el Código Tipo como el de Venezuela la establecen dentro de lo que denominan *Disposiciones Especiales* (sobre la

prueba), mientras el de Chile la ubica en la *Audiencia de preparación del juicio oral*. También debe resaltarse que en los dos primeros códigos la exclusión funciona de modo potestativo para el órgano jurisdiccional (se podrá prescindir), con la particularidad que en el primero de ellos se exige *el acuerdo de todos los intervinientes* para que dicho órgano pueda decretarla; mientras que en el cuerpo de ley chileno la redacción del precepto indica que esta tiene lugar de modo preceptivo, aunque se señala que se *ordenará fundadamente*.

El Código de Procedimiento Penal de Perú constituye la excepción por cuanto su artículo 192, señala: “*No son objetos de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio*”. Es de destacar, tal y como lo pusimos antes de relieve, que este ordenamiento exceptúa incluso hasta los *hechos imposibles* (requisito metajurídico).

Si se toma como referencia este último ordenamiento jurídico pudiéramos establecer como conclusión que los restantes códigos resultan omisos en cuanto a la previsión de las exenciones de prueba. Sin embargo, tal pretensión de exhaustividad en esta materia no nos parece necesaria, pues es de advertir que – como veremos en el último capítulo- los demás códigos siguen o postulan el *principio de libre apreciación de la prueba*, con lo que hacen suyas las garantías que dimanar de él, especialmente las reglas de la sana crítica y la sentencia motivada. De este modo, las normas de la lógica, los postulados de la ciencia y las máximas de la experiencia constituyen pautas objetivas o supraindividuales que no pertenecen al hecho objeto del proceso y que resultan

de obligado cumplimiento para el tribunal de instancia. Es decir, son conforme a lo dispuesto por dicho principio, la premisa mayor que deberá aplicarse para la verificación y fundamentación fáctica, por lo que no necesitan demostrarse o corroborarse. Igual sucede con las *normas jurídicas nacionales vigentes* al momento del enjuiciamiento, pues estas son premisas del razonamiento jurídico exigidas para la motivación de la resolución definitiva, que no requieren de demostración previa para su aplicación.

Consideración aparte merece la revisión de la categoría *hechos admitidos* como exención de prueba en el Derecho comparado, pues ella, según indicamos oportunamente, proviene del derecho civil y tiene validez en el ámbito punitivo – fundamentalmente - a partir de las nuevas concepciones sobre la simplificación y agilización del rito a través de las fórmulas de aceleración del procedimiento ordinario y de la introducción de procedimientos especiales de corte rápido o abreviados. Se colige entonces que la existencia de esta categoría está en dependencia de la admisión y positivización de dichas concepciones y que su aparición tiene lugar de muy diversas formas, aunque es de significar que en algunas legislaciones se advierten reminiscencias del viejo principio inquisitorial de la *confesión como relevo de prueba*.

Conforme a los diferentes modos en que aparece tratado este tópico en las legislaciones que venimos siguiendo, es dable, a efectos de acomodar la exposición, efectuar una primera división del mismo en formulaciones legales de carácter general y formulaciones legales de carácter especial.

Entre las previsiones de carácter general se hallan fórmulas de dos tipos según la estructura de los propios códigos y la validez de las mismas: aquellas que aparecen preceptuadas dentro del procedimiento ordinario (concebido este en su concepción clásica o decimonónica liberal) y las diseñadas como postulados generales, que aunque en la práctica suelen tener un uso preferente en dicho procedimiento, su ubicación en la parte general de los cuerpos legales le confiere una dimensión y alcance mayores.

Entre las que aparecen ubicadas en la preceptiva destinada al procedimiento ordinario se hallan la *confesión de los acusados en el juicio oral*, recogida en los artículos 688 a 698 de la LECrim (para los delitos castigados con pena correccional) y 280 del CPP de Perú (para cualquier tipo de delito), que faculta al órgano jurisdiccional a dictar sentencia en el mismo acto sin necesidad de continuar la producción de pruebas, y la *conciliación sobre responsabilidad civil* y las *convenciones probatorias* llevadas a cabo en la audiencia preparatoria del juicio oral ante el juez de garantía conforme a los artículos 273 y 275 del CPP de Chile, con la consiguiente consecuencia *de dar por acreditado ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral*.

Como previsiones de carácter general se hallan las que el CPP de Colombia denomina: *sentencia anticipada* (art. 40); *conciliación* (art. 41) y la *indemnización integral* (art. 42). Conforme a estas fórmulas – ubicadas en Libro I (*Disposiciones Generales*), Título I (*De las Acciones*), capítulo I (*Acción Penal*) - no tiene lugar práctica de pruebas en el juicio oral, sino que previa admisión

por el procesado de su responsabilidad penal, se procede según las diligencias de investigación.

Las formulaciones legales que convencionalmente hemos llamado especiales son las que tienen lugar en los procedimientos de esta naturaleza. Las formas más generalizadas en que encontramos la admisión de *hechos como* exención de prueba están en los que suelen denominarse *procedimientos abreviados* (artículos: 757, 784 y 787 de la LECrim, en la versión del Título II según Ley 38/2002; 371 del CTPPPAL; 356 y 415 del CPP de Córdoba; 373 del CPP de Bolivia; 369 del CPP de Ecuador y 406 del CPP de Chile) y *procedimientos por faltas o contravenciones; juicios por faltas o correccionales, etc.* (artículos: 387, apéndice III, incisos 3 y 4, del CTPPPAL; 388 del CPP de Perú; 414 del CPP de Córdoba; 367 y 369 del CPP de Uruguay; 387 del COPP de Venezuela; 401 del CPP de Ecuador; y 394 y 395 del CPP de Chile). En este orden merece especial mención el *procedimiento por admisión de los hechos*, previsto por el COPP de Venezuela en su artículo 376 (Libro Tercero, Título III), según el cual *en la audiencia preliminar, el imputado, admitidos los hechos objeto del proceso, podrá solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena*, lo que trasciende el tema que venimos tratando, pues, en el orden práctico conlleva, además de la exención de prueba, que el juez deba *rebajar la pena aplicable al delito (desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse, con excepción de los delitos en que haya habido violencia contra las personas, pues en éstos sólo podrá rebajar la pena aplicable hasta en un tercio).*

La postura adoptada precedentemente en torno a la distinta significación del concepto *carga de la prueba* en los predios del proceso civil y del proceso penal, es algo que – a nuestro modo de ver – debe ser objeto de reglamentación por el derecho positivo de ambos subsistemas jurídicos y muy especialmente por este último. Pues, aun cuando su repercusión práctica es un tema recurrente en los dos procesos, dicho concepto – al igual que otros – es originario de aquel ámbito jurídico, lo que comporta la necesidad de que en éste se formulen normas sobre la vigencia del mismo en correspondencia con la naturaleza de los intereses que en él se ventilan y con la nota de irrenunciabilidad de su actuación que ellos le confieren. No obstante, es de significar que sólo tres de los ordenamientos jurídicos procesales seleccionados para ilustrar nuestra investigación hacen esta precisión, ellos son: el CTPPPAL, el CPP de Perú, el CPP de Córdoba, y el CPP de Colombia.

El CTPPPAL la establece en la sección en la que agrupa las *disposiciones generales de la prueba*¹⁷² conjuntamente con el *principio de objetividad o imparcialidad de los funcionarios judiciales*, en el artículo 147. Según el primer párrafo de este precepto *el ministerio público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos*. Más adelante, en su segundo párrafo, señala que durante el juicio oral, *los tribunales sólo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por los intervinientes en las oportunidades y bajo las condiciones que fijan los arts. 285, 289, 316, 317 y 320*. De ello que se colige que en dicho

¹⁷² En el Libro Primero: Disposiciones Generales, Título III: La Actividad Procesal, Capítulo 5: Prueba, Sección 1ª. Disposiciones Generales.

acto la responsabilidad de la iniciativa en la actividad probatoria corre a cargo de aquél.

El CPP de Perú la recoge también dentro de las *disposiciones generales* sobre la prueba, pero, tal y como se ha dicho antes, lo concerniente al régimen probatorio en este código ritual se agrupa en el libro que se destina a la investigación o fase preparatoria¹⁷³, con lo cual tiende a producirse cierta confusión entre *actos de investigación* y *actos de prueba*. Su artículo 194 suscribe con claridad que la carga de la prueba es un deber procesal del titular de la acción pública, al disponer que, teniendo este el señorío de la misma, en el primer período del proceso *dirige la actividad probatoria de investigación, mientras que en el juicio oral debe probar su acusación.*

La legislación ritual punitiva de Córdova trata este problema de forma autónoma bajo la nomenclatura *responsabilidad probatoria* como algo concerniente al *Juicio Común o procedimiento ordinario*¹⁷⁴. Su artículo 362 es meridianamente claro en cuanto al deber procesal que incumbe al sujeto de la acusación pública en materia de prueba. En torno a ello señala que el *Ministerio Público es responsable de la iniciativa probatoria tendiente a descubrir la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva*. Incluso, es de significar que teniendo esta naturaleza, su omisión conforma una ilicitud, por lo que dicha norma no se limita a hacer esa declaración, sino que prevé que la *inobservancia de este precepto será comunicada por el Presidente al Fiscal General, a los fines que corresponda, así como que el Fiscal General podrá*

¹⁷³ Libro Segundo: *La Investigación*; Título V: *De La Prueba*; Capítulo I: *Disposiciones Generales*.

¹⁷⁴ Específicamente en su Libro Tercero: *Juicios y procedimientos especiales*, Título 1: *Juicio Común*, Capítulo I: *Actos Preliminares*.

impartir las instrucciones que estime pertinente o disponer la sustitución del Fiscal de Cámara.

La legislación colombiana de este subsistema al igual que el CTPPAL ubica esta regla procedimental entre las *disposiciones generales* del código en el primer capítulo que destina a las cuestiones de la prueba¹⁷⁵. También – de modo similar al código modelo – la recoge conjuntamente con el *principio de objetividad de la investigación o de imparcialidad de los funcionarios judiciales*. Ella en su artículo 234, primer párrafo, dispone de modo preceptivo que el *funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia*. En el segundo párrafo del mismo precepto precisa que durante las actuaciones *la carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la Fiscalía*, así como que *el juez podrá decretar pruebas de oficio*.

Conforme a una interpretación gramatical de dicho precepto puede parecernos que el mismo incurre en ciertas contradicciones, pues primero responsabiliza al órgano que monopoliza la acción pública con la búsqueda de elementos probatorios de cargo y de descargo y luego proclama que en las actuaciones éste sólo debe velar por la prueba que incrimine al procesado. Lo que sucede, a nuestro modo de ver, es que su primer párrafo postula el principio de imparcialidad u objetividad de los funcionarios judiciales (policías, fiscales y

¹⁷⁵ En el Libro I: *Disposiciones Generales*, Título VI: *Pruebas*, Capítulo I: *Principios Generales*, respectivamente.

jueces) y se refiere esencialmente a los actos de investigación, o lo que es lo mismo, a un momento procesal en que el Estado pone en función su aparato de investigación para esclarecer la *noticia criminis* y en el que por regla general tiene lugar la defensa material del inculpado a través de sus primeras declaraciones, momento en el que además no es posible gnoseológicamente adoptar una actitud parcial en cuanto a una tesis inculpatoria o exculpatoria, en tanto los elementos de prueba todavía resultan insuficientes. Por eso dicho artículo utiliza en esta primera parte el término *averiguar*. En cambio, su segundo párrafo, al emplear el concepto *pruebas*, designa con ello a los medios de prueba y sitúa su enunciado en el período procesal en que el Fiscal ejerce la acción penal, es decir, cuando asume una actitud parcial por resultar probable el hecho delictivo. De este modo la norma del ordenamiento colombiano está indicando el *deber jurídico procesal* que le asiste a este sujeto en la actividad probatoria, no sólo con relación a los hechos objeto de imputación sino también con los impeditivos o extintivos que pudieren surgir o derivarse de la realización de esta actividad, con lo cual debe entenderse que el inculpado no está obligado sino sólo facultado a refutar la prueba de cargo. Debe también destacarse que, conforme a la lógica interpretativa empleada, es innecesaria la declaración que en él se hace en cuanto a la demostración de inocencia del procesado, pues esta, según ya sostuvimos, es una regla legalmente preestablecida o idea en que se inspira la rotulación del proceso penal que no requiere de comprobación.

La legislación boliviana aunque alude expresamente a esta regla toma distancia de las anteriores en cuanto a la ubicación y modo de regularla. En lo

que respecta a la ubicación que confiere a la misma se advierte que la sitúa entre los *principios y disposiciones fundamentales*, específicamente en el título en que recoge las *garantías constitucionales*¹⁷⁶, conjuntamente o como derivación del principio de presunción de inocencia, en el artículo 6. Y en lo que concierne a su regulación se destaca el uso de una fórmula de tipo conceptual, pues, en el tercer párrafo de dicho precepto, sólo indica que la *carga de la prueba corresponde a los acusadores y se prohíbe toda presunción de culpabilidad*. No obstante, la interpretación conjunta del precepto, el hecho de aparecer regulada como derivación de la *presunción de inocencia*, así como lo dispuesto en el artículo 7 sobre el *derecho del imputado a defenderse por sí mismo, a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas* (Defensa Material), permiten entender que en este ordenamiento dicho concepto es tenido como un *deber jurídico procesal* del sujeto que interviene en el rito punitivo en calidad de acusador.

Las legislaciones procesales de España, Uruguay, Venezuela, Ecuador y Chile no establecen expresamente la vigencia de esta regla procesal. Sin embargo, puede sostenerse que ella ha sido una de las ideas rectoras en que se han inspirado las mismas. Esta afirmación descansa en los principios que ellas han tenido en consideración para rotular la actividad probatoria y en los propios trámites que la configuran, ellos son:

¹⁷⁶ En la Primera Parte, Parte General, Libro Primero, Título I.

A. El *principio de presunción de inocencia* (artículos: 4 del CPP de Uruguay; 8 del COPP de Venezuela; 4 del CPP de Ecuador; y 4 del CPP de Chile), aunque la LECrim no lo reconoce expresamente, la Constitución española de 1978 lo recoge en su artículo 24, inciso 2, entre los derechos que consagra como fundamentales (Título I, Capítulo Segundo), por lo que deberá entenderse su validez en este sector de la justicia, en tanto, su propio artículo 53, inciso 1, declara que los *derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos*.

B. El *principio de objetividad de la investigación o de imparcialidad de los funcionarios judiciales* (artículos: 2 de la LECrim española; 290 del COPP de Venezuela; 65 del CPP de Ecuador; y 3 del CPP de Chile). El CPP de Uruguay no reconoce expresamente este principio, sin embargo, es evidente que su articulado se inspira en él; así, por ejemplo, cuando se dispone lo referente al inicio de las diligencias de investigación en el artículo 237, se señala que *para procurar la prueba sobre lo ocurrido, el Tribunal, ante requerimiento Fiscal de inicio de actuaciones procesales, deberá ordenar prontamente las diligencias necesarias para determinar la existencia de los extremos previstos en el artículo 131 de este Código, y según este último precepto, la prueba en el proceso penal tiene también por objeto la indagación de si ha concurrido, en la especie, una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o impunidad, la determinación de las circunstancias agravantes o atenuantes que concurran en el caso y de los motivos y demás factores que hayan influido en la conducta de los protagonistas*¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Este artículo resultó trasuntado al efectuarse el análisis del objeto de prueba en el Derecho comparado.

C. El monopolio en el ejercicio de la acción penal pública en interés y representación de la sociedad por el Ministerio Público (artículos: 105 de la LECrim española; 46 del CPP de Uruguay; 11 y 23 del COPP de Venezuela; 65 del CPP de Ecuador; y 77 del CPP de Chile).

D. La proposición de pruebas como condición indispensable del escrito de conclusiones provisionales, dictamen acusatorio, requerimiento del Fiscal o acusación en sentido general, es decir, para que se considere promovida la jurisdicción y se decrete la apertura del juicio oral (artículos: 656 de la LECrim española; 116 y 243 del CPP de Uruguay; 329-5 del COPP de Venezuela; 66 del CPP de Ecuador; y 259, apartado f, del CPP de Chile).

E. La decisión *NON LIQUET* autorizada al tribunal en beneficio del acusado por imperio del *principio in dubio pro reo*. Si bien este principio aparece expresamente previsto sólo por el artículo 132, apartado 2 del CPP de Uruguay y el 340 del CPP de Chile, en los demás cuerpos legales puede entenderse vigente si se realiza una interpretación lógica de los preceptos que regulan el archivo o el sobreseimiento de las actuaciones, pues si la duda puede favorecer al inculpado al concluirse la investigación o durante los trámites de fase intermedia, según sea la sistemática adoptada en cada ley, con la paralización del proceso, cuando aún las diligencias de investigación no tienen naturaleza de prueba, con mayor razón debe beneficiarle en la etapa conclusiva cuando se han practicado todos los medios de prueba sin que se haya logrado desvanecer la misma (artículos: 641 de la LECrim española; 325 del COPP de Venezuela; y 241 del CPP de Ecuador).

Las RMNUPAJP o *Reglas de Mallorca* tampoco postulan expresamente este concepto. No obstante, si hacemos una interpretación sistemática de sus declaraciones, similar a la aplicada a los códigos procesales precedentes, se podrá advertir que conciben la carga de la prueba como un deber de quienes asumen el ejercicio de la acción penal, pues se orientan en el principio de oficialidad de la investigación (regla 1ª, *La persecución del delito, de acuerdo con la Ley, es competencia del Estado*); en la objetividad de la práctica de la prueba (regla 27ª, *En el Juicio Oral, se practicarán con plenitud todas las pruebas tendentes a acreditar los hechos imputados y también las que contribuyan a demostrar la inocencia del acusado*); en el principio de presunción de inocencia (regla 32ª, *El acusado tiene derecho a la presunción de inocencia*); y en el principio *in dubio pro reo* (regla 33ª, primer inciso, *in fine, En los casos de incertidumbre el juez aplicará el principio in dubio pro reo*).

El mismo hecho de que la prueba aparezca regulada por normas de este subsistema jurídico, según hemos visto en el segundo capítulo, explica en buena medida su naturaleza jurídica procesal y permite sostener la afirmación de que la actividad desplegada para su producción y apreciación es ante todo actividad procesal. No obstante, como también indicamos en el precitado capítulo, entre los ordenamientos que venimos siguiendo, el CTPPPAL y los códigos de Córdova; Uruguay; Venezuela; Bolivia y Colombia refuerzan esta cualidad agrupándola dentro del título o capítulo que destinan a la *actividad procesal* o inmediatamente después de éste. Con esa sistemática dejan claramente expuesto al intérprete y a los operadores del sistema de justicia que los requisitos generales de forma, tiempo y lugar que suelen señalarse como

válidos para los actos procesales son también necesarios y exigidos para la actividad probatoria¹⁷⁸ y que su incumplimiento o inobservancia puede acarrear su nulidad¹⁷⁹. Del mismo modo, es preciso señalar, que los códigos de Perú, Ecuador y Chile aunque siguen otra sistemática en la agrupación de estos contenidos, también prevén la posibilidad de declarar ineficaces los actos de prueba cuando su producción ha tenido lugar a través o como consecuencia del quebrantamiento de las formalidades previstas en su concepción¹⁸⁰.

Las formulaciones empleadas, las causales previstas y los casos en que procede el saneamiento o renovación del acto defectuoso difieren unas de otras en dichos cuerpos legales. No obstante, obviando matices que no son de interés para la consecución de nuestros objetivos, puede señalarse que, en sentido general, toman como punto de partida el rango de la norma jurídica quebrantada, para luego determinar - sobre esta base - si se trata de una formalidad vinculante no subsanable o de una formalidad vinculante subsanable.

Los códigos de Venezuela y Bolivia son dignos de mención para ilustrar lo antedicho. Ellos siguiendo el artículo 225 del CTPPPAL establecen en sus artículos 207 y 167, respectivamente, formulaciones generales muy claras al respecto. El precepto de la legislación boliviana, muy similar en su redacción al

¹⁷⁸ Artículos: 110 al 146 del CTPPPAL; 128 y sgtes. del CPP de Córdoba; 93 y sgtes. del CPP de Uruguay; 184 y sgtes. del COPP de Venezuela; 111 y sgtes. del CPP de Bolivia; y 147 y sgtes. del CPP de Colombia.

¹⁷⁹ Artículos: 225 al 228 del CTPPPAL; 184 y sgtes. del CPP de Córdoba; 224 y sgtes. del CPP de Uruguay; 207 y sgtes. del COPP de Venezuela; 167 y sgtes. del CPP de Bolivia; y 305 y sgtes. del CPP de Colombia.

¹⁸⁰ El CPP de Perú según lo previsto 325 al 327, que agrupa en el Título III (*De la Nulidad*) del Libro Cuarto (*La actividad Procesal*); el CPP de Ecuador a través del Recurso de Nulidad establecido en los artículos 331 y siguientes y el CPP de Chile conforme a las reglas dispuestas bajo la denominación de nulidades procesales en el Título VII del Libro Primero.

del cuerpo de leyes venezolano, señala: “*no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución Política del Estado, Convenciones y Tratados internacionales vigentes y en este Código, salvo que el defecto pueda ser subsanado o convalidado*”.

Las cláusulas generales de nulidad de los demás ordenamientos procesales también son diferentes en cuanto a su enunciación y no presentan esta precisión en su redacción¹⁸¹. Incluso en algunos casos no se alude a la jerarquía de la norma quebrantada¹⁸². De igual modo ocurre con la terminología empleada en cada uno de ellos para referirse a los conceptos de eficacia y saneamiento del acto¹⁸³. Ahora bien, lo cierto es que para la determinación de la subsanación o renovación del acto defectuoso, descansan en la clasificación de nulidades o defectos absolutos y nulidades o defectos relativos, aunque no siempre estos últimos aparecen expresamente regulados¹⁸⁴, y para ello el criterio que se sigue como pauta común es el de que no resultan rectificables

¹⁸¹ Así por ejemplo, el CPP de Córdoba establece de modo casuístico las causales de nulidad al indicar en su artículo 184 que *los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad*; el artículo 224 del CPP de Uruguay remite a los artículos 110 al 116 del Código General del Proceso; el CPP de Colombia, en su artículo 305, declara como inexistentes para todos los efectos procesales, *las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del procesado sin la de su defensor*; en el CPP de Ecuador aparecen rotuladas como causales de un medio de impugnación (artículo 330); y para el artículo 159 del CPP de Chile la nulidad de las actuaciones o diligencias defectuosas sólo tiene lugar cuando ello constituya el único modo de reparar el perjuicio ocasionado a los intervinientes en el procedimiento.

¹⁸² El CPP de Ecuador en sus artículos 330 y siguientes.

¹⁸³ Se usan los vocablos: defectos (artículos 227 del CTPPPAL y 169 y 170 del CPP de Bolivia); nulidades (artículos: 186 y 187 del CPP de Córdoba; 226 del CPP de Uruguay; 208 del COPP de Venezuela; 306 del CPP de Colombia; 330 del CPP de Ecuador; y 159 del CPP de Chile); renovación o rectificación (artículo 228 del CTPPPAL); de oficio o a instancia de parte (artículo 186 y 187 del CPP de Córdoba); subsanables (artículo 226 del CPP de Uruguay); convalidables (169 y 170 del CPP de Bolivia); etc.

¹⁸⁴ A modo de ilustración los códigos de Colombia, Ecuador y Chile, aunque se infiere de lo previsto por sus artículos 310, apartado 4; 330 y 341; y 160 y 164, respectivamente.

los actos procesales originados o que tienen lugar como consecuencia de una infracción de normas relativas a derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, o que, no teniendo este rango, constituyen una total o absoluta inobservancia de reglas o principios esenciales del procedimiento (del debido proceso), que, consiguientemente, producen indefensión.

Además de estas regulaciones sobre las nulidades de los actos procesales en general, los cuerpos normativos del rito penal mencionados, establecen otras comunes a la actividad probatoria. Ellas se basan en la infracción de normas relativas a principios, derechos y garantías fundamentales o esenciales en la rotulación del proceso penal y suelen aparecer agrupadas con mayor o menor acierto y precisión bajo los criterios de inadmisibilidad de prueba (artículo 148 del CTPPPAL); exclusiones probatorias (artículos: 194 del CPP de Córdoba; 172 del CPP de Bolivia y 276, tercer párrafo, del CPP de Chile); rechazo de la prueba (artículos: 135 del CPP de Uruguay y 235 del CPP de Colombia) e ineficacia probatoria (artículo 80 del CPP de Ecuador).

Las diferencias que se advierten entre las formulaciones utilizadas en los citados cuerpos legales para establecer la exclusión o declaración de ineficacia del acto probatorio defectuoso son igualmente sensibles. Por eso, para evitar reiteraciones innecesarias, conviene agruparlas a partir de sus rasgos distintivos.

Un primer grupo clasificatorio puede intentarse sobre la base del rango de la norma quebrantada. Bajo esta clasificación aparecen cinco subgrupos: a) los

que se refieren a actos que vulneran garantías constitucionales (artículos: 194 del CPP de Córdoba y 80 del CPP de Ecuador); b) los que aluden a las disposiciones establecidas en el propio código (art. 216 del COPP de Venezuela); c) los que exigen que los actos vulneren derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado, en las Convenciones y Tratados internacionales vigentes, en el mismo Código y en otras leyes de la República (art. 172 del CPP de Bolivia); d) los que basan la exclusión en la violación de garantías fundamentales sin precisar el tipo de norma (art. 276 del CPP de Chile); y e) los resultan omisos en cuanto a la exigencia de uno u otro tipo de norma y que parecen dejar su determinación al intérprete según la situación concreta en que se encuentre (artículos:148 del CTPPPAL; 135 del CPP de Uruguay; y 235 del CPP de Colombia).

Según la amplitud del círculo o ámbito de las exclusiones que establecen, pueden señalarse dos criterios de agrupación: uno relativo a la inmediatez entre el acto excluible y la norma o procedimiento violado; y otro que atiende a las ilicitudes procesales que pueden tener lugar durante la producción de la prueba y que consiguientemente trascienden a su eficacia y aprovechamiento.

Conforme al primer criterio de agrupación se observa que en algunos casos la nulidad no sólo se refiere a los actos de prueba directamente viciados por la inobservancia de dichas normas, sino que comprenden también los elementos de prueba indirectamente viciados (CPP de Córdoba, COPP de Venezuela, CPP de Bolivia y CPP de Ecuador).

En cuanto al segundo criterio, la diversidad se expresa fundamentalmente de tres modos: los que establecen como potestad del tribunal el rechazo de las diligencias de pruebas prohibidas sin establecer precisiones en torno a los medios o métodos empleados, y sin que expresamente se declare su ineficacia (artículos 132 y 135 del CPP de Uruguay); los que a través de una redacción amplia o abierta parecen dejar incluidas las limitaciones de medios, de métodos y de aprovechamiento (artículos: 148 y 149 del CTPPPAL; 194 del CPP de Córdoba; 172 del CPP de Bolivia; 235 de Colombia; y 276 y 297 del CPP de Chile); y los que establecen de modo más preciso los diferentes tipos de limitaciones respecto a la producción y a la apreciación de la prueba (artículos: 214 y 216 del COPP de Venezuela y 80 y siguientes del CPP de Ecuador). En torno a este último subgrupo debe destacarse que el ordenamiento procesal ecuatoriano en su artículo 83 llega hasta prohibir la prueba *obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito*.

Otra particularidad que se pone de manifiesto en lo que concierne a las limitaciones y prohibiciones de prueba es la relacionada con la declaración del imputado y la garantía de respeto a su integridad física, dignidad y derecho de libre declaración. En tal sentido se advierte que la mayoría de las legislaciones antes relacionadas confieren un tratamiento diferenciado a este problema por la importancia que reviste. En unas se consigna entre las exigencias requeridas para la validez del acto procesal de deposición del imputado (artículos: 57 del CPP de Uruguay; 122 del COPP de Venezuela; 280 del CPP de Colombia; 143 del CPP de Ecuador; y 93 del CPP de Chile) y en otras se establece de forma autónoma como proscripción de métodos que menoscaben sus derechos

(artículos: 45 del CTPPPAL; 121 del CPP de Perú; 259 del CPP de Córdoba; y 93 del CPP de Bolivia). Asimismo, debe significarse que la LECrim española, omisa en torno a todo lo precedentemente abordado en este epígrafe, instrumenta también limitaciones de esta índole. Dicha ley, al establecer las formalidades de las declaraciones de los procesados en su artículo 330, señala que: *“Tampoco se podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza”*.

Las *Reglas de Mallorca*, por su parte, en su intención de sugerir postulados principistas que sirvan de referencia a los ordenamientos jurídicos nacionales, establecen cuatro tipos de limitaciones relativas a métodos, formalidades y aprovechamiento o eficacia de los medios de prueba. La primera se refiere a la proscripción del uso de métodos violentos, coactivos, engañosos, o de efectos semejantes que induzcan o constriñan al imputado a declarar (regla 9ª, apartado 1). La segunda establece la ineficacia probatoria de las declaraciones de los procesados cuando se hayan incumplido en su realización las formalidades relativas a su asesoramiento por sus respectivos abogados sobre sus derechos y la conveniencia de declarar o no (regla 12ª, apartados 1 y 5). La tercera presenta un alcance mayor y consiste en la prohibición de toda intervención corporal, salvo que se cuente con el consentimiento del afectado (regla 23ª). La cuarta y última declaración que hace en este tenor, concierne a la prohibición de aprovechamiento de los medios de prueba ilícitamente producidos, en tal sentido hace una formulación general que resulta abarcadora, dice así: *No se tomarán en cuenta las pruebas obtenidas ilícitamente de manera directa o indirecta, quebrantando derechos*

fundamentales. La vulneración de esta prohibición acarreará la nulidad de pleno derecho (regla 33ª).

El último punto que recaba de atención en lo que incumbe a la actividad probatoria en el Derecho comparado es el relacionado con los principios de *libertad de fuentes de prueba y legalidad de medios de prueba*. En términos generales puede decirse que todas las legislaciones consultadas recogen en su preceptiva estos principios y que consiguientemente se afilian al método del *numerus apertus* para referirse al primero y al método del *numerus clausus* para establecer el segundo. Sin embargo, antes de proseguir, debe aclararse que no todas lo hacen con el mismo nivel de precisión y acierto. Pues, ocurre que al intentar dejar abierta la posibilidad de comprobación o demostración de determinados episodios fácticos a través de la novedosas técnicas y tecnologías, incurren en cierta tautología o repetición de vocablos que en el fondo expresan una incorrecta comprensión de la relación existente entre ambos postulados rectores y de los conceptos que se hallan en su centro como ejes rotores.

Los artículos 330 de la LECrim; 148 del CTPPAL, 191 del CPP de Perú, 134-1 del CPP de Uruguay, 171 del CPP de Bolivia y 233 del CPP de Colombia, son exponentes de la antedicha confusión terminológica. La norma uruguaya puede ilustrarnos esta afirmación, dice así ese precepto: “*Son medios de prueba las inspecciones y reconocimientos judiciales, las declaraciones de testigos, los documentos, los dictámenes de peritos, la declaración del imputado, los indicios, las reproducciones, los experimentos, la interceptación de*

comunicaciones, y cualquier otro medio no prohibido por la Constitución de la República o la ley, que pueda utilizarse aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos". Conforme a una interpretación gramatical, puede parecer que el mismo suscribe o se basa en el principio de *libertad de medios de prueba*, especialmente cuando refiere que puede utilizarse *cualquier otra medio no prohibido por la por la Constitución de la República o la ley, que pueda utilizarse aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos*. Sin embargo, si partimos de la consideración de que *medios de prueba* son los modos y formas de incorporar los sucesos de la vida real al proceso, habrá que entender que esta última alusión del citado precepto se está refiriendo a las *fuentes de prueba*, pues incluso precedentemente cita como formas autónomas de aquella categoría a las *reproducciones, la interceptación de comunicaciones y los experimentos*, cuando realmente no son más que expresiones de la realidad llevadas al rito penal a través de la prueba documental en su sentido amplio. Tomar e interpretar esa frase en su sentido literal conllevaría ampliar la facultad discrecional de los jueces en el ámbito de la ritualización garantista, lo que sería similar o equivalente a extenderles una autorización para acomodar la publicidad de los procedimientos ordinarios en situaciones específicas, utilizando de forma analógica los modos establecidos al respecto en otros procedimientos especiales, aun cuando éstos no se hallen previstos para el supuesto fáctico concreto.

Recogen con mejor redacción y claridad la esencia de este problema los artículos 192 del CPP de Córdoba, 215 del COPP de Venezuela, 84 del CPP

de Ecuador y 295 del CPP de Chile. Entre estos últimos resulta ilustrativa la redacción del precepto venezolano que bajo la rúbrica de *libertad de prueba*, expresa de forma clara y sencilla el contenido de estos conceptos, dice así esa norma en su primer párrafo: “*Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba, incorporado conforme a las disposiciones de este Código y que no esté expresamente prohibido por la ley. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas*”.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. MATERIALES UTILIZADOS

Para el desarrollo de la presente investigación utilicé los siguientes materiales: se consultó literatura especializada, de corte nacional e internacional, que abarcan los tratados más importantes en materia de Derecho Procesal Penal, Epistemología, Derecho Penal, Filosofía Penal y del Derecho. Se revisaron revistas, separatas, periódicos y materiales inéditos para complementar la información. Se accedieron a la revisión de causas penales para el estudio empírico.

Se realizaron entrevistas y encuesta que complementan la información que se brinda en la tesis.

Se consultó bibliografía electrónica, consultándose sitio de Base de Prestigio Internacional dentro de la red de Internet.

Se consultaron legislaciones de otras naciones y las nacionales.

Se accedió a Enciclopedias Generales y especializadas en ciencias jurídicas, en formato papel y electrónico.

5.2-. METODOS.

Se conoce que los métodos constituyen un modo de abordar la realidad, así como la orientación más general en el conocimiento y la transformación de los fenómenos sociales.

Como métodos empíricos fueron empleados:

- **Observación**, teniendo en cuenta las características de la investigación, este es un método universal y está presente en todas las etapas de la investigación: organizativa, preparatoria y transformadora.

- **Análisis de Documentos.** Este método brinda la posibilidad de obtener información de documentos, investigaciones, realizando una revisión bibliográfica para extraer información de libros, leyes, revistas, enciclopedias y otros artículos tanto nacionales como internacionales, sobre las temáticas, objeto de la investigación.
- **La Consulta a Expertos (método Delphi),** Es un método sociológico que a su vez incluye entrevistas, encuestas y conversación con expertos, mediante este método se obtiene información y experiencias prácticas de tanto operadores de la Justicia.
- **Método sintético** donde se pudo comprender de mejor manera la forma del procedimiento sobre los avances de mi tema investigativo, en el cual sintetice conceptos, juicios y proposiciones a través de un examen crítico y minucioso, para de esta manera poder llegar a la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis.
- De igual forma utilizaré el **método inductivo y deductivo**, quienes me permitió el estudio de la problemática a través del análisis y de la síntesis.
- **Histórico-jurídico** para la búsqueda de información sobre los antecedentes de dicha especialidad, y el contexto histórico de su evolución y desarrollo; así como el **teórico**, para fundamentar con la información acopiada, lo referente a la prueba y su incidencia en el proceso penal ecuatoriano, que teorías predominan al respecto y cuál es la posición al respecto de la Escuela Ecuatoriana de Derecho Procesal Penal.

- **Exegético-analítico:** Teniendo en consideración que para el logro de los objetivos esenciales de la investigación, se hace imprescindible, el análisis minucioso y detallado de las normas penales. El mismo comprenderá las siguientes fases: planeación (determinación de los objetivos, delimitación del objeto, elaboración del sistema de conceptos, teorías y formulación de principios); recogida de la información; procesamiento e interpretación de los datos; y presentación de las conclusiones.
- **Comparado:** A partir del análisis en legislaciones foráneas, en este caso hispanas, a los efectos de mostrar el comportamiento del fenómeno que se investiga en las legislaciones foráneas. Supone las siguientes etapas: planeación, recogida de información; procesamiento e interpretación y conclusiones, para determinar regularidades y tendencias.
- **Dialéctico:** Nos facilitará realizar un estudio de los fenómenos en su constante evolución y transformación, permitiendo observar las normas desde una arista social cambiante.

5.3-. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS.

Para el desarrollo de la actividad investigativa propuesta se utiliza como técnicas de la investigación para la recolección de la información las siguientes técnicas:

EL FICHAJE.- Que es la recuperación, estudio y sistematización de la información bibliográfica. Manejé las fichas bibliográficas, fichas nemotécnicas de transcripción y nemotécnicas de comentario, con la finalidad de recolectar información doctrinaria; así mismo mantuve un cuaderno de campo y para

registrar todos los aspectos relevantes que se establecieron durante la investigación casuística y en la recolección de la información o a través de la aplicación de las técnicas de la encuesta y la entrevista.

Me basé además en la observación, que me condujo por las diversas expresiones del objeto de estudio, mediante este procedimiento descubrí las causas y problemas.

Para la recopilación de información empírica me basaré en realizar encuestas a profesionales del Derecho, en el orden de 20.

Toda esta información, se organizó de acuerdo a cada parámetro, tabulada y posteriormente analizada, puesto que con estos datos se realizó la comprobación de los objetivos y verificación de las hipótesis planteadas.

6-. RESULTADOS.

6.1-. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS.

El presente Capítulo práctico, soporte de todo el conocimiento teórico y doctrinal desarrollado a lo largo del actual trabajo investigativo tiene como principal objetivo el de reunir todos y cada uno de los elementos que en su momento sirvieron de ayuda a la realización de dicha labor, para ello y en correspondencia con el objetivo trazado se definieron los parámetros como se muestra a continuación:

Objetivo:

Analizar la actividad probatoria en el Ordenamiento Procesal Penal Ecuatoriano, Críticas y perspectivas.

Se definieron los siguientes Parámetros en la Encuesta:

- 1) Reconocimiento del valor de la actividad probatoria en el proceso penal.
- 2) Valoración de los requisitos del *thema probandum* como parte de la actividad probatoria en el proceso penal.
- 3) Solución alternativa a los conflictos penales que se generen en la valoración de la pruebas en el proceso penal.
- 4) Papel de las partes en la valoración de la prueba en el proceso penal.
- 5) Concordancia entre la valoración de las pruebas y la resolución judicial que pone fin al proceso penal.
- 6) Posibilidad de recurrir la valoración de las pruebas ante instancias superiores de administración de justicia.

6.2-. RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.

Se definieron los siguientes Parámetros en la Entrevista:

- 1) La valoración de las pruebas como actividad más importante del proceso penal.
- 2) La normativa legal vigente debiera ser reformada en pos de lograr un eficaz proceso de valoración de las pruebas en el proceso penal.
- 3) Papel de las partes en la actividad probatoria y su valoración. Comportamiento en Ecuador.
- 4) Los requisitos de la actividad probatoria, su regulación en la legislación vigente y su incidencia en la valoración de las pruebas.
- 5) La valoración de las pruebas en el acto del juicio oral y en la sentencia penal.

Independientemente de la metodología seleccionada para la Encuesta, en la Entrevista se obtuvo de igual forma, la cifra de un número de especialistas del Sistema Penal, entendiéndose por ellos: a jueces, fiscales, abogados y profesores.

Jueces: 7

Fiscales: 5

Abogados: 5

Profesores de la Universidad: 3

Total: 20

Seguidamente se procedió a la selección de la muestra: para obtener una mayor representatividad se trató de que la muestra fuera lo más aleatoria posible.

Respecto a los especialistas del Sistema Penal, los juristas se localizaron en las diferentes instituciones jurídicas de nuestra ciudad de Loja.

Y por último se realizó el **Análisis de los Resultados**.

A través del análisis de los Resultados de las Entrevistas, a los especialistas del derecho, se obtuvieron los siguientes resultados por parámetros:

I. La valoración de las pruebas como actividad más importante del proceso penal.

En un primer intento de delimitación conceptual se ha significado que la valoración de la prueba es el momento concluyente de la actividad probatoria, pues, desde el plano o perspectiva temporal, constituye la última etapa o fase, es decir, el último de los actos procesales que integra la actividad probatoria (producción – proposición, admisión y práctica - , asunción, y valoración), y desde la óptica cualitativa o esencial constituye la actividad procesal determinante del objeto del proceso (de la relación facticia que conforma la fundamentación de la pretensión punitiva).

Sin embargo, este planteamiento resulta muy “*hepidérmico*” o aproximativo. Una mayor precisión o acotamiento del concepto exige hacer un paréntesis en aquellos rasgos que le caracterizan o definen (el sujeto, la actividad intelectual y la finalidad).

En primer orden, debe señalarse que la valoración de la prueba es susceptible de realizarse por cualquiera de los sujetos que intervienen en las etapas precedentes, de hecho, las partes (sujetos activos y pasivos) durante la fase del debate, especialmente durante sus informes orales conclusivos ante el tribunal, destinan un porcentaje nada despreciable de los mismos – a veces el más significativo – a analizar o evaluar el resultado de los medios de prueba. En cambio, la valoración de la prueba, en la dimensión y trascendencia que

conlleva considerarle como una subcategoría dentro del sistema probatorio, incumbe, únicamente al sujeto destinatario de la prueba, al sujeto de la decisión en el proceso penal, es decir, al Juez.

También debe subrayarse la distinta valía o connotación procesal - especialmente dentro del ámbito del proceso probatorio - de los términos “*apreciación*” y “*valoración*”.

Apreciar, como su propio sentido etimológico lo indica, es una actividad en la que predomina el componente perceptivo o sensorial por cuanto conlleva - cognoscitivamente - entrar en contacto con determinado objeto, es decir, entraña inmediación como peldaño de la percepción (contacto directo). Ello procesalmente equivale a señalar que es la directa relación con el medio de prueba en el momento de su práctica (con excepción de la llamada “*prueba anticipada o pre constituida*”). Con este proceder el juez asume los datos que éste le ofrece (fuente de prueba), lo que pone de relieve su componente intelectual (menor en comparación con la valoración) en tanto el sujeto destinatario de la prueba va conformando “*su juicio acerca de la credulidad y eficacia de la fuente de prueba.*”¹⁸⁵.

La valoración como análisis crítico del material probatorio, aunque no es exclusiva de la etapa de decisión sobre éste, pues, como se ha visto, también la asunción presenta o requiere de esta operación cognitiva, vista como subconcepto y como etapa del proceso probatorio, es posterior a la asunción y

¹⁸⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Ob.cit, P.-106.

tiene una naturaleza eminentemente intelectual, corresponde al momento resolutivo o fase decisoria del proceso.

Asimismo, se afirma por los especialistas que mientras la apreciación tiene un carácter fragmentario, en tanto tiene lugar en la inmediata relación con los medios probatorios (su percepción directa o juicio crítico sobre credulidad y eficacia de los datos fácticos que ofrecen, de las fuentes de prueba), la valoración, aunque incluye el análisis particularizado de éstos, va más a la evaluación del cuadro total y global del material probatorio y del suceso.

La finalidad de la valoración de la prueba en el contexto general, es otro punto que exige de precisión para la definición de aquélla. La una y la otra, como actos procesales que son, persiguen un fin. Empero, ambos no tienen que coincidir necesaria e ineludiblemente, pues la prueba, en tanto la presunción de inocencia no exige demostración, persigue la comprobación del objeto que promueve la actividad jurisdiccional (del suceso hipotético y pretérito que revisten caracteres de delito), mientras la valoración – en su condición de actividad concluyente – se destina a determinar la veracidad o falsedad de la imputación o la irremediable existencia (o persistencia) de la duda en su doble acepción o connotación procesal (como producto “*del equilibrio de significaciones probatorias contrapuestas*” y como consecuencia de “*una actividad probatoria deficiente, incompleta*”), en otras palabras, ésta se encamina a determinar el resultado, eficacia o significación de aquélla. Se dice con ello que aunque la prueba no cumpla su objetivo (por no poseer fuerza incriminatoria plena) el fin de la valoración queda satisfecho. Esto le confiere

otra nota de peculiaridad y autonomía (relativa) dentro de la estructura jurídica de prueba procesal.

Todo lo antedicho nos permite definir la valoración de la prueba como *la actividad u operación intelectual de exclusividad jurisdiccional llevada a cabo durante la etapa decisoria del proceso con el fin de determinar si los datos fácticos obtenidos de la práctica de cada medio de prueba poseen la entidad y cualidad suficiente y requerida para destruir la presunción de inocencia y permitir la certeza plena (objetiva y contrastable) sobre la ocurrencia del hecho objeto de la pretensión punitiva y del proceso.*

II. La normativa legal vigente debiera ser reformada en pos de lograr un eficaz proceso de valoración de las pruebas en el proceso penal.

En lo que concierne al objeto de prueba y a los requisitos del *thema probandum* las previsiones de nuestras leyes rituales han sido verdaderamente escasas.

El objeto de prueba no ha sido definido ni regulado de forma autónoma e independiente por ninguna de ellas. Su conceptualización podría colegirse de lo que han previsto sobre la finalidad del *sumario*, según el artículo 299 de la LECrim, o *fase preparatoria*. Pues, si excluimos lo declarado en éstos preceptos sobre las diligencias que son propias y exclusivas de esta etapa procesal, tales como la recogida y conservación de las fuentes de prueba y la prueba anticipada, tendremos como resultado lo que podría constituir la definición de este concepto, es decir, la comprobación de la existencia del

delito, la determinación de la participación de los presuntos responsables y el grado en que tuvo lugar ésta.

En lo que respecta a las exigencias del *thema probandum* dichas legislaciones sólo han establecido regulaciones sobre la *pertinencia y utilidad* de los medios de prueba y sobre los *hechos admitidos* como categoría de *exoneración de prueba*.

En torno al primer requisito se advierte que todas nuestras legislaciones la han previsto con gran parquedad, en sentido positivo y de modo conceptual, en tanto sólo se han referido a la admisión mediante auto de las pruebas que resulten *pertinentes*.

La precisión de lo que resulta o no pertinente ha estado a cargo de nuestro máximo órgano de justicia en sus sentencias resolviendo recursos de casación interpuestos por este motivo. Según él, reúne esta cualidad la prueba *que conlleva en sí misma elementos suficientes que contribuyan al esclarecimiento de los hechos o a la debida calificación del delito y de la participación o determinen la variación sustancial del hecho imputado*.

Sobre esa base conceptual dicho órgano, al resolver de modo casuístico recursos de ese tipo, interpuestos con igual finalidad, ha ido estableciendo pautas que pueden servir de orientación a los tribunales de instancia en el uso de la facultad de admitir o rechazar las pruebas propuestas por las partes,

conforme a lo previsto en las citadas legislaciones. Veamos las más significativas:

a) Las partes, en sus respectivos escritos de conclusiones provisionales, deben expresar los puntos o extremos sobre los que recaería la prueba propuesta para que el Tribunal pueda decidir sobre su pertinencia.

b) Tiene el carácter de prueba propuesta en tiempo y forma, la testifical que lo fue oportunamente con la manifestación de que los testigos habían de declarar “a tenor de los particulares del hecho motivo del proceso”, pues esta indicación es suficiente para juzgar su pertinencia.

c) Las partes, no pueden mostrar su inconformidad con la prueba que haya propuesto la otra parte, por la sencilla razón de que es facultad exclusiva del tribunal decidir sobre su pertinencia.

d) No es dable rechazar pruebas por no ser ellas auténticas con anterioridad, porque tal condición pueden adquirirla mediante la diligencia que se practique en el juicio oral, sin que sea necesario solicitar éstas en el trámite de promoción de la prueba.

e) No son pertinentes las pruebas que tienen por finalidad corroborar lo ya comprobado por otras diligencias de prueba.

f) No son pertinentes las pruebas que no pueden desvirtuar el resultado de otras pruebas que sirvieron al Tribunal para afirmar lo expuesto.

g) El hecho de que una prueba se proponga para ser practicada fuera de horas de audiencia no es motivo suficiente para rechazarla.

h) Además la importancia y necesidad de la diligencia de prueba denegada, esta negativa debe producir indefensión para que prospere el recurso.

i) La denegación de la práctica de una prueba, debe estar debidamente fundamentada.

Nuestras leyes rituales del ámbito punitivo no han excluido expresamente la acepción formal o tradicional de la carga de la prueba, pero, al igual que ocurre en algunos de los códigos comentados precedentemente, ello se infiere de las ideas rectoras en que se han inspirado para establecer el régimen probatorio y los trámites relacionados con éste. Esas ideas o principios son los siguientes:

- a) El *principio de presunción de inocencia*.
- b) El *principio de objetividad de la investigación o de imparcialidad de los funcionarios judiciales*.
- c) El monopolio en el ejercicio de la acción penal en interés y representación de la sociedad por el Ministerio Público y como expresión del principio de heterotutela.
- d) La proposición de pruebas como requerimiento del escrito de conclusiones provisionales del Fiscal instando el ejercicio de la jurisdicción.

También debería citarse en este sentido el precepto que instituyó las funciones del Fiscal en el proceso pena. Sobre la base de estas disposiciones legales, podríamos concluir que tanto la vigente ley como las que le precedieron se basaron en una concepción sobre la carga de la prueba con la cual se descarta la noción civilista o subjetiva, es decir la distribución de esta actividad entre los sujetos de la contienda jurídico penal. Sin embargo, esto no nos permite afirmar que la responsabilidad recaiga totalmente sobre el Fiscal, por cuanto todas

ellas se inspiraron en una noción del principio de investigación oficial que denota pervivencias del sistema inquisitivo de enjuiciar, con la cual esta responsabilidad resulta compartida con los jueces.

Estas atribuciones que se confieren al órgano juzgador, justificadas al parecer en una mayor eficacia de la actividad probatoria, no sólo invaden el ámbito de funciones del Ministerio Público, sino que, al comprometer a los jueces con el éxito de dicha actividad, desnaturaliza la esencia acusatoria que debe regir en el debate y puede llegar incluso a contaminar la imparcialidad de éstos.

De lo antedicho se colige la necesidad de barrer de nuestro texto legal esas reminiscencias inquisitivas.

Algo similar ocurre en relación con la carga objetiva de la prueba, ya que ninguna de dichas leyes han establecido el modo en que deberá proceder el órgano jurisdiccional ante la existencia del hecho incierto (o la duda) ni tampoco han regulado de forma explícita el *principio in dubio pro reo*.

Sobre la base de la interpretación de estos preceptos, puede afirmarse que nuestra legislación de trámites penales también exonera al acusado de responsabilidades para con la actividad probatoria. Debiéndose recordar, que según se ha establecido antes, esa liberación comprende incluso a los hechos impeditivos y a los extintivos. Pues la prueba de aquéllos permitirá comúnmente deducir la de éstos.

III. Papel de las partes en la actividad probatoria y su valoración. Comportamiento en Ecuador.

La doctrina del proceso penal tradicionalmente¹⁸⁶ ha venido reconociendo dos sistemas contrapuestos de valoración de la prueba: el de la prueba legal, tasada o tarifada y el de la prueba libre o de libre apreciación de ésta. Sin embargo, en los últimos tiempos, por la irracionalidad y el subjetivismo que permeó a este último sistema conforme a la línea abierta por Filangieri, un sector de la doctrina, ante la necesidad de dotarlo de la científicidad y la racionalidad requeridos, con arreglo a lo que mayoritariamente se acepta y conoce como “*reglas de la sana crítica*”, propone una clasificación tripartita de éstos que – en términos generales – se caracteriza del siguiente modo:

A. Sistema de la íntima convicción o apreciación en conciencia de la prueba: Corresponde al enjuiciamiento acusatorio puro, por lo que tiene sus orígenes en Grecia y en el derecho de la Roma Republicana. Reaparece con la Revolución Francesa, primero vinculado a la institución del jurado en las leyes de 18 de enero y de 16-29 de septiembre de 1791, y más tarde, en 1808, en el artículo 342 del *Code d' Instruction Criminelle*, se establece para su aplicación por los jueces profesionales, expandiéndose por esta vía a la mayoría de las legislaciones procesales europeas de la época. Se caracteriza por conceder a los jueces amplias facultades en relación con la apreciación de las pruebas, por cuanto la ley no prescribe reglas que orienten su conducta al evaluar la suficiencia y plenitud de éstas y mucho menos indica apriorísticamente el valor o virtualidad probatoria de los medios de prueba practicados, sólo les exige la sinceridad de su conciencia, es decir, su íntima convicción. Tampoco se

¹⁸⁶ Así, a modo de ejemplo, VIADA, FENECH, KIRÁLY, MIRANDA ESTRAMPES, FERNÁNDEZ ENTRALGO, ASECIO MELLADO, DEVIS ECHANDIA, PRIETO CASTRO Y GUTIERREZ DE CABIEDES, en las obras citadas.

demanda de éstos la fundamentación, razonamiento o motivación de sus conclusiones, por entenderse como patrimonio de su íntima conciencia.

B. Sistema de la tarifa legal¹⁸⁷ o de la prueba tasada: Se ubica en el extremo opuesto al anterior y es propio del enjuiciamiento de tipo inquisitivo y de la burocratización de la actividad jurisdiccional. Surge para limitar y controlar – de algún modo – las omnimodas facultades del juez inquisidor¹⁸⁸. Su signo más característico es el establecimiento de restricciones a la actuación probatoria de los jueces a través de la previsión del modo de probar determinados delitos,¹⁸⁹ de la regulación taxativa de las condiciones que deben cumplir los elementos de prueba para la deducción de su grado de convicción y de la fijación predeterminada del valor probatorio de los medios de prueba¹⁹⁰.

C. Sistema de la libre convicción, de la sana crítica o de la crítica racional: El redescubrimiento y regreso a la íntima convicción significó la vuelta a la reclamada libertad en materia de valoración de la prueba, pero esta fue predominantemente entendida como absoluta, total e ilimitada, sin sujeción a regla alguna, incluso ni a las de la lógica ni a las de la experiencia. Este modo de interpretarse condujo a la “*dictadura del subjetivismo judicial*”, pues, además de lo indicado, tal y como se ha dicho antes, no se exigía la

¹⁸⁷ DEVIS ECHANDIA, HERNANDO, *Teoría general de la prueba judicial*, T-I, 2da edición, Bs.As., 1972, PS 85 y 86. Prefiere esta denominación y reserva la expresión de prueba legal para designar al régimen de legalidad o limitación de los medios de prueba frente al de libertad de lección de éstos.

¹⁸⁸ MAIER, JULIO, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Bs.As., 1989, T.-I, PS.-595 y Ss.

¹⁸⁹ CESARE BECCARIA en su famoso ensayo “*De los Delitos y de las Penas*” presta atención a este problema en su capítulo 31 denominado “*Delitos de prueba difícil*”, trad. De Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, Madrid 1968, PS.-86 a 89.

¹⁹⁰ Véase SENTIS MELENDO, Santiago, *La Prueba*, Bs.As., 1979, PS.-248 y SS. Ya VELEZ MARICONDE, A, *Derecho Procesal Penal*, Bs.As., 1968, T-II, PS.-357.

fundamentación o motivación de la apreciación probatoria, o lo que es lo mismo, los jueces no venían obligados a explicar en la resolución definitiva las razones que le llevaban a apreciar las pruebas de un modo o de otro, lo que permitía la formación de la convicción judicial prescindiendo de los medios de prueba producidos en el juicio (y hasta de la prueba en sentido amplio), dicho de otro modo, de su sustento objetivo. Esta metamorfosis (de la libertad a la irracionalidad en el convencimiento judicial), provocó una fuerte reacción en la doctrina llegándose a abogar mayoritariamente¹⁹¹ por la reglamentación de las mentadas pautas garantistas (reglas de la sana crítica – de la lógica, la experiencia, la psicología, etc. – en la apreciación de la prueba y la motivación de la resultancia probatoria).

Conforme a la opinión doctrinal que venimos siguiendo, estas correcciones al sistema de íntima convicción poseen la entidad cualitativa suficiente como para configurarlas como un *tertium genus* o como nuevo modo de valoración con independencia y autonomía respecto a los anteriores.

Existen otros autores que lejos de reconocerles entidad propia estiman erróneo diferenciar entre uno y otro método de valoración por cuanto la íntima convicción y la crítica racional no son concepciones que se oponen ni contradicen sino que ésta complementa aquélla. Señalan además que el empleo de las reglas de la lógica y la experiencia no constituyó ni constituye un criterio de distinción entre los sistemas de valoración contrapuestos, pues la única diferencia entre éstos radicaba en que en el de prueba tasada, con

¹⁹¹ Así, los autores citados en la nota 89 y 90.

vocación de generalidad y legalidad, se plasmaban en la ley, mientras en el de libre convicción no se regulaban legalmente, lo que no significaban que no fueran de obligatoria observancia por el juez.¹⁹²

Este último sector de la doctrina opina también que la falta de fundamentación o motivación fáctica de las resoluciones judiciales definitivas en la versión inicial del método de libre valoración obedecía a la falta de exigencia legal al respecto y a que resultaba prácticamente difícil o imposible “*explicitar lo que se basaba en meras expresiones, intuiciones o corazonadas y no en criterios objetivos racionales*”¹⁹³, es decir, por no emplearse lo que se conoce como “*reglas de la sana crítica*”.

Quienes niegan la clasificación tripartita de los sistemas de valoración prefieren hacer una distinción entre los períodos históricos de existencia del método de apreciación en conciencia de la prueba, distinguiendo entre un momento de irracionalidad y arbitrariedad en su aplicación y otro de científicidad y logicidad.

IV. Los requisitos de la actividad probatoria, su regulación en la legislación vigente y su incidencia en la valoración de las pruebas.

Los especialistas coinciden sin embargo en señalar la necesidad de la racionalidad y científicidad de la valoración de la prueba y en admitir ciertos rasgos que le caracterizan y que hacen pertinente y útil la plasmación legal de pautas garantistas que permiten evitar la subjetivización y formalización excesiva de la verdad en el proceso penal.

¹⁹² MIRANDA ESTRAMPES, Ob.cit, P.-159.

¹⁹³ IBIDEM, P.-164.

Los rasgos que generalmente se admiten como característicos de esta versión objetivista y garantista de la libre valoración de la prueba son:

La racionalidad objetivable: Alude a la necesidad de que la convicción del órgano jurisdiccional se haya formado sobre la base de una prueba plena, objetiva y contrastable o que por lo menos haga factible su exteriorización razonada sobre la base de estándares objetivos prefijados (las reglas de la sana crítica).

El carácter social: Deviene no sólo de la naturaleza social de la función judicial (por su legitimación, por su objeto y por los medios que se emplean para su desarrollo) sino también, y muy especialmente, porque los estándares objetivos prefijados (reglas de la sana crítica) para la valoración de la prueba constituyen roles, patrones o comportamientos sociales admitidos como válidos en un contexto socio- histórico determinado.

La susceptibilidad de repetición intelectual: La mejor garantía de racionalidad, objetividad y transparencia del convencimiento judicial sobre el resultado de la prueba es la exigibilidad de repetición mental por un tercero que bien puede ser otro juez, las partes legitimadas en el proceso, o cualquier otro ciudadano.

La revisibilidad: Característica que teniendo como presupuestos las anteriores viene a posibilitar el control tanto intraorgánico como interorgánico de la apreciación de la prueba en el proceso penal.

Sobre la base de dichas características, el sector doctrinal que suscribe esta línea de pensamiento, propone o avala mayoritariamente la previsión legal de un conjunto de mecanismo o garantías que tienden a la objetivación de la valoración de la prueba. Ellos pueden resumirse del siguiente modo:

La libertad del órgano jurisdiccional para ponderar los diferentes elementos de prueba.

La prueba debe ser producida en el juicio oral con las garantías procesales requeridas.

La necesidad de una “*mínima actividad probatoria*” de signo incriminatorio para desvirtuar la presunción de inocencia.

El acta del debate debe contener – de forma extractada o resumida – lo acontecido en este acto con los medios de prueba.

La motivación fáctica de la sentencia.

El control endoprocésal de estos requerimientos a través de los medios de impugnación que resulten pertinentes.

V. La valoración de las pruebas en el acto del juicio oral y en la sentencia penal.

En lo que concierne a la producción de la prueba con las garantías procesales requeridas en el juicio oral, como segunda exigencia del método de su libre valoración, sólo nos interesa aquí hacer dos acotaciones, una respecto a qué se entiende por producido en la mentada etapa procesal y otra en cuanto a qué de lo producido debe estimarse como susceptible de valoración. Dicho en términos procesales, nos ocuparemos de la eficacia probatoria de las diligencias practicadas antes del juicio oral y de la trascendencia, permisibilidad y utilidad valorativa de la prueba ilegítimamente obtenida.

Óptica y gnoseológicamente, en lo relativo al primer problema, como bien indica KIRÁLY¹⁹⁴ y LARIN,¹⁹⁵ no parece que hayan muchos inconvenientes para reconocer inicialmente virtualidad y fuerza cognitiva a las diligencias de instrucción, pues entre las etapas del proceso penal y las fases del proceso gnoseológico no existe una exacta y necesaria correlación y coincidencia¹⁹⁶, además el objeto de conocimiento, como cúmulo de circunstancias fácticas pretéritas e hipotéticas, cuya averiguación y demostración constituyen el centro de aquél, tiene naturaleza metaprocesal, es decir, existen con anterioridad e independencia al mismo. Sin embargo, el enfoque cognitivo filosófico, tal y como hemos dicho antes, no resulta suficiente por constituir el Derecho Procesal penal un área especial del saber humano y de la práctica social y por haberse suscrito precedentemente la tesis de la naturaleza procesal de la prueba.

¹⁹⁴ Ob. Cit, PS.-71 y SS.

¹⁹⁵ LARIN, A, *Tribunales y organismos de instrucción*, en Bases Constitucionales de la justicia en la URSS, Redacción “*Ciencias Sociales Contemporáneas*”, Moscú, 1984, P.- 95.

¹⁹⁶ KIRÁLY, Ob.cit, P.-72.

Desde la perspectiva procesal, el reconocimiento de valor probatorio a las diligencias de fase preparatoria - doctrinalmente - pasa por la admisión o no de la distinción entre actos de investigación y actos de prueba. Así, quienes no aceptan esta distinción consideran que aquellos también tienden “*a obtener el convencimiento del juzgador*”, mientras los que admiten la diferencia rechazan la posibilidad de que puedan conformar la convicción judicial. Esta última postura es hoy predominante y es además la que defendemos por las siguientes razones:

La división predeterminada legalmente del proceso penal principalmente en dos grandes etapas si bien tiene en cuenta factores de índole gnoseológica – fundamentalmente el carácter indirecto de la cognición y los riesgos del subjetivismo (posibilidad de errores perceptivos, lógicos y semánticos) – se inspira en ideas de naturaleza histórica y sociopolítica. En efecto, la estructura multifásica moderna del mismo es una conquista de la humanidad basada en la experiencia y praxis sociales cuyo objetivo esencial es distribuir las funciones procesales (investigar, acusar y juzgar) en las diferentes fases para de este modo evitar la concentración de poder en un solo sujeto, así como los desmanes y arbitrariedades que ello puede acarrear según quedó demostrado con la “*organización*” propia del sistema inquisitivo de enjuiciar.

La demostración de un suceso o fenómeno exige antes su investigación, así, sobre la base de la concepción precedentemente expuesta, a la instrucción (como primera etapa) corresponde lógicamente esta función mientras aquélla es propia del juicio oral (etapa de la decisión).

La investigación plantea a la autoridad que la dirige valerse de todos los medios y métodos legalmente autorizados para descubrir, fijar y asegurar los elementos de la realidad (metraprocesales) relacionados con el suceso delictivo y su presunto responsable (fuente de prueba), empero, tal y como hemos suscrito antes, su virtualidad demostrativa y eficacia procesal requieren de su ritualización garantista, es decir, de la factibilidad de su reproducción en otras fases, de la susceptibilidad de su confrontación y valoración por otros sujetos y del respecto de la dignidad e integridad personal de quienes intervienen en el proceso, principalmente del inculpado. Esta formalización procesal se logra a través de la conversión de las fuentes de prueba en medios de prueba (los legalmente autorizados) y estos últimos se practican en el juicio oral.

La inmediación en la percepción del objeto de conocimiento por el sujeto cognoscente y la confrontación – procesalmente conocidos como principios de contradicción y de inmediatez – constituyen premisas vitales de la cognición humana, pues sólo a través de la realización de aquéllas puede ésta saltar en espiral a peldaños superiores (el desarrollo exige de la intervención directa del sujeto y de la superación de las contradicciones). Junto a estas premisas deben cumplirse en el proceso penal – como proceso cognoscitivo peculiar – otras que el constitucionalismo moderno configura como derechos fundamentales autónomos, aún cuando algunos se derivan o incardinan como presupuestos de aquéllas, ellos son: la igualdad de las partes, la publicidad, la oralidad y el derecho de defensa. Todos ellos alcanzan su plenitud y su nivel más alto de concreción en el juicio oral.

La tesis de la acusación se basa en una afirmación problemática y probabilística, en tanto su formulación tiene lugar en un momento procesal en que aún no se ha desvirtuado la presunción de inocencia. Esto, como se ha dicho, sólo puede ocurrir cuando los citados principios y derechos alcanzan su máximo esplendor y se logra con el tránsito de lo probable a la certidumbre plena y objetiva (completa o suficiente fundamentación de un juicio desde las perspectivas fácticas y lógicas). Esta mutación exige de la exclusión de las versiones contradictorias o distintas que puedan surgir del mismo material probatorio, es decir, requiere de la refutación de la tesis inculpativa inicial promotora de la actuación jurisdiccional, lo que a su vez constituye una función procesal de la defensa, cuyo escenario más idóneo es el acto del juicio oral.

Lo dicho hasta aquí, en torno a la naturaleza y eficacia probatoria de las diligencias de instrucción, aunque constituye la regla general, no tiene carácter absoluto, pues existen supuestos excepcionales conocidos como *“prueba anticipada”* y *“como conversión de actos de investigación en actos de prueba”* a los que se les reconoce valor probatorio. El fundamento general de estos casos responde, según parece, a la idea de no hacer depender el ejercicio del *“ius puniendi”* y la protección de los bienes jurídicos fundamentales de situaciones especiales ajenas e independientes al proceso mismo y a la voluntad y correcta diligencia de sus protagonistas por llevarse al extremo la concepción de la eficacia probatoria de los actos de investigación, aun cuando la misma pueda lograrse respetando el abanico de garantías rotulado para proteger al ciudadano de posibles arbitrariedades.

Las situaciones especiales que pueden presentarse ASENSIO MELLADO las clasifica en causas absolutas y causas relativas (irreproducibilidad de las diligencias de instrucción en el juicio oral). Entre las primeras cita el fallecimiento de testigos o peritos, el paradero desconocido y las anomalías físicas y psíquicas. En la segunda clasificación agrupa circunstancias tales como las enfermedades y dolencias, la edad avanzada, la debilidad de las personas o impedimentos perdurables o importantes. Al mismo tiempo, este autor diferencia entre situaciones impeditivas de la asistencia del sujeto al juicio oral y aquellas que aun siendo temporales impiden que éste preste declaración; la trascendencia de esta última distinción radica en que las del primer grupo imposibilitan la comparecencia pero no la declaración, siendo posible ésta a través del auxilio judicial. De esta distinción se ha dicho que – por tener carácter general – “sólo tiene interés especulativo o doctrinal”, nosotros, aun cuando coincidimos con quienes así piensan, por considerar que es decisiva la ponderación de las razones que se presentan en el supuesto específico, opinamos que cuando no están positivizadas o, lo que es lo mismo, cuando no han sido previstas en la legislación, la misma constituye un valioso criterio de orientación en la solución concreta de éstos.

En cuanto a la “*prueba anticipada*”¹⁹⁷ en sentido particular, debemos significar que la doctrina es prácticamente unánime en concederle naturaleza de acto de prueba, aún cuando su práctica tiene lugar fuera o antes de la fase de debate del juicio oral, pues la misma puede llevarse a cabo durante la etapa inicial del

¹⁹⁷ A veces suele identificarse o utilizarse como equivalente o sinónimo de este término el concepto *prueba preconstituida*. Debe precisarse que desde la perspectiva teórica son bien diferentes uno y otro. Pues este último es de procedencia civilista y consiste en aquella prueba que preexiste al proceso con la finalidad de constituir una relación jurídica para su futura acreditación. Comúnmente suele usarse para ello la prueba documental.

proceso o una vez avanzado éste, es decir, en los trámites previos a la pública confrontación de las partes o fase intermedia (según se reconozca o no la autonomía de este momento procesal). Para cumplir esta cualidad se plantea que debe reunir los siguientes requisitos:

- a) La previsibilidad de su irrepetibilidad en el acto del juicio oral (requisito material).
- b) Su introducción en el juicio oral por medio de la lectura de las diligencias que obren en la causa (requisito formal).
- c) La intervención del Juez Instructor o de aquel que deba decidir sobre las medidas restrictivas de los derechos de quienes intervienen en el proceso, según sea el sistema legal adoptado (requisito subjetivo).
- d) La participación del Abogado Defensor (nombrado o de oficio) y del Fiscal para garantizar la confrontación o principio de contradicción (requisito objetivo).

El otro supuesto de excepción al principio de producción de prueba en el juicio oral es – tal y como hemos indicado antes – el relativo a la “*conversión de actos de investigación en actos de prueba*”. La admisión de esta posibilidad se viene abriendo paso en la doctrina jurisprudencial y científica, aunque cierto sector se opone a la misma por estimar que constituye una contradicción “*in terminis*” o por considerar que únicamente pueden poseer tal eficacia probatoria las diligencias sumariales que se preconstituyen conforme a los requisitos previstos para la prueba anticipada o aseguramiento de la prueba. No obstante, debe significarse que quienes admiten tal posibilidad señalan la

necesidad de proceder con “criterio restrictivo”, es decir, “*sólo cuando las diligencias no puedan ser reproducidas en el juicio oral por causas independientes a la voluntad de las partes*”.

La vía que se señala como apropiada para la introducción de la diligencia de investigación con valor probatorio en el juicio oral es la de la lectura de las fojas o folios del expediente de fase preparatoria, pues sólo de este modo pueden adquirir las notas de publicidad, intermediación y competitividad que se exigen como garantías, con la consecuente posibilidad de refutación de aquellas que posean carácter incriminatorio.

Entre los actos de investigación que se consideran susceptibles de esta conversión se cita:

- A. El atestado (siempre que se reproduzca en el juicio oral y los agentes que lo hayan rubricado comparezcan al mismo y lo ratifiquen).
- B. El reconocimiento en rueda (cuando se haya observado durante su relación las garantías propias de la prueba anticipada).
- C. El reconocimiento fotográfico (puede introducirse en la fase de debate en calidad de prueba documental sí se ha llevado a cabo en presencia de letrado – nombrado o designado de oficio - y se ha complementado con el reconocimiento en rueda).
- D. El croquis de los agentes de tránsito (sí resulta susceptible de aclaración, precisión y contradicción en el juicio oral).

E. El test de alcoholometría (a través de su reproducción en la etapa de plenaria con la comparecencia y ratificación de quienes lo practicaron, agentes, médicos, etc.).

F. La entrada y registro domiciliario (se exige para su valía probatoria el respeto de las normas procesales que establecen las garantías para su realización y la posibilidad de ser sometido a contradicción).

G. La instalación de artificios o aparatos para la captación y grabación de sonidos en domicilios particulares (por la grave limitación que conlleva al derecho a la intimidad, debe provenir de una decisión jurisdiccional motivada, precisa y basada en criterios de proporcionalidad, realizarse con el máximo de cautela y ser factible de debate para que pueda adquirir valor probatorio).

H. Las intervenciones telefónicas (como diligencias de investigación de gran lesividad al derecho a la intimidad de las personas proporciona sólo una fuente de prueba, por lo que para adquirir valor probatorio deben someterse a las reglas procesales de la prueba documental y llevarse a cabo con extrema cautela).¹⁹⁸

I. Los testigos cuyo testimonio resulte de imposible reproducción en el juicio oral (por su nacionalidad extranjera, paradero desconocido, fallecimiento, etc.) cuando la causa impeditiva (absoluta o relativa) haya sido imprevisible para las

¹⁹⁸ Se refieren especialmente a los requisitos que deben reunir estas diligencias LOPEZ FRAGOSO. – Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, COLEX, Madrid, 1991; LOPEZ BORJA DE QUIROGA. – Las escuchas telefónicas y la prueba ilegítimamente obtenida. ED. Akal, Madrid, 1989.

HERNANDEZ GIL, a partir de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos KLASS, MALONE, SILVER, THE SUNDAY TIMES, SCHÖNEMBERGER, DURMAZ, HUVIG y KRUSLIN, señala como exigencias o cautelas que deben observarse las siguientes: a) Regulación “*expresa, clara y detallada*” en la Legislación Nacional que a su vez debe resultar “*accesible y conocida*”; b) Autorización judicial, basada en una necesidad social de una sociedad democrática, “*imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida*”; c) Orientación a las “*finalidades establecidas en el artículo 8-2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*” (Seguridad Nacional, Seguridad Pública, Bienestar Económico, Defensa del Orden, Prevención de Delitos, Protección de la Salud, de la Moral, y de los Derechos y Libertades de la Persona); d) Concreción de los “*mecanismos Legales de Control Judicial*”; y e) Previsión de recursos que permitan impugnar las resoluciones que dispongan dichas interrupciones ante un órgano jurisdiccional independiente, imparcial y en proceso público. (ob.cit., págs. 97 y 98).

partes (por el recurso excepcional de la lectura del acta de sus declaraciones, podrán dichos testimonios adquirir rango de prueba).

J. Los informes de órganos administrativos (con esta denominación suelen comprenderse los informes y dictámenes toxicológicos - en casos de drogas -, los dactiloscópicos, etc., nosotros estimamos que éstos, aunque reproducibles en el juicio oral, deben someterse a las reglas de la prueba pericial anticipada).

➤ **El acta del debate debe contener – de forma extractada o resumida – lo acontecido en este acto con los medios de prueba.**

La siguiente exigencia de este principio – *el acta del debate contentiva de lo acontecido con los medios de prueba en el juicio oral* – condiciona necesaria y convenientemente a las que restan por examinar, pues únicamente a través de su correcta realización podrá más tarde efectuar el órgano jurisdiccional la fundamentación o motivación de la sentencia conforme a lo realmente acontecido en cuanto a la actividad probatoria llevada a cabo en dicho acto, al tiempo que permitirá finalmente al tribunal *ad quem*, por la vía impugnativa que legalmente proceda, hacer un control más eficiente de las formas y modos en que se obtuvo la verdad histórica judicial, así como la compatibilidad de la narrada en dicha resolución y lo que resulta factible obtener a partir de lo registrado en la contienda procesalmente legitimada para ello.

➤ **La motivación fáctica de la sentencia.**

La penúltima de las exigencias es la relativa a la *motivación fáctica de la sentencia*. *Prima facie*, conviene recordar que la motivación de ésta - en

sentido general - comprende la fundamentación del juicio sobre los hechos; la fundamentación de la “ *subsunción* ” y la fundamentación de la individualización de la pena, sin embargo, de ellas sólo nos interesa la primera, ya que las restantes rebasan el marco de lo que aquí es el objeto de nuestro examen.

La motivación de la convicción o apreciación razonada de la prueba está indisolublemente vinculada a la progresiva objetivación y garantismo del principio de “ *libre valoración de la prueba*”, pues conforme a la concepción subjetivista abierta a partir de la postura de *Filangieri* y basada en la convicción interna y en la exigencia de la “ *sinceridad de conciencia*”, es decir, en las emociones o corazonadas de los jueces, carece de lógica la exigencia de fundamentación fáctica de la resolución definitiva al tiempo que no resulta fácil explicar lo que se deriva de aquéllas. Ello sólo es comprensible y posible cuando el *iter* formativo de la convicción tiene su origen en las pautas objetivas de los conocimientos científicos, los principios de la experiencia y las reglas de la lógica.

Entre las funciones que se reconocen a la fundamentación del juicio fáctico figuran:

- a) La evitación de la arbitrariedad e irracionalidad en los fallos, pues hace factible lo que se conoce como “ *control jurídico social*” que, como bien sugiere esta expresión, trasciende a los sujetos procesales y propende a la transparencia y democratización del proceso penal.
- b) La mejor realización del principio de publicidad, no ya en su sentido primigenio liberal que entendía a éste como mera presencia en el “ *espectáculo*”

judicial”, sino en su significado de participación ciudadana en la administración de justicia.

c) El más efectivo ejercicio del derecho a recurrir con el consecuente (y antedicho) control por el tribunal *ad quem* de la estructura racional de la prueba (relación entre pruebas practicadas y hechos declarados probados).

En cuanto a su contenido, señalan los especialistas que la motivación del juicio sobre los hechos debe poseer las siguientes exigencias:

a) La consignación de los resultados a que se arriba con la valoración de la prueba (para facilitar el control de la convicción judicial, es decir, para conocer si ésta se ha formado con base a lo alegado y probado o en las emociones e intuiciones personales del Juez).

b) La expresión de los criterios utilizados en la valoración de las pruebas (de modo que resulten conocidas las pautas objetivas empleadas – las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia – y se garantice la coherencia de la fundamentación).

c) La exposición del “*iter formativo de la convicción*” (a través de la explicitación de las razones por las cuales elige unas pruebas y desecha otras).

De este modo, queda claro que la motivación de los hechos no consiste en el simple inventario de las pruebas practicadas ni en la mera descripción de la actividad probatoria llevada a cabo durante el juicio oral, motivar la resolución definitiva, como el propio verbo lo indica, es mucho más. Motivar es fundamentar, razonar, criticar, justificar y hasta convencer. Por esto la motivación fáctica implica “*la exteriorización del análisis crítico de la eficacia o*

fuerza persuasiva de las pruebas llevado a cabo por el juzgador para alcanzar la convicción”.

➤ **El control endoprocesal de estos requerimientos a través de los medios de impugnación que resulten pertinentes.**

Las exigencias de este principio hasta aquí examinadas (la libertad del órgano jurisdiccional para valorar la prueba, la mínima actividad probatoria de signo incriminatorio suficiente, su producción con las garantías del juicio oral, el acta del debate y la motivación fáctica de la sentencia), son formalidades que merecen la calificación de fundamentales, en tanto, desde la perspectiva gnoseológica, propenden a una más exacta conformación del objeto de conocimiento, y desde la óptica procesal, garantizan una mayor pureza del proceso. Por tal razón, la doctrina es prácticamente unánime en plantear la necesidad de dejar abierta *la vía de la impugnación* para cuando se estimen vulneradas o quebrantadas, se garantice objetiva (pluralidad de fases) y subjetivamente (pluralidad de sujetos) su revisión y control con la mayor “asepsia” posible. Siendo así, sólo resta, conforme a los objetivos que nos propusimos, hacer algunas precisiones en consonancia con la naturaleza y función que histórica y tradicionalmente han tenido los distintos medios de impugnación en la esfera del derecho penal dentro del contexto del sistema continental europeo en la cual se ubica nuestro sistema de Derecho.

Mientras la resolución objeto del nuevo examen no sea de las que ponen fin al proceso es obvio que resulte permisible la valoración por el propio órgano

jurisdiccional que la dictó. Ahora bien, cuando se trate de este último tipo de resoluciones, es decir, de las definitivas, es menester que el control jurisdiccional se conceda a un tribunal de superior jerarquía, máxime si lo que se cuestiona o dice quebrantado son garantías esenciales del proceso, como las que ahora nos ocupan. De este modo, el círculo de posibles medios de impugnación se reduce a los recursos de apelación y casación, pues, como es bien conocido, la revisión, aunque tradicional e impropiamente se le ha calificado de recurso, es por su naturaleza jurídica una acción impugnativa que procede excepcionalmente contra sentencias firmes.

El recurso de apelación, como bien señala el profesor Martínez Pardo, “es, sin duda, el que mayores garantías ofrece a las partes, debido fundamentalmente a su carácter de recurso ordinario; no necesita fundarse en causa legal preestablecida, y en él pueden aducirse la totalidad de los errores judiciales o vicios, materiales o formales, sufridos en la sentencia o en las actuaciones de la primera instancia.” En tal sentido se hace factible al tribunal *ad quem* un control pleno y total tanto de las cuestiones de hecho como de las cuestiones de derecho, pues al permitir un *“novum iudicium”* hace posible revisar en toda su intensidad y extensión el objeto del proceso, es decir, posibilita una segunda instancia completa. Por eso se ha llegado a sostener que *“la apelación no sólo es contraria a la inmediación porque admita la revisión de todo lo fáctico, sino que además violenta el principio de libre convicción en cuanto supone una revisión que puede cambiar la convicción del tribunal a quo por la del ad quem.”*

El *recurso de casación* a pesar de no permitir al tribunal *ad quem* un conocimiento tan abarcador del objeto del proceso como resulta del recurso de

apelación, hace posible en principio un control eficiente de las formalidades esenciales vinculadas al principio de libre valoración de la prueba, pues, debe recordarse que tanto en su versión primigenia (conforme a la versión de D'Aguesseau en el Reglamento francés de 28 de junio de 1738) como en su posterior rotulación durante la Revolución Francesa, la anulación de las sentencias procedía por dos motivos: por infracción de una ordenanza y por vicios de las formas procesales. Claro, cuando hacemos esta afirmación pensamos en la posibilidad y necesidad de reformular los motivos o causales que originalmente aparecieron en la versión clásica de este recurso, pues conforme a ella, cuestiones como las omisiones en el acta del juicio oral y las irregularidades e ilicitudes en la actividad probatoria no eran susceptibles de revisión por esta vía.

La única limitación que verdaderamente presenta por su propia naturaleza de recurso extraordinario destinado al control de cuestiones jurídicas y que hoy viene siendo objeto de análisis por la doctrina es la concerniente al control de la propia apreciación de la prueba y, consecuentemente, de la fijación del relato histórico en la sentencia objeto del recurso.

Esta limitación, que en nuestro entorno jurídico ha sido también conocida como principio de *intangibilidad o inmutabilidad del hecho probado*, tiene su génesis en diferentes presupuestos teóricos e históricos que pueden resumirse del siguiente modo: En primer lugar debe destacarse que el legislador de la Revolución Francesa halló en materia de casación una base teórica desarrollada por juristas del siglo XVIII, cuyo punto de partida fue el ya citado

Reglamento de 28 de junio de 1738. Según la concepción que hasta ese entonces se tenía se trataba de un recurso extraordinario que procedía únicamente por causas previsto taxativamente bajo la nomenclatura de “*aperturas de Casación*” y que posibilitaban el examen de la resolución, pero no la revisión del fondo del asunto. En segundo lugar debe subrayarse que el modelo revolucionario de esta institución se gestó bajo la influencia de los dogmas constitucionales del legicentrismo y la tripartición de poderes, lo que le confirió un carácter eminentemente político, en tanto la sumisión del juez a la ley se tradujo en la preeminencia de la voluntad legislativa y en la ausencia de la voluntad judicial. De este modo, el “*Tribunal de Casación*” nació para velar y garantizar que los jueces cumplieran con la voluntad del legislador expresada en la ley, por lo que resultaba innecesario dotarlo de facultades interpretativas de la misma y de capacidad para conocer sobre los hechos objeto de la valoración jurídica. Como último prepueto debe aludirse lo precedentemente expuesto sobre la propia valoración de la prueba como patrimonio exclusivo del juez o tribunal de instancia, pues con la positivización de esta concepción teórica se hizo innecesario e imposible su control por el tribunal *ad quem*.

Empero, la evolución que experimentó la concepción sobre la valoración de la prueba no puede verse como un hecho aislado. Ella es parte de un proceso en el que tienen lugar giros copernicanos en torno a la legitimación y función de conceptos tan vitales para la justicia penal como la propia ley, el juez y la sentencia; y en el que incluso el propio recurso de casación llega a perder su primigenio carácter político para pasar a convertirse paulatinamente en una institución netamente jurídica. Es decir, las premisas teóricas que en su día

sirvieron para el alumbramiento del *principio de inatacabilidad del hecho probado por el tribunal de instancia* han sufrido transformaciones importantes, con lo cual es lógico que su virtualidad y vigencia comiencen a ser objeto de análisis doctrinal.

En efecto, frente a la postura que podemos denominar clásica y que en esencia defiende la ausencia total de control fáctico se advierten en el plano doctrinal otros dos sectores: uno que se ubica en una posición intermedia y que acepta la revisión de la exteriorización formal de la convicción del tribunal *a quo* y otro que comienza a defender la posibilidad de controlar la plausibilidad y verosimilitud del hecho fijado libre y soberanamente por el tribunal de instancia. Permítasenos incursionar aunque sea brevemente en estas dos últimas posturas.

La posición intermedia es la dominante en los predios científicos de nuestro entorno jurídico. Ella, todavía con cierto apego a la concepción silogística y deductiva en torno a la elaboración del juicio fáctico, según la cual las máximas de la experiencia funcionan como su premisa mayor, descansa sus postulados en dos presupuestos fundamentales: el principio de inmediatez como percepción directa de los medios de prueba por el juez de instancia y la tajante separación entre cuestiones de hecho y de derecho. Sobre esta base llega a la conclusión de que la asunción y la apreciación de la prueba son patrimonio absoluto del juez del hecho y zona vedada para el juez de derecho o tribunal de casación. Consecuentemente, a éste sólo le es permisible controlar los límites impuestos a la libre valoración por las reglas de la sana crítica, cuando así se

haya establecido como exigencia legal, es decir, cuando en el razonamiento del juez sobre la *“quaestio facti”* se advierta irracionalidad, arbitrariedad o contradicción con las pautas lógico formales, con las máximas de la experiencia y con los conocimientos científicos o comunes avalados en cada época, o cuando sencillamente no exista motivación de la misma.

La tercera orientación doctrinal, todavía en proceso de gestación y defendida fundamentalmente – según hemos podido revisar – por DEL RÍO FERRETTI, señala que la doctrina dominante en torno a la posibilidad de *control del núcleo fáctico* de la sentencia por el tribunal de casación no ha logrado ofrecer una respuesta clara y coherente con la moderna línea de pensamiento sobre la formulación de la estructura del juicio histórico en términos de probabilidad lógica. Pues, su admisión conduce no sólo al reemplazo de la lógica formal o razonamiento deductivo propio de la estructura silogística clásica o decimonónico liberal por la lógica argumentativa o dialéctica también en este punto del relato fáctico, sino que conlleva consecuentemente a dos soluciones posibles en cuanto a su control por el tribunal del recurso: “ a) o se excluye la posibilidad misma de un control puramente lógico del juicio de hecho, aseverando que el control se resuelve necesariamente en una renovación del juicio mismo; b) o bien se recurre a procedimientos lógicos más atendibles, partiendo de la premisa de que la racionalidad del convencimiento del juez sobre el cual se funda la inferencia probatoria”.¹⁹⁹

En su búsqueda de *procedimientos lógicos más atendibles* que hagan factibles el *control del núcleo fáctico* por el tribunal *ad quem*, este autor retoma el

¹⁹⁹ DEL RIO FERRETTI; ob. cit. ps. 2y 3.

concepto y funciones de máximas de la experiencia de STEIN y se adentra en el análisis de los presupuestos básicos que permiten a la tesis doctrinal imperante afirmar que sólo es admisible por vía de la casación el examen de la exteriorización formal de la convicción del tribunal *a quo*, es decir, del principio de inmediación como punto de partida para sostener que la asunción y la apreciación de la prueba son patrimonio único del juez del hecho y zona vedada para el juez controlador y de la distinción nítida entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho como premisa para la división estructural y funcional de este recurso en tribunal de hecho (*a quo*) y tribunal de derecho (*ad quem*).

Luego de destacar el grado de intersubjetividad de las máximas de la experiencia, pone de relieve como en torno al principio de inmediatez se ha sostenido a nivel doctrinal una visión maximalista de sus cuestiones subjetivas (directa percepción del medio de prueba) y minimalista de sus problemas objetivos (relación entre medios de prueba y hecho acaecido). Asimismo, subraya lo insostenible que resulta hoy día la concepción que coloca en compartimentos estancos y perfectamente separables las cuestiones fácticas y jurídicas, por considerarse que en el proceso de creación de la resolución judicial, y específicamente en la sentencia, la lógica formal positivista aparece reemplazada por la lógica dialéctica, según la cual éstas conforman un entramado de problemas en el que se entretajan, careciendo de virtualidad su demarcación con fines prácticos o teóricos.

Todo ello permite a dicho autor establecer algo que nos parece atendible en cuanto a aquellos elementos que - siendo propios de la valoración de la

prueba y de la fijación del relato histórico – pueden ser susceptibles de verificación por el tribunal *ad quem* a través de la sustanciación del recurso de casación. Según él esos elementos se obtienen a partir de la definición de lo que en cuanto a la prueba requiere o no de inmediación, así llega a sostener que *“la decisión sobre la credibilidad, por el juego fundamental de la inmediación, es un asunto, en principio, muy ajeno a la posibilidad de control de un juez que tiene un conocimiento mediado de la prueba... Por el contrario, para apreciar la verosimilitud del relato de un testigo o perito y de los demás medios y para apreciar la contundencia de la prueba indirecta o prueba indiciaria y de ahí controlar el razonamiento inductivo, no se requiere necesariamente de inmediación. TODO ESTO ES UN PROBLEMA DE VEROSIMILITUD O DE PLAUSIBILIDAD DE LAS CONCLUSIONES CONTENIDAS EN LA SENTENCIA.”*

Todos estos planteamientos introducen, como el mismo reconoce, un último problema a dilucidar relacionado con la naturaleza que históricamente se le ha reconocido al recurso de casación, es decir, si conforme a la nueva nota de control fáctico que se propone añadirle se convierte en una segunda instancia o si por el contrario preserva su esencia como recurso extraordinario.

Cierto es que conforme a la extensión del control a cuestiones fácticas este recurso experimenta una ampliación de su objeto jamás vista desde su surgimiento. Empero, por significativa que resulte, tal y como destaca el propio autor, no implica la realización de otra valoración de la prueba ni invade los predios de aquellas cuestiones probatorias que ineludiblemente requieren de

su directa percepción y mucho menos llega a constituir un *novum iudicium*, tal y como suele ocurrir en el recurso de apelación. Por tal motivo, puede afirmarse que, aún asumiendo el tribunal de casación estas nuevas variaciones en su control, el recurso continúa siendo de naturaleza extraordinaria en tanto no llega a conformarse una doble instancia completa.

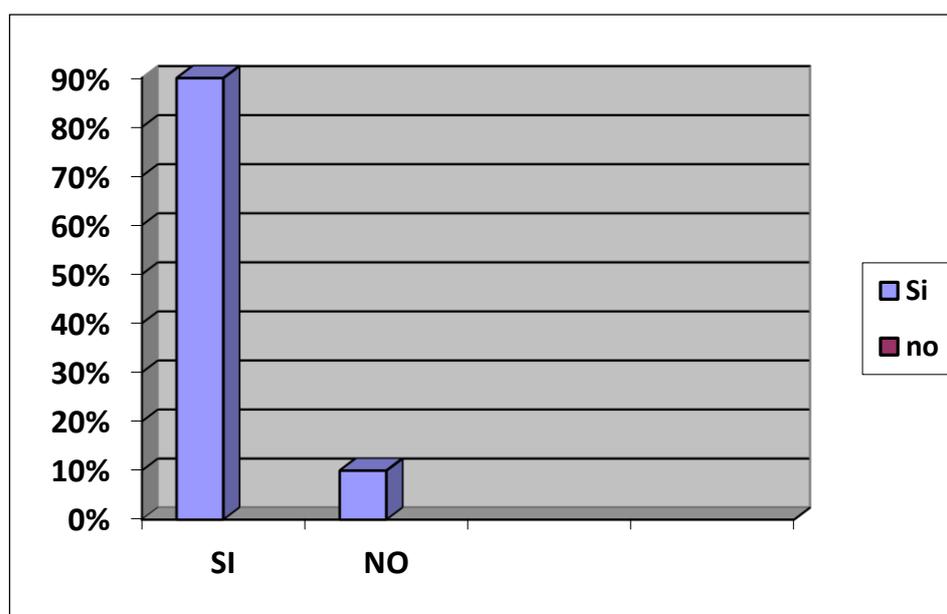
INTERPRETACION Y ANALISIS DE DATOS DE LA ENCUESTA

PRIMERA PREGUNTA

1.- ¿Cree usted que la actividad probatoria realizada en el proceso penal ocupa un lugar primordial en el Derecho Procesal Ecuatoriano?

Tabulación

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	18	90%
No	2	10 %
TOTAL	20	100%



Autor: Danny Jonhatan Hurtado Morocho

Fuente: Profesionales del Derecho

Interpretación y Análisis

Como se observa el 90 % considera que la actividad probatoria es una acción primordial en el proceso penal ecuatoriano, y solo un 10% considera que no.

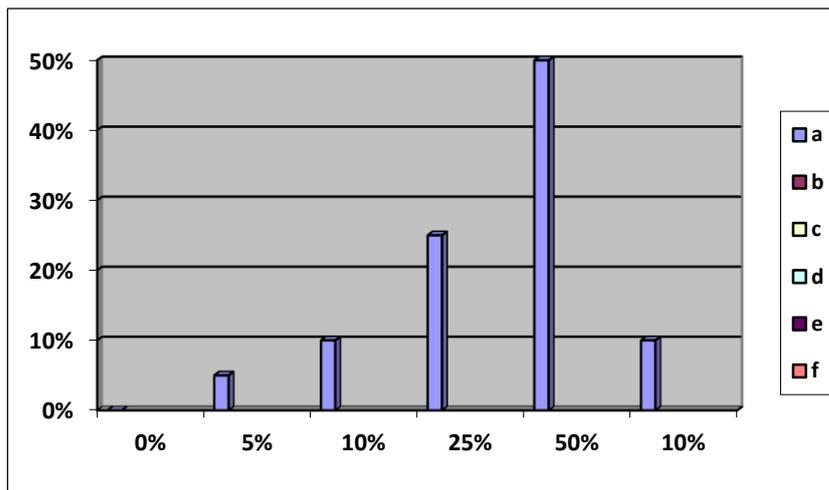
Esto corrobora que su realización y concreción se alcanza fundamentalmente de dos formas: a través de la exigencia de que la certeza judicial sólo se puede alcanzar con auténticas pruebas (con exclusión de las que no se practiquen bajo el imperio de los principios de oralidad, contradicción, inmediatez, etc. y de aquellas que se obtengan o practiquen con inobservancia de los requerimientos legales) y por medio del establecimiento de reglas o patrones de naturaleza objetiva (de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos) que debe seguir el juez para valorar el material probatorio.

2.- ¿Por qué la valoración de la prueba tiene que estar sustentada en requisitos jurídicos y meta jurídicos, para su efectividad en el proceso penal?

SEGUNDA PREGUNTA.

Tabulación

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
A. Porque así lo exige la ley rituaria penal	0	0%
B. Porque es una exigencia de la jurisprudencia.	1	5%
C. Porque es una práctica tradicional	2	10%
D. Porque garantiza relevancia en su realización	5	25%
E. Porque es una exigencia del garantismo procesal.	10	50%
F. Porque es la única vía para que el proceso penal cumpla con el debido proceso.	2	10%
TOTAL	20	100%



Autor: Danny Jonhatan Hurtado Morocho

Fuente: Profesionales del Derecho

Interpretación y Análisis.

Como se observa el 50% considera es una exigencia del garantismo procesal que efectiviza el derecho a la defensa y fortalece el proceso penal en busca de verdad objetiva y contrastable.

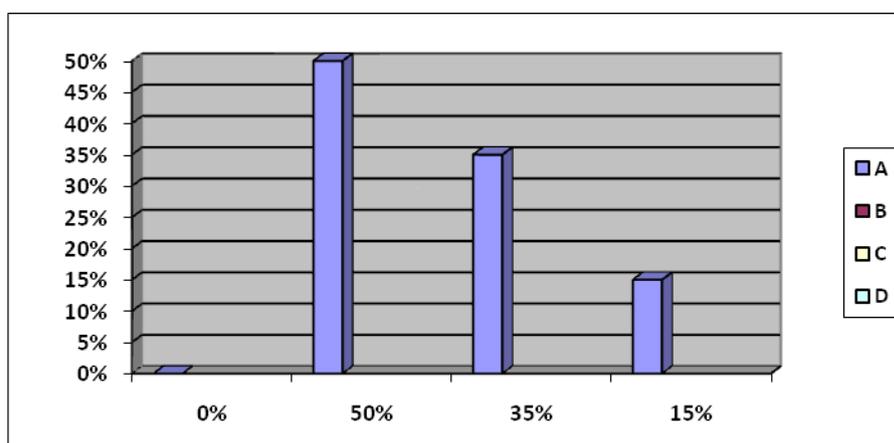
Otro 25 % como se observa apuesta porque los mismos tributan a que la actividad probatoria cumpla con la relevancia y la pertinencia para la búsqueda de verdad material en el proceso penal y se cumpla con la máxima de la justicia efectiva.

3.- ¿ Cuáles son los rasgos del sistema ecuatoriano de valoración de las pruebas en el proceso penal?.

TERCERA PREGUNTA

Tabulación

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Racionalidad objetiva	0	0%
Racionalidad objetiva y carácter social y Repetibilidad intelectual, y Revisibilidad.	10	50%
Racionalidad objetiva y carácter social y Repetibilidad intelectual.	7	35%
Racionalidad objetiva y carácter social	3	15%
TOTAL	20	100%



Autor: Danny Jonhatan Hurtado Morocho

Fuente: Profesionales del Derecho

Interpretación y Análisis.

Como se grafica se exige que exista racionalidad objetiva, carácter social, repetibilidad intelectual, y revisibilidad, toda vez el primero alude a la necesidad de que la convicción del órgano jurisdiccional se haya formado sobre la base de una prueba plena, objetiva y contrastable o que por lo menos haga factible su exteriorización razonada sobre la base de estándares objetivos prefijados

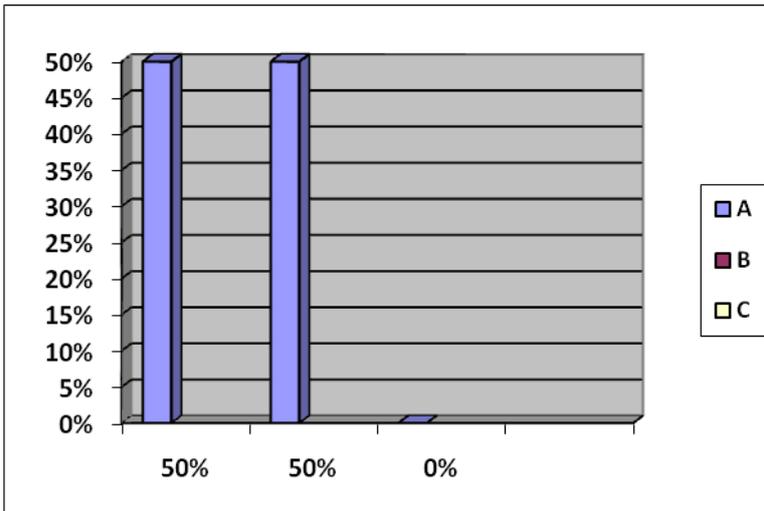
(las reglas de la sana crítica), el segundo deviene no sólo de la naturaleza social de la función judicial (por su legitimación, por su objeto y por los medios que se emplean para su desarrollo) sino también, y muy especialmente, porque los estándares objetivos prefijados (reglas de la sana crítica) para la valoración de la prueba constituyen roles, patrones o comportamientos sociales admitidos como válidos en un contexto socio- histórico determinado, el tercero describe la mejor garantía de racionalidad, objetividad y transparencia del convencimiento judicial sobre el resultado de la prueba es la exigibilidad de repetición mental por un tercero que bien puede ser otro juez, las partes legitimadas en el proceso, o cualquier otro ciudadano, y el cuarto es la característica que teniendo como presupuestos las anteriores viene a posibilitar el control tanto intraorgánico como interorgánico de la apreciación de la prueba en el proceso penal.

4.- La objetivación de la valoración de la prueba corresponde a:

CUARTA PREGUNTA

Tabulación

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Ministerio Fiscal	10	50%
Órganos judiciales	10	50%
Ninguno	0	0%
TOTAL	20	100%



Autor: Danny Jonhatan Hurtado Morocho

Fuente: Profesionales del Derecho

Interpretación y Análisis.

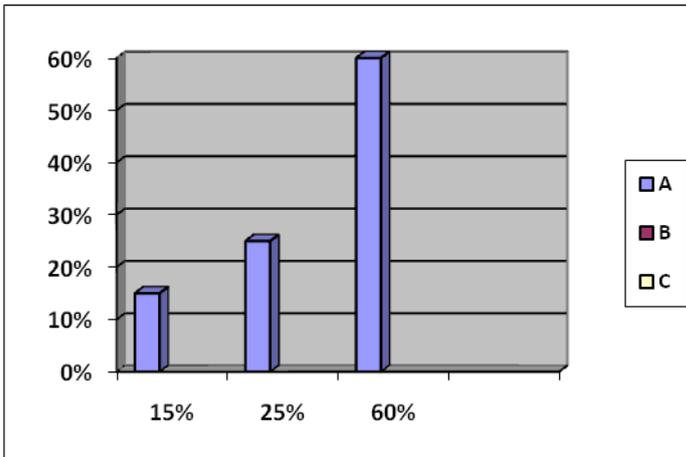
Como se observa existe una media, y para los especialistas existe una responsabilidad de todos los sujetos en la valoración de las pruebas, cada uno de sus roles en la relación jurídica procesal penal.

5-. Las garantías de objetivación de valoración de las pruebas son:

QUINTA PREGUNTA

Tabulación

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
A. Libertad del Órgano jurisdiccional	3	15%
B. Libertad del Órgano jurisdiccional, Garantías Procesales	5	25%
C. Libertad del Órgano jurisdiccional, Garantías Procesales y mínima actividad probatoria	12	60%
TOTAL	20	100%



Autor: Danny Jonhatan Hurtado Morocho

Fuente: Profesionales del Derecho

Interpretación y Análisis.

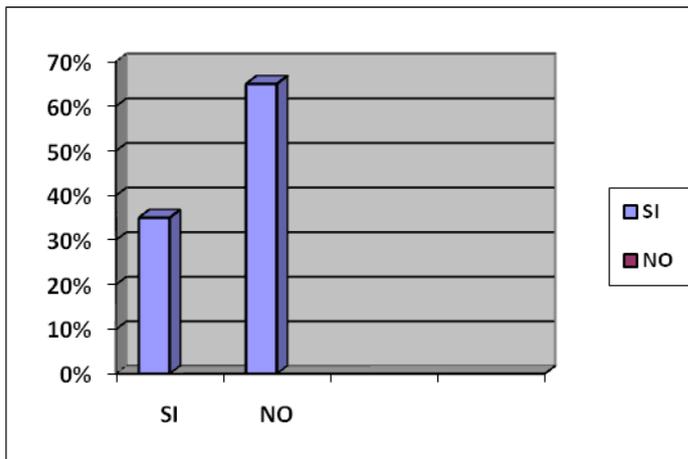
Como se observa el 60 % reconoce cuales son las garantías de objetivación en la valoración del material probatorio en el proceso penal. En este orden, debe significarse que la valoración de la prueba en el proceso penal tiene lugar a través de inferencias que parten de los medios de pruebas practicados en el juicio oral para llegar a conclusiones sobre su veracidad y consiguientemente determinar la responsabilidad penal del acusado y aplicar el derecho.

6-. ¿La motivación fáctica de la sentencia no garantiza la objetividad en la valoración de las pruebas?

SEXTA PREGUNTA

Tabulación

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	7	35%
NO	13	65%
TOTAL	20	100%



Autor: Danny Jonhatan Hurtado Morocho

Fuente: Profesionales del Derecho

Interpretación y Análisis.

La motivación de la convicción o apreciación razonada de la prueba está indisolublemente vinculada a la progresiva objetivación y garantismo del principio de *“libre valoración de la prueba”*, pues conforme a la concepción subjetivista abierta y basada en la convicción interna y en la exigencia de la *“sinceridad de conciencia”*, es decir, en las emociones o corazonadas de los jueces, carece de lógica la exigencia de fundamentación fáctica de la resolución definitiva al tiempo que no resulta fácil explicar lo que se deriva de aquéllas. Ello sólo es comprensible y posible cuando el *iter* formativo de la convicción tiene su origen en las pautas objetivas de los conocimientos científicos, los principios de la experiencia y las reglas de la lógica.

Lo anterior garantiza: la evitación de la arbitrariedad e irracionalidad en los fallos, pues hace factible lo que se conoce como *“control jurídico social”* que, como bien sugiere esta expresión, trasciende a los sujetos procesales y propende a la transparencia y democratización del proceso penal; la mejor

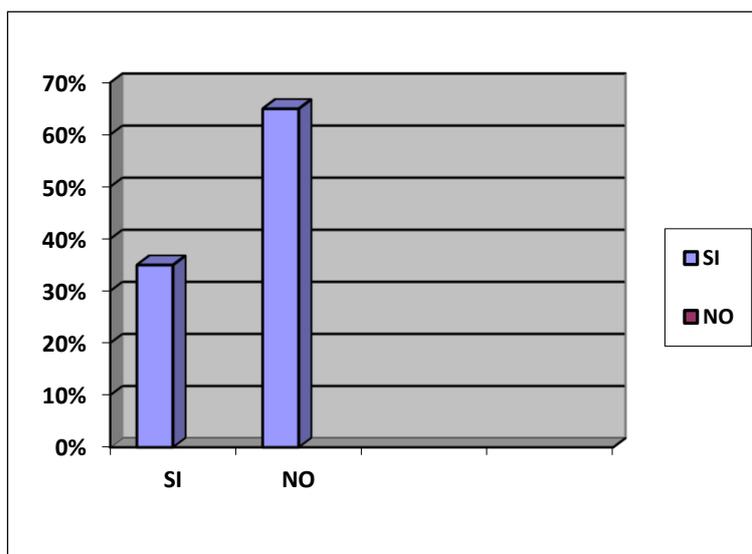
realización del principio de publicidad, no ya en su sentido primigenio liberal que entendía a éste como mera presencia en el “*espectáculo judicial*”, sino en su significado de participación ciudadana en la administración de justicia; el más efectivo ejercicio del derecho a recurrir con el consecuente (y antedicho) control por el tribunal *ad quem* de la estructura racional de la prueba (relación entre pruebas practicadas y hechos declarados probados).

7.- ¿Es esencial el control endo-procesal a través de los medios de impugnación de la valoración de las pruebas?

SEPTIMA PREGUNTA

Tabulación

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	7	35%
NO	13	65%
TOTAL	20	100%



Autor: Danny Jonhatan Hurtado Morocho

Fuente: Profesionales del Derecho

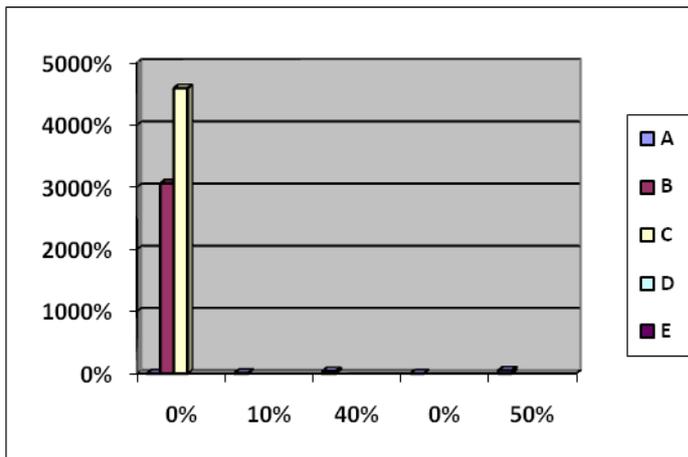
Interpretación y Análisis.

Sobre esta base llega a la conclusión de que la asunción y la apreciación de la prueba son patrimonio absoluto del juez del hecho y zona vedada para el juez de derecho o tribunal de casación. Consecuentemente, a éste sólo le es permisible controlar los límites impuestos a la libre valoración por las reglas de la sana crítica, cuando así se haya establecido como exigencia legal, es decir, cuando en el razonamiento del juez sobre la “*quaestio facti*” se advierta irracionalidad, arbitrariedad o contradicción con las pautas lógico formales, con las máximas de la experiencia y con los conocimientos científicos o comunes avalados en cada época, o cuando sencillamente no exista motivación de la misma.

8.- La motivación en la valoración de las pruebas debe poseer las siguientes exigencias:

Tabulación

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
A. Consignación de resultados	0	0%
B. Consignación de resultados y expresión de los criterios utilizados en la valoración de las pruebas	2	10%
C .Expresión de pautas objetivas empleadas	8	40%
D. No tiene exigencias.	0	0%
E. Expresión del iter formativo de la convicción.	10	50%
TOTAL	20	100%



Autor: Danny Jonhatan Hurtado Morocho

Fuente: Profesionales del Derecho

Interpretación y Análisis.

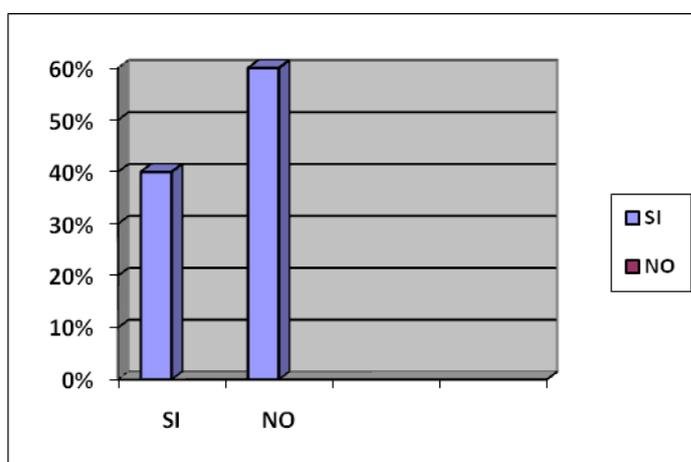
Como se observa los especialistas apuestan por el iter formativo de la convicción judicial porque en el mismo el juez expone cuales son las razones por las cuales elige unas pruebas y desecha otras, de este modo, queda claro que la motivación de los hechos no consiste en el simple inventario de las pruebas practicadas ni en la mera descripción de la actividad probatoria llevada a cabo durante el juicio oral, motivar la resolución definitiva, como el propio verbo lo indica, es mucho más. Motivar es fundamentar, razonar, criticar, justificar y hasta convencer. Por esto la motivación fáctica implica *“la exteriorización del análisis crítico de la eficacia o fuerza persuasiva de las pruebas llevado a cabo por el juzgador para alcanzar la convicción”*.

9.- ¿La actividad probatoria en el proceso penal ecuatoriano no está basada en la certeza objetiva plena y contrastable?

SEPTIMA PREGUNTA

Tabulación

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	8	40%
NO	12	60%
TOTAL	20	100%



Autor: Danny Jonhatan Hurtado Morocho

Fuente: Profesionales del Derecho

Interpretación y Análisis.

Con esta respuesta los especialistas reafirman lo que el Movimiento de reforma en América Latina defiende, que es el reconocimiento legal de exigencias que deberán cumplirse en la producción de la prueba, en su valoración y en la declaración y control de la verdad judicial en la sentencia. Todo lo que redundará en pos del logro y establecimiento de una verdad basada en una certeza objetiva, plena y contrastable.

7. DISCUSIÓN

7.1. ANALISIS CRÍTICO DE LA PROBLEMÁTICA

Se determinó como **Problema Científico**: *¿La producción y valoración de la prueba en el proceso penal ecuatoriano se basa en concepciones teóricas que permiten orientar la búsqueda de la verdad y su establecimiento de modo pleno, objetivo, contrastable y enteramente fundamentada?*

La teoría general de la prueba es aplicable o predicable, según su propia denominación, a toda suerte de procesos; si la referimos, exclusivamente, al proceso penal hallamos matizaciones o diferencias en relación con el proceso civil, explicables en función de las características propias de cada uno de estos instrumentos de aplicación judicial de la ley, dependientes de ordenamientos jurídico-materiales diversos.

Sin embargo, las peculiaridades que no son tan importantes como, a veces, se dice, adquieren su mayor significación y resalte, cuando se atiende a la diferente función y naturaleza que cumplen los medios de prueba, utilizados como medios de investigación y los medios de prueba, utilizados en su propia y verdadera función de medios al servicio de la prueba de la pretensión acusatoria.

La razón de la radical diferencia que afecta sobre todo a su utilidad respectiva y a su valoración, de manera que cuando las fronteras entre unos y otros se difuminan o desaparecen, se corrompen las garantías del proceso, se

encuentra, formalmente, en la justificación de la separación del proceso penal en dos fases principales (instrucción y juicio) y, materialmente, en la distinción entre averiguación y prueba, como cometidos distintos que se realizan dentro del, proceso penal.

Tan crucial resulta que quede garantizada la separación entre una y otra, sin confusión posible, que los juristas han ideado dos formidables mecanismos técnicos para asegurarla. De un lado, el juicio de acusación, que reserva a los órganos jurisdiccionales la llave para permitir, existiendo acusación de parte, la celebración del juicio oral; del otro, el derecho a la presunción de inocencia, que, con independencia de proyecciones más amplias, donde, verdaderamente, despliega sus exigencias es en materia probatoria al atribuir todo el peso de la carga de la prueba a la acusación, reclamando del órgano judicial para ser destruida un pleno convencimiento de la culpabilidad del acusado si se determina su condena.

Si se repara en los dos conceptos introducidos, creo que se descubre con facilidad, que se mueven en planos antitéticos, pues mientras el juicio de acusación pondera la seriedad y, por tanto, el fundamento de la acusación, lo que hace más formal las sospechas o los indicios que recaen sobre la conducta del acusado, la presunción de inocencia obliga a considerarlo no culpable, en tanto, por medio de las pruebas practicadas en el juicio oral no se llegue a forjar una convicción de culpabilidad.

La distinción entre ambos cometidos posible, formalmente, plantea problemas psicológicos de incompatibilidad cuando se encomienda a un mismo órgano funciones de investigación, de juicio de acusación y de conocimiento del juicio pleno; estas incompatibilidades han originado, como es sabido, declaraciones de inconstitucionalidad sobre algunas leyes ya derogadas y propician interpretaciones constitucionales también debatidas, más o menos aceptables en razón de otros aspectos. Pero, superada la barrera legal, no puede subsistir una mentalidad proclive, prácticamente, a la inquisitorialidad.

Así, pues, dentro del proceso penal ecuatoriano, lo relevante dentro de la teoría de la prueba es la explicación de los requisitos y características que han de reunir los medios de prueba para ser operativos y eficaces en juicio, sin perniciosas confusiones, que se evitan y eliminan, sin ningún elemento probatorio fuera válido o posible tenerlo en cuenta si no se practica o reproduce con todas las garantías en juicio oral, lo que, desde luego, debe constituir la regla general, no obstante, que existan excepciones como las relativas a pruebas anticipadas o pre constituidas que deben ser examinadas.

La misma necesidad y capacidad del hombre de conocer el mundo en que vive y el hecho de que resulta difícil admitir la existencia de ideas innatas, son razones que en buena medida explican la frecuente utilización de la palabra “**prueba**” y la importancia que la misma posee en el terreno científico y en la práctica social. Por eso, tal y como señalan la mayoría de los estudiosos de este tema, es forzoso reconocer la **existencia de un término general y amplio**, de validez para las diferentes ciencias y esferas de la praxis cotidiana,

que se corresponda con una acepción gnoseológica y que designa toda actividad encaminada a demostrar la realidad.

Para un mejor entendimiento, concebimos a la prueba en el proceso penal como **los actos procesales regulados por la ley procesal penal que desarrollan las partes por iniciativa de aquélla a la que corresponde la función o potestad de ejercer la acción con la finalidad de que el órgano jurisdiccional adquiera la certeza plena y fundamentada sobre la hipótesis inculpatoria que conlleva la aplicación de la ley penal sustantiva, o en su defecto, declare la probabilidad de la tesis inculpatoria.**

Con esta definición, aún cuando debemos admitir que existe cierta analogía estructural entre prueba en el proceso penal y la prueba en el proceso civil, tomamos partido en la polémica trabada a inicios de siglo XX, entre Eugenio Florián y Francesco Carnelutti, en la que Carlos Viada , entre otros, se pronuncia a favor de este último en cuanto a la existencia de un concepto general de prueba y a la factibilidad de su estudio unitario, especialmente en lo que respecta al objeto, a las fuentes, a los medios, etc. (no así en todo lo que tiene naturaleza funcional que - según ellos - requiere un estudio de manera múltiple o dual). Por nuestra parte, consideramos que además de las razones expuestas por Florián en pro de las diferencias esenciales entre una y la otra y de su examen individualizado, con especial referencia a los distintos principios procesales (necesidad, investigación oficial, verdad material, etc.) y procedimentales (oralidad, inmediatez, contradicción, etc.) y a la distinción de los institutos probatorios en particular (documental, declaración del inculpado,

pericial, etc.), existen otras especificidades de carácter gnoseológico derivadas esencialmente de la averiguación y comprobación de un hecho de característica negativa (conducta violatoria de la norma penal) cuya determinación debe acarrear consecuencias desfavorables para los bienes esenciales del inculpado.

Otra cuestión que debe quedar dilucidada en este marco de delimitación y conceptualización de la prueba es la relacionada con la naturaleza de las diligencias de la fase preparatoria del juicio oral, pues lo que concierne a su eficacia, deberá examinarse cuando se aborden los problemas relativos a la valoración de la prueba en su concepción general. En tal sentido, existen autores como por ejemplo Leonardo Prieto Castro²⁰⁰ que desde la misma definición niegan tal carácter a dichas diligencias, mientras otros, le reconocen naturaleza de actos de prueba con excepción de aquellas acciones que están destinadas a la recogida y aseguramiento del material probatorio (así, según esta opinión: detención del pretense culpable, auxilio necesario al agraviado, recogidas de huellas y vestigios, inspección ocular, identificación del cadáver, autopsia, vigilancia del lesionado, etc.). Entre los que suscriben esta última postura debe citarse a un autor muy conocido en nuestro foro académico y en la práctica jurídica: Carlos Viada.

En torno a esta dualidad de opiniones nosotros optamos por la primera de ellas compartiendo los argumentos de Manuel Miranda Estrampes, otro autor español que sobre la base de la distinción entre fuentes y medios de prueba

²⁰⁰ Dice este autor que la prueba como acto procesal, a diferencia de los actos de averiguación de la instrucción sumarial, es la que se desarrolla por los órganos jurisdiccionales y por las partes para obtener la demostración de la verdad de los hechos de la causa, de la participación de los sujetos a quienes se acusa y de todo cuanto se refiere al objeto civil del procesal penal. Con GUTIÉRREZ CABIADÉS en Derecho Procesal Penal, 4ª ed, tecnos, Madrid, 1989, P.-220.

señala: *“La fase de instrucción o sumarial va encaminada a la búsqueda y descubrimientos de las fuentes de prueba, así como su aseguramiento, para permitir que las partes acusadoras y acusadas puedan aportarlas al proceso a través de los oportunos medios de prueba”*. Finalmente, de modo conclusivo y siguiendo la opinión de Santiago Sentis Melendo y Juan Montero Aroca, nos dice: *“Por consiguiente, durante la instrucción criminal no se practican actos de prueba, no existen medios de prueba, sino medios de obtención de las fuentes de prueba”*.

La clave de la solución está - tal y como se advierte - en la correcta **definición de los conceptos: Fuentes y Medios de Prueba.**

Para Carlos Viada, siguiendo la conceptualización de Jaime Guasp, el primero de ellos consiste en *“aquellas operaciones mentales mediante las que se obtienen o pueden obtener la convicción judicial de las que brota tal convencimiento”* y el segundo refiere *“los instrumentos que por conducto de la fuente de prueba, llevan eventualmente a producir la convicción del Juez.”*

Manuel Miranda Estrampes se suma a la conceptualización que ofrece Francisco Carnelutti y que siguen autores como Santiago Sentis Melendo, Juan Montero Aroca, Víctor Fairén Guillén y Víctor De Santo, entre otros. Para él las fuentes de Prueba *“son los elementos de la realidad, que existen con independencia del proceso y son anteriores al mismo”*, mientras los medios de prueba designan a la *“actividad procesal que es preciso desplegar para incorporar la fuente al proceso”*. Como el mismo caracteriza, el primero es un

concepto metajurídico, existe antes de iniciarse el proceso, (así la percepción y conocimiento de una persona sobre un suceso delictivo), y el segundo es estrictamente jurídico-procesal, pues únicamente puede concebirse una vez iniciado este (ilustrativamente: la declaración del testigo).

En la primera vertiente o línea de definición subyace un “confusionismo *terminológico*” y una subjetivización del concepto que equipara indebidamente las fuentes de prueba con la valoración de la prueba.

La doctrina procesal del siglo XX sigue en lo fundamental el sendero trazado por una discusión teórica aun no zanjada durante la centuria precedente cuyo eje central lo constituyen - como ya se ha destacado - la institucionalización de los principios de producción de pruebas en el juicio oral y de libre apreciación de éstas o íntima convicción. Consecuentemente, el foro científico continúa preocupado por los problemas relacionados con la conceptualización de los términos: convicción, probabilidad y certidumbre, con la naturaleza objetiva y subjetiva de la verdad judicial, y con el carácter absoluto o relativo del juicio penal, entre otros. No obstante, aún siendo esto así, se debe señalar que la investigación de estos tópicos en este período tiene como nota peculiar la polarización del debate y la progresiva tendencia a la objetivación y garantismo de la prueba y su apreciación.

Esta peculiaridad viene dada por los sucesos y fenómenos propios de esta etapa, siendo menester destacar dentro de todos ellos: la revolución científico técnica y la internacionalización y constitucionalización de los derechos y

libertades del hombre con el consiguiente compromiso ético - jurídico de los Estados en el establecimiento de las condiciones y del marco legal requeridos para su garantía y respecto.

Las **dudas** que se plantean **sobre la certeza de la cognición del proceso penal** por la supuesta carencia de autenticidad, controlabilidad y confiabilidad de la prueba de carácter indirecto que en él tiene lugar (demostración de un suceso irrepetible e irreproducible) **no resultan admisibles desde nuestra orientación cognitivo filosófica**. La naturaleza del suceso individual, pretérito e histórico del objeto de investigación no constituye por sí misma un escollo o una limitación o restricción para la adquisición de conocimientos por dos razones fundamentales. La primera se basa en la capacidad reflectante de la realidad (de la materia), es decir, en la capacidad de reflejar y de ser reflejada a través de los efectos y consecuencias (imágenes en la memoria de las personas y huellas objetivas) que imprime en su modo de existencia espacio temporal, esto le permite no sólo ser percibida sino conocida. También como segunda razón, habrá que significar que un gran cúmulo de los conocimientos que posee el hombre es indirecto (transmitido directa o indirectamente por otros) por la misma imposibilidad (condicionamiento vital) que tiene cada individuo (en concreto) de percibirlo todo por sí mismo.

El único límite objetivo de la cognición del mundo está marcado por su propia estructura espacio temporal, conforme a la cual los fenómenos y objetos existen en constante movimiento e interacción, según la ley universal del cambio. Esto debe ser tenido en especial consideración en el proceso penal

por las consecuencias negativas que puede acarrear para la cognición del suceso criminal (no percepción o desaparición de imágenes en la memoria de los testigos, mutación y transformación de las huellas, etc.).

Otro punto clave en el pensamiento moderno sobre la prueba y la cognición en el proceso penal que exige de nuestro pronunciamiento crítico es el relativo al de la **interpretación subjetivista del principio de “libre convicción o libre apreciación de la prueba”**. Este planteamiento doctrinal, basado en tesis psicologistas (con la superlativización del ego emotivo y cognitivo de los jueces) y escepticistas (absolutización de la certidumbre subjetiva, relativización del juicio, negación de la verdad absoluta y admisión de la probabilidad como grado superior de aspiración en aquél), es **completamente inadmisibile desde nuestra orientación gnoseológica y jurídico procesal** en tanto supone un determinismo reduccionista (de base subjetivo psicológica) con desconocimiento del condicionamiento histórico social del individuo y de la fundamentación plurifactorial de la decisión judicial como actividad del Estado, al tiempo que conduce a la destrucción o negación del propio principio de libertad valorativa de la prueba al hacer descansar este solamente en la íntima convicción de los jueces sin posibilidades de control ulterior y externo (tanto por las partes, las instancias superiores y la misma sociedad).

7.2-. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

Partiendo de que he declarado como **Objetivo general:** Realizar un estudio jurídico, doctrinario y crítico sobre la prueba, tomando en cuenta su trascendencia en el Proceso Penal Ecuatoriano, con la finalidad de aportar un

conjunto de presupuestos científicos que avalen sus garantías en el mismo, así como la efectividad y relevancia de su empleo en la realidad ecuatoriana actual.

Este objetivo se verifica en la profundización de los problemas que se han detectado a raíz de la aplicación de las entrevistas y encuestas que se analizan, a los profesionales del Derecho, específicamente con las preguntas 2, 3, 5 de la encuesta donde se valoran de manera general los requisitos jurídicos y meta-jurídicos de la prueba, así como los rasgos del sistema de valoración de la prueba y las garantías de objetividad de la valoración de las pruebas, elementos que indudablemente tributan a la conformación de presupuestos científicos que avalan las garantías de la actividad probatoria en el sistema procesal penal ecuatoriano.

Con las preguntas 1 y 4 se logra objetivar los sujetos de la relación jurídica procesal que tienen incidencia en la valoración de las pruebas en el sistema judicial penal ecuatoriano.

Y con las restantes se consolidan los presupuestos garantistas del sistema de valoración de las pruebas en el proceso penal ecuatoriano, con la finalidad de aumentar su nivel de certeza objetiva y contrastabilidad, en busca de que esta operación cognitiva sea de naturaleza eminentemente intelectual y basada en fundamentos científicos, para que el momento resolutivo del proceso penal sea lo más justo y valedero posible.

Considero además que con la aplicación del método comparado se obtuvo una información muy diversa del comportamiento del fenómeno objeto de estudio, que permito definir las líneas directrices para perfeccionar nuestro sistema de valoración de las pruebas, conforme a las tendencias más modernas que se desarrollan en nuestro continente y en Europa.

Objetivos específicos:

- Analizar desde nuestras tesis cognitivo-filosóficas las doctrinas más representativas sobre la búsqueda y establecimiento de la verdad en el proceso penal con posterioridad a la Revolución Francesa para develar las posturas gnoseológicas que le han servido de sustento.

Este objetivo se verifica con las preguntas uno, dos y tres Entrevista, donde se determina que los fundamentos epistemológicos esenciales de la prueba posterior a la Revolución Francesa, basados en la cognoscibilidad y el subjetivismo, establecen en el papel que ocupa la prueba en el proceso penal ecuatoriano, los requisitos jurídicos y metajurídicos, que determinan la relevancia y pertinencia de la misma, así como los rasgos del sistema de valoración de las pruebas, que se basan en la realidad ecuatoriana en la racionalidad objetiva, el carácter social, la repetibilidad intelectual y su revisibilidad.

- Examinar la evolución de los conceptos generales de la prueba en el proceso penal a partir de los aportes y limitaciones de las tesis doctrinales predominantes en cada momento histórico para poner de

relieve su significación en la búsqueda y establecimiento de la verdad judicial y repercusión en el ámbito legislativo.

Este objetivo tiene su verificación con las aportaciones que brindan las preguntas 4, 5, 6, pues se logra aportar los principales hilos conceptuales de lo que es la actividad probatoria, los medios, fuentes y objetos de prueba, el *thema probandum*, así como sus requisitos, y los principales conceptos de la valoración de la prueba en el proceso penal ecuatoriano. Estos conceptos generales permiten una ubicación del fenómeno en su verdadero escenario y contextualiza su importancia.

- Analizar las concepciones gnosológicas y doctrinales que han servido de sustento a nuestra legislación precedente y actual del rito penal para determinar si han posibilitado establecer la verdad sobre el hecho punible de modo pleno, objetivo, contrastable y fundamentado, a fin de realizar propuestas que puedan ser tenidas en cuenta en su perfeccionamiento y en su futura aplicación.

La realización de este objetivo se dirige a proponer un conjunto de recomendaciones teóricas para su implementación en la legislación ecuatoriana, lo que se verifica con los resultados que arrojan las nueve preguntas de la encuesta. Es dable argumentar que derivado de la encuesta somos del criterio que la prueba en el proceso penal conlleva una ritualización cuyas notas singulares están dadas por garantías que emanan de principios tales como: la publicidad, la inmediación, la contradicción, etc. Estos principios alcanzan su esplendor en el acto del juicio oral. Por eso, sólo por excepción,

tienen naturaleza probatoria los actos procesales llevados a cabo en etapas precedentes a ésta.

La actividad probatoria persigue como objetivo que el órgano jurisdiccional adquiera la certeza plena y fundamentada sobre la hipótesis inculpatoria que conlleva la aplicación de la ley penal sustantiva, o en su defecto, declare la probabilidad de la tesis inculpatoria y se pronuncie consecuentemente a favor del reo.

En este orden, debe significarse que la valoración de la prueba en el proceso penal tiene lugar a través de inferencias que parten de los medios de pruebas practicados en el juicio oral para llegar a conclusiones sobre su veracidad y consiguientemente determinar la responsabilidad penal del acusado y aplicar el derecho.

Esos conceptos, definiciones, principios o juicios de valor que en calidad de presupuestos generales se requieren también en la valoración de la prueba, y que consiguientemente complementan el contenido de las reglas de la *sana crítica*, que son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.

Como todos los actos procesales, los que conforman la actividad probatoria deben también poseer los elementos para que puedan ser considerados como tales: el interno y el externo. El primero de ellos está conformado por lo intelectual – volitivo (convergencia del conocimiento y la voluntad en la realización del acto), por la libertad (de acción, en compatibilidad con la coacción lícita requerida para su dirección y disciplina), y por la finalidad (propósito pertinente, idóneo y útil). El elemento externo se refiere a la formalidad (juricidad de la disciplina requerida para que surta validez y eficacia) y se expresa fundamentalmente a través de los requisitos de lugar, tiempo y forma (principios y procedimientos).

En tal sentido, se logra determinar cómo presupuestos, los siguientes:

- I. En la perspectiva de la legislación del Derecho penal material: Evitar en la configuración de las conductas delictivas la utilización de técnicas de tipificación que conlleven una inversión o desplazamiento de la carga de la prueba.
- II. En el ámbito del ordenamiento jurídico del proceso penal:
 - ◆ Consignar claramente y sin ambages el paradigma de verdad material u objetiva.
 - ◆ Regular con precisión los supuestos que se consideran eximidos de prueba.
 - ◆ Establecer diáfananamente los principios de *libertad de fuente de prueba*, *legalidad de los medios de prueba*, *producción de pruebas en el juicio oral e in dubio pro reo*.

- ◆ Excluir expresamente las acepciones subjetiva y objetiva de la carga de la prueba.
- ◆ Señalar taxativamente las situaciones y reglas en que procede la *prueba anticipada* y la *conversión de actos de investigación en actos de prueba*.
- ◆ Señalar detalladamente las cuestiones que ineludiblemente deben registrarse en el acta del juicio oral.
- ◆ Exigir en la redacción de las sentencias su motivación en cuanto a la relación fáctica. Teniendo en cuenta lo siguiente:
 - El evitar la arbitrariedad e irracionalidad en los fallos, hace factible lo que se conoce como “*control jurídico social*” que, como bien sugiere esta expresión, trasciende a los sujetos procesales y propende a la transparencia y democratización del proceso penal.
 - La mejor realización del principio de publicidad, no ya en su sentido primigenio liberal que entendía a éste como mera presencia en el “*espectáculo judicial*”, sino en su significado de participación ciudadana en la administración de justicia.
 - El más efectivo ejercicio del derecho a recurrir con el consecuente (y antedicho) control por el tribunal *ad quem* de la estructura racional de la prueba (relación entre pruebas practicadas y hechos declarados probados).

Consecuentemente la motivación del juicio sobre los hechos debe poseer las siguientes exigencias:

- La consignación de los resultados a que se arriba con la valoración de la prueba.
 - La expresión de los criterios utilizados en la valoración de las pruebas.
 - La exposición del “*iter formativo de la convicción*”, a través de la explicitación de las razones por las cuales elige unas pruebas y desecha otras.
- ◆ Reformular el principio de libre valoración de la prueba, de modo tal que en su nueva configuración queden comprendidas las reglas de la sana crítica y la declaración de exclusión o de prohibición de valoración de aquellos medios o elementos de prueba que resulten defectuosos o viciados.
 - ◆ Autorizar la vía del recurso de casación en los supuestos en que se haya incurrido en arbitrariedad o carencia de motivación fáctica o cuando se hayan valorado medios o elementos de prueba previamente declarados como viciados o defectuosos.

III. En el contexto de la docencia universitaria:

- ◆ Ampliar el espacio curricular tanto en pregrado como en postgrado para el estudio de las cuestiones relacionadas con la búsqueda y establecimiento de la verdad en el proceso penal.
- ◆ Estimular y sistematizar la investigación acerca de los problemas vinculados con este tema.

7.3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Cabe mencionar que las hipótesis que formulé como una conjetura antes de investigar estuvieron planteadas de la siguiente manera.

- ❖ Las tesis del subjetivismo gnoseológico que predominaron en el contexto teórico doctrinal hasta la primera mitad del siglo XX y sirvieron de sustento científico a las legislaciones europeas de este período, no permitieron orientar la búsqueda y establecimiento de la verdad en el proceso penal sobre bases objetivas y de modo pleno, contrastable y fundamentado.
- ❖ Las concepciones teóricas sobre las que descansa la búsqueda de la verdad y su establecimiento en el proceso penal ecuatoriano se corresponden con las tesis del subjetivismo gnoseológico.

Del estudio y la investigación de campo realizado, las hipótesis planteadas en el proyecto de investigación se han corroborado. Lo anterior se sostiene porque del empleo de los métodos de investigación, las técnicas y el estudio teórico y empírico realizado, se constató que las tesis del subjetivismo gnoseológico han marcado el fundamento teórico y dogmático que orientaron la búsqueda de la verdad en el proceso penal en la primera mitad del siglo XX; adicionándose además que en la legislación y práctica procesal penal ecuatoriana, es esta tesis la que orienta en esencia la búsqueda de la verdad y su establecimiento en el proceso penal.

7.4. FUNDAMENTACIÓN JURIDICA PARA LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Como parte del estudio realizado y los análisis que complementan la investigación desde el orden teórico dogmático y empírico se proponen los

siguientes: **“FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO:”**

Toda investigación se mueve de modo ambivalente entre dos flancos: el axiológico, que representa el afán de conocer la verdad o el saber científico, el cual, las más de las veces, constituye la fuerza motriz o el espíritu que alienta la iniciación de ésta, y el utilitarista, que dirige nuestra dedicación y empeño hacia la solución de un problema planteado y que parece erigirse en signo cultural de los tiempos que vivimos. Este último cumple además una orientación ideológica para las investigaciones en ciencias jurídicas, especialmente si se trata de temas de dogmática penal dentro de los predios del *comun civil*, como es el que constituye el objeto de la presente, pues, además de ofrecer un sentido útil a las cuestiones estrictamente científicas, permite barrer la polvareda que los vientos del positivismo levantaron, cegando su dirección y enturbiando su imagen, al concebirla como mera especulación o - cuando más - como mera exposición o aclaración del Derecho ya legislado. Desde esta perspectiva, entendiendo al Derecho como ciencia social que también contribuye al bienestar social, y a la dogmática no como *ciencia teocrática*, sino como *ciencia aplicada*.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA: En el estudio de las premisas sobre la cognoscibilidad y la verdad en el proceso penal, así como en la fundamentación de las conclusiones a las que se arribe en el mismo, es necesario haberse afiliado previamente (de modo consciente) a una teoría gnoseológica.

La suscripción en nuestro caso de las tesis del materialismo dialéctico e histórico conlleva la admisión de los siguientes postulados:

- ◆ La validez de las leyes que rigen el proceso de conocimiento en sentido general (cognoscibilidad del mundo, ley universal del cambio, propiedad reflectante de la materia, capacidad del hombre de conocer la verdad, cualidad suprasubjetiva de ésta, etc.); conducen por vía deductiva a la inobjetable conclusión de la capacidad del juez para conocer la realidad.
- ◆ El alcance del conocimiento en el proceso penal es definido por la ley penal (sustantiva y adjetiva) conforme a los intereses del Estado (expresados en la política penal). Esta delimitación se lleva a cabo en atención - fundamentalmente - a los siguientes factores o elementos: al objeto (hechos cuya prueba está prohibida expresamente o por presunciones irrefragables), al sujeto (prohibiciones de métodos de prueba que vulneran la integridad personal), al tiempo (demostrabilidad acotada temporalmente y no *ad infinitum*), y a los medios (no son de libre elección sino expresamente previstos y enumerados en la ley). Por eso - conforme a la experiencia histórica universal - se autoriza (por ley o por jurisprudencia) una decisión *non liquet* (no clara, gnoseológicamente traducible como “yo no sé”), basada en el principio de presunción de inocencia, que conduce a la absolución del inculcado una vez

que se hayan cumplido las exigencias o condiciones antes señaladas sin que se haya podido comprobar su culpabilidad.

◆ El proceso cognoscitivo que tienen lugar en el enjuiciamiento penal (la producción de la prueba y su valoración) conforma una esfera especial de situaciones que exigen de un análisis particular (sobre la base de los principios y categorías jurídico-penales) justificativo del estudio e investigación de este tema.

SEGUNDA: El estudio e investigación de las cuestiones relativas a la verdad y su demostración en el proceso penal – como actividad sistemática, coherente y continúa – se inicia en circunstancias históricas concretas y ante la necesidad de hallar soluciones a prácticas execrables regidas por el oscurantismo, la religiosidad y el sensacionalismo político.

TERCERA: El contexto científico en que se originan estas preocupaciones estaba caracterizado en orden a la teoría del conocimiento por una polarización que se traspoló al ámbito teórico del proceso penal dejando bifurcado su itinerario evolutivo. Así de un lado, un sendero basado en el principio romano de la *evidencia luce meridiana clariores* (evidencia tan clara como la luz del día) basado en la certeza y en la exclusión de la duda (según el materialismo sensacionalista y empirista de Voltaire), y en el otro extremo, un camino que parte de la falibilidad del juez para señalar el carácter relativo y probabilístico del enjuiciamiento criminal (según Filangieri, conforme al idealismo subjetivo y agnóstico de Kant). La variante escéptica, psicologista, subjetiva, y etizante

trazada por Filangieri resultó predominante en el desarrollo científico de este tema hasta la segunda mitad del siglo XX. Junto a ello, otros factores de carácter jurídico, especialmente relacionados con reminiscencias del sistema inquisitivo de enjuiciar y compromisos y concepciones políticas que rigieron el quehacer legislativo de la Revolución francesa, produjeron la ausencia de garantías requeridas para el logro de una verdad basada en la certeza objetiva, plena y controlable.

Como consecuencia de todo ese panorama científico y jurídico, la actividad judicial se tradujo en un absoluto subjetivismo en el que no sólo se cuestionaba el paradigma legal de la verdad objetiva, sino que se basaba en una interpretación del principio de libre valoración de la prueba que tenía su fundamento en las sensaciones, intuiciones y corazonadas del juez, por este camino podía hasta prescindirse de su base objetiva: la prueba.

CUARTA: Durante la segunda mitad del siglo XX se advierte una progresiva tendencia a la objetivación y garantismo de la producción de la prueba y su apreciación. Esta orientación estuvo condicionada por sucesos y fenómenos acaecidos que caracterizan a esta etapa, especialmente el desarrollo vertiginoso de la revolución científico-técnica y la internacionalización y constitucionalización de los derechos y libertades del hombre con el consiguiente compromiso ético - jurídico de los Estados en el establecimiento de las condiciones y del marco legal requeridos para su garantía y respeto.

QUINTA: Esa línea de pensamiento científico, surgida en Europa continental, ha sido reflejada en los años noventa por el movimiento de reforma de la legislación procesal en los países de América Latina y se expresa fundamentalmente en exigencias de pautas suprasubjetivas y de garantías que deberán cumplirse en la producción de la prueba, en su valoración y en la declaración y control de la verdad judicial en la sentencia. Todo lo que redundará en pos del logro y establecimiento de una verdad basada en una certeza objetiva plena y contrastable.

SEXTA: En Ecuador, la influencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española además de constituir una pervivencia del Derecho colonial y una prolongación de concepciones teóricas ya superadas, significó reproducir limitaciones no vislumbradas en su concepción, así por ejemplo, la carencia de una sistemática en la distinción entre nulidad absoluta, nulidad relativa e irregularidad de los actos procesales (dentro de ello: prueba ilícita y prueba irregular), la no exclusión de las acepciones subjetivas y objetivas sobre la carga de la prueba, la ausencia de un pronunciamiento claro acerca del valor probatorio de los actos de investigación, la no postulación del principio *in dubio pro reo*, etc.

SÉPTIMA: De este modo, en el momento actual, si bien se exige un registro más detallado de lo acontecido en el juicio oral y una sentencia motivada, todavía no puede llegarse a sostener que nuestra práctica judicial, en lo que respecta a la búsqueda de la verdad, su declaración y control, haya dejado atrás la orientación subjetivista en que se inspiró la ley del colonialismo

español. ¡Aún queda mucho por hacer! Baste decir que es menester precisar los criterios suprasubjetivos que deben servir de orientación al Tribunal en la valoración de la prueba (reglas de la sana crítica) y franquear a las partes la posibilidad de combatir a través del recurso de casación las infracciones relacionadas con la producción y valoración de la prueba.

9-. RECOMENDACIONES.

A los Asambleístas sugiero que en futuras modificaciones a la legislación procesal penal, tengan en cuenta:

- ❖ En la perspectiva de la legislación del Derecho penal material: Evitar en la configuración de las conductas delictivas la utilización de técnicas de tipificación que conlleven una inversión o desplazamiento de la carga de la prueba.
- ❖ En el ámbito del ordenamiento jurídico del proceso penal:
 - ◆ Consignar claramente y sin ambages el paradigma de verdad material u objetiva.
 - ◆ Regular con precisión los supuestos que se consideran eximidos de prueba.
 - ◆ Establecer diáfananamente los principios de *libertad de fuente de prueba*, *legalidad de los medios de prueba*, *producción de pruebas en el juicio oral e in dubio pro reo*.
 - ◆ Excluir expresamente las acepciones subjetiva y objetiva de la carga de la prueba.
 - ◆ Señalar taxativamente las situaciones y reglas en que procede la *prueba anticipada* y la *conversión de actos de investigación en actos de prueba*.
 - ◆ Señalar detalladamente las cuestiones que ineludiblemente deben registrarse en el acta del juicio oral.
 - ◆ Exigir en la redacción de las sentencias su motivación en cuanto a la relación fáctica.
 - ◆ Reformular el principio de libre valoración de la prueba, de modo tal que en su nueva configuración queden comprendidas las reglas de la sana crítica y

la declaración de exclusión o de prohibición de valoración de aquellos medios o elementos de prueba que resulten defectuosos o viciados.

- ◆ Autorizar la vía del recurso de casación en los supuestos en que se haya incurrido en arbitrariedad o carencia de motivación fáctica o cuando se hayan valorado medios o elementos de prueba previamente declarados como viciados o defectuosos.

A los profesionales del Derecho y específicamente a los estudiosos de las Ciencias Procesales Penales, sugiero:

- ❖ En el contexto de la docencia universitaria:
 - ◆ Ampliar el espacio curricular tanto en pregrado como en postgrado para el estudio de las cuestiones relacionadas con la búsqueda y establecimiento de la verdad en el proceso penal.
 - ◆ Estimular y sistematizar la investigación acerca de los problemas vinculados con este tema.

10. PROPUESTA DE REFORMA.

REFORMA AL ARTÍCULO 86 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

La presente propuesta se sustentará en la investigación realizada sobre el tema intitulado “FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO BAJO EL PRISMA DEL DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO”

Los beneficiarios directos de esta propuesta son los jueces de los Tribunales de Garantías Penales y la ciudadanía de Loja y del país, debido a que esta propuesta de reforma no solo es aplicable a un sector determinado sino en todo el territorio nacional, pues tiene incidencia en un texto legal de gran importancia en nuestro ordenamiento jurídico.

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

Considerando:

Que es indispensable actualizar la legislación penal, para ponerla en consideración con los requerimientos actuales y sus disposiciones legales protejan a la sociedad de las malas aplicaciones del derecho, que lo único que hacen es alejar la aplicación correcta de la justicia.

Que la Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 8 del artículo 3 establece entre los deberes primordiales del Estado, garantizar a sus

habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción;

Que asimismo la Constitución de la República del Ecuador su artículo 169, establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y que las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso;

Que el Código Orgánico de la Función Judicial en el numeral 4 del artículo 130, establece entre las facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces motivar debidamente sus resoluciones y que las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados son nulos;

Que es necesario sustituir el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, debido a la necesidad de direccionar la actuación de los jueces, juezas y Tribunales de Garantías en la aplicación de la sana crítica al momento de valorar las pruebas;

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, sustitúyase el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal por el siguiente:

Art. 86.- Toda prueba será apreciada por la jueza, juez o Tribunal de Garantías Penales conforme a las reglas de la sana crítica, basándose conjuntamente en la lógica, los conocimientos científicos y la experiencia.

Una vez que hayan sido practicadas y aportadas legalmente al proceso todas las pruebas deberán ser analizadas y juzgadas, aún aquellas que a juicio del juez, jueza o Tribunal no fuere idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, siendo debidamente fundamentada su valoración respecto de estas en la sentencia.

Las sentencias que no se encuentren debidamente motivadas serán nulas y será motivo de sanción a la jueza, juez o Tribunal que hubieren emitido el fallo.

12. BIBLIOGRAFIA.

- **ABAB FERNÁNDEZ, ENRIQUE**; “Valor probatorio del sumario y reforma procesal penal”, Jornadas de Derecho Procesal, Consejo General del poder judicial, Madrid 1984.
- **ABBAGNANO, NICOLA**; *Historia de la Filosofía*; Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1965.
- **ABALOS, RAÚL**; *Derecho Procesal Penal*, Edic. Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 1993.
- **APOLO RAMÍREZ, MODESTO**; *La sana crítica en la prueba testimonial*, Edino, Guayaquil, 1993.
- **ARANGO ESCOBAR, JULIO E.**; “Valoración de la prueba en el proceso penal”, en Valoración de la Prueba, Fundación Myrna Mack, Serie Justicia y Derechos Humanos/2, Guatemala, 1996.
- **ARCE GUTIERREZ, HÉCTOR MAURICIO**; “La sana crítica como sistema de Valoración de la Prueba en el nuevo Código Procesal Penal de El Salvador”, R.D.Proc.Ibr., Núm.2-3, 1975.
- **ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA**; “La prueba. Garantías Constitucionales derivadas del artículo 24.2”, en “Poder Judicial No. 4, Madrid.
- **ASENCIO MELLADO, J.M.**, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.
- **AUGER LIÑAN, CLEMENTE**; “Organización Judicial y Estatutos del Juez”; en *Centro de Estudios Jurídicos. Colección Cursos. Vol.5.* Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1990.
- **AYLLÓN DULANTO, FERNANDO**; “Historia del Tribunal de la Inquisición”, en <http://www.monografias.com/trabajos7/inqui/inqui.shtml>, s.f., (consultado: 7-10-03).
- _____ “Procedimientos jurídicos del Tribunal de la Inquisición”, en <http://www.monografias.com/trabajos11/webpr/webpr.shtml>, s.e. y sf; (consultado el 7-10-03).
- **BECCARIA, CESARE**; *De los delitos y de las penas*; traducción de Juan Antonio de las Casas; Alianza Editorial; Madrid, 1968.

- **BENTHAM, JEREMÍAS;** *Tratados de las Pruebas Judiciales*, Edit. Ejea, Buenos Aires, Argetina, 1959. (Traducción por Manuel Ossorio).
- **BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO;** “Las transformaciones originadas por la Revolución Francesa en el contenido del Derecho Penal en el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa”, en Centro de Estudios Jurídicos. Colección Cursos. Vol.5. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1990.
- **BINDER M., ALBERTO;** *Introducción al derecho penal*, AD- HOC, 1ra. Edición, Buenos Aires, 1993.
- _____ “Funciones Y Disfunciones Del Ministerio Público Penal”, en Revista Ciencias Penales; Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre 1994 Año 6, N°9.
- _____ “La justicia penal en la transición a la democracia en América Latina”, en Revista Anuario Derecho Penal, Universidad de Friburgo, Suiza, 1994, <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/94/bi94.html>, consultado: 7-10-03.
- _____ “El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva-destructiva de la prueba penal”, *Justicia Penal y Derecho*, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- **BODES TORRES, JORGE.** -“Cambios en el procedimiento de los tribunales municipales”, en Revista Cubana Derecho, N° 5-1992.
- _____ -“La prueba documental”, en Revista Cubana Derecho, N° 8 -1992.
- **BRICHETTI, GIOVANNI;** *La Evidencia en el Proceso Penal*, Trad. de Santiago Sentis Melendo, EJEa, Bs.As, 1977.
- **CACHÓN VILLAR, P.;** “La prueba ilícitamente obtenida (Reflexiones en torno al artículo 11.1 LOPJ)”, en Revista de la Asociación de Jueces y Magistrados “Francisco de Vitoria” No. 1, junio, 1991.
- **CALVO CABELLO, JOSÉ LUIS;** “La Valoración de la Prueba en el Juicio Oral; editado en Cuadernos de Derecho Judicial”, *La Prueba en el Proceso Penal II*, del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- **CAPPELLITI, M.;** “Espionaje telefónico y derechos del hombre”, en Proceso, Ideología y Sociedad, EJEa, Bs.As. 1974.

- **CAFERATA NORES, JOSÉ**; “La Prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales”, en *Temas de Derecho Procesal Penal*, Bs.As., 1988.
- _____; *La prueba en el proceso penal*, Edit. Depalma, 3ª Edic. Ampliada y actualizada (1998), Buenos Aires, Argentina, 1998.
- **CAROCCA, ALEX**, “Una Primera Aproximación al Tema de la Prueba Ilícita en Chile”, *Revista Ius et Praxis*, año 1, nº2, 1998.
- **CARRARA, FRANCISCO**, *Programa de Derecho Criminal*, tomo II, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1957, (traducción Ortega Torres y Guerrero).
- **CARNELLI, LORENZO**; “Con motivo de <el hecho notorio>”, *Revista de Derecho Procesal Argentina*, 1945, I.
- **CARNELUTTI, FRANCISCO**; *Sistema de Derecho procesal civil*, I. Introducción y función del proceso civil, trad. de Alcalá Zamora y Castillo y Sentis Melendo, UTEHA, Argentina, 1944.
- _____; *Lecciones sobre el Derecho Procesal*, T-I, Ediciones jurídicas Europa América, Bosch y Cia, Editores, trad. de Santiago Sentis Melendo, Bs, As, 1950.
- _____; *En: La prueba civil*, Buenos Aires, 1955.
- _____; *Teoría General del Derecho*; trad. Francisco Javier Osset, *Revista de Derecho Privado*, 3ra edición, Madrid, 1955.
- **CHIOVENDA, JOSÉ**; *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. De José Casáis y Santaló de la 3ra. Edición italiana, Madrid, Edit. Reus, tomo II; 1941
- **CLARIA OLMEDO**; *Tratado de Derecho Procesal*, T.IV, Edit. Bs. As, 1964.
- **COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO**; *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Porrúa. 16 Edición. México, 1997.
- **COMOGLIO, LUIGI PAOLO**; “ Prave ed accertamiento dei fatti nel nuovo C.P.P”., *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, IP.
- **CORDERO, FRANCO.**; *Procedura Penale*, Milano, 5ª Ed., 1979.
- **CORTÉS DOMINGUEZ, VALENTIN Y OTROS**; *Derecho Procesal Civil*, 2ª. Edición, Editorial Colex, 1997.
- _____; *Guida a lla procedura penale* Utet, Torino, 1986.

- **CLIMENT DURANT, CARLOS**; “Modificaciones introducidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial en la formulación de las sentencias”, Terceras Jornadas de Derecho Judicial, Tomo I, Madrid, 1987.
- _____; *La prueba penal*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999.
- **COUTURE, EDUARDO**; *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial Depalma 3era. edición 1978.
- **CHUMILLAS MOYA, MARTA**; “Motivación de las resoluciones judiciales”, en [Revista Internauta de Práctica Jurídica](#); SEMESTRAL DE DRET PROCESSAL I PRÀCTIC, Núm. 10; (julio-diciembre, 2002); <http://www.uv.es/~ripj/10mot.htm>; ISSN: 1139-5885. Consultado: 6-6-03
- **CRUZ CASTRO, FERNANDO**; “Principios Fundamentales para la Reforma de un Sistema Procesal Mixto”. El Caso De Costa Rica; en Revista Ciencias Penales, No.8, marzo – 1994, año 5, N° 8, San, José Costa Rica, <http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2010/ada10.htm>, consultado: 3-9-03.
- **DE GONZÁLEZ MARISCAL, ISLAS**. -“La prisión preventiva: doctrina y constitución mexicana”, en Revista Jurídica, N° 56-1989.
- **DEL RÍO FERRETTI, CARLOS**; “Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo fáctico mediante recurso de nulidad (I)”, [Revista Internauta de Práctica Jurídica](#); Semestral de Dret Processal I Pràctic, ISSN: 1139-5885, Núm. 8, (julio-diciembre, 2001) <http://www.uv.es/~ripj/>, consultado: 6-6-03.
- _____; “Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo fáctico mediante recurso de nulidad (II)”, ISSN: 1139-5885; [Revista Internauta de Práctica Jurídica](#); SEMESTRAL DE DRET PROCESSAL I PRÀCTIC, Núm. 9, (enero-junio, 2002) <http://www.uv.es/~ripj/9car..htm>. Consultado:6-6-03.
- **DEL JUNCO, ALBERTO Y JOSÉ PORTUONDO**; *Ley de Enjuiciamiento Criminal, Vigente en la República de Cuba*, Ücar, García y Cía; La Habana, 1946.
- **DE LA RUA**; “La Motivación de la Sentencia y Control”, en Un Codice Tipo di Procedura Penale per l’ America Latina, Congresso Internacionale, Roma 11-13 Settembre 1991, V/2.

- **DE LUCA, GIUSEPPE**; “Li sistema delle prove penali e il principio del libero convincimiento nel nuovo rito”, Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1992, fasc 4.
- **DE MARINO BORREGO**; “*Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba*” en Primeras Jornadas de Derecho Judicial”, Madrid, 1983.
- **DE MIGUEL Y ALONSO, CARLOS**; “La cientificidad de la prueba pericial y la libertad de apreciación del juzgador en el proceso civil español”, R.D.Proc.Iber, 1972, núm.1.
- **DENTI, V**; “Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador”, Ponencia general al V Congreso Internacional de Derecho procesal, México, 1972, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, Nos2-3.
- **DEVIS ECHENDIA, HERNANDO**; “<Contenido naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial>”, R, D.proc.Iber, Núm.1, 1966.
- _____; *Teoría general de la prueba judicial*, T-I, 2da edición, Bs.As., 1972.
- **DÍAZ CABIALE, J.A.**; “LA admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”. Cuadernos del CGP.J, 1992.
- **DÖHRING, ERICH**; “La Prueba. Su Práctica y Apreciación”. Divulgación Jurídica, No. 8, año 3, Ed. Minjus, La Habana, 1985.
- **EYMAR ALONSO, CARLOS**; “La Justicia de la Razón y la Razón de los Jueces”; en Centro de Estudios Jurídicos. Colección Cursos. Vol.5. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1990.
- **FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR**; “Doctrina General del Derecho Procesal”, Edit. Bosch, Barcelona, España, 1990.
- **FALCON, ENRIQUE M.**; *Cómo se ofrece y produce la prueba*, Segunda edición actualizada, Ed. ABELEDO – PERROT, Buenos Aires, 1995.
- **FREDAS, PIETRO**; “Introducción a la Tercera Edición de las Pruebas Penales de Florián, reimpresión de tercera edición”, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1990 (Traducción Castellana Jorge Guerrero).
- **FENECH, MIGUEL**; *Derecho Procesal Penal*, Ed labor, S.A, Volumen Primero, Tercera Edición, Barcelona Madrid, 1960.

- **FERNANDEZ CARNICERO, CLARO J.**; “Parlamento y poder Judicial (acotaciones a la escena política de la Revolución Francesa. 1789-1791)”, en Centro de Estudios Jurídicos. Colección Cursos. Vol.5. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1990.
- **FERNÁNDEZ ENTRALGO, JESÚS**; “Presunción de Inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de las sentencias”, R.G.D., 1986, Vol. 5.
- _____; “La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, Poder Judicial, No. Especial XI, 1989.
- _____; “Las Reglas del Juego. prohibido hacer Trampas: La Prueba ilegítimamente obtenida”, en Cuadernos de Derecho Judicial, La Prueba en el Proceso Penal II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- **FERRI, ENRICO**; *Sociología Criminal*, traducción de Antonio Soto Hernández, Ed. Góngora, Madrid, s.f.
- **FLORIÁN, EUGENIO**; *De las Pruebas Penales*, Tomo I, De la Prueba en General, tercera reimpresión de la tercera edición, editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998.
- **FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA**; *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Edit. Temis, Colombia, Bogotá, 1995, (Traducción de Jorge Guerrero).
- **FREDAS, PIETRO**; *Introducción a la 3ª edición de la Prueba en Materia Penal de Florián*, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1990.
- **FUEYO LANERI, FERNANDO**; “Interpretación e integración de la norma en contra de su literalidad por los tribunales de justicia”. en ponencias presentadas en el Congreso Interpretación, Integración y Razonamientos Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile. 1992.
- **FURNO**; “Teoría de la Prueba Legal”, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1954.
- **GOLDSCHMIT**; *Principios generales del proceso*, I, Ediciones Jurídicas Europa, América, 1961.
- **GÓMEZ DARIAS, EMIGDIO**. -“De la defensa y otras garantías en la Ley Procesal Penal Militar”, en Revista Jurídica, Nº 4-1984.

- **GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO**; *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1976.
- **GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO y VICENTE HERCE QUEMADA**; *Derecho Procesal*, Vol.II, Cuarta edición, Madrid, 1954.
- **GÓMEZ COLOMER, J. L.**; “*El Proceso Penal Alemán*”. *Introducción y Normas Básicas* “Barcelona, Bosch, 1985.
- _____ “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”, en *Ciencias Penales*, Año 9, No.13, Agosto 1997, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2013/gomez13.htm>, consultado: 3-9-03.
- **GONZÁLEZ MONTES, J. L.**; “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el Derecho Constitucional a la prueba y sus límites)”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1990, I.
- **GORPHE, FRANCOIS**; *Apreciación judicial de las pruebas*, Traduc. Jorge Guerrero, Ed. Temis, Bogotá, 1985.
- **GUASP, JAIME**; “La prueba en el proceso civil español”, en la *Revista de la Facultad de Oviedo*.
- _____; *Derecho procesal Civil*, T-1, Madrid, 1968.
- **GUTIERREZ-ALVIZ Y CONRADI, FAUSTINO**; “La valoración de la prueba penal”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1975, No.4.
- **GHIARA**, “Presunzione d’innocenza, presunzione di < non colpevolezza > e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale”, *Riv.IT. Dir e Proc.pen*, 1974.
- **HABERMAS, JURGEN**; *Teoría de la Acción Comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987.
- **HASSEMER, W**, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- **HERNANDEZ GIL, FRANCISCO**; *La prueba preconstituída*, Centro de Estudios Judiciales, Vol.-12, Ministerio de Justicia, 1993.
- **HOUED VEGA, MARIO A**; “LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL”, en *Revista Ciencias Penales*, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre 1990, Año 2, N° 3, <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2003/houed03.htm>, consultado: 3-9-03.

- **IGARTUA SALAVERRIA, JUAN**; *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- **ILLUMINATE, GIULIO**, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bolonia, 1984.
- **INTERIAN VARGAS, CARLOS A.** -"A propósito del Procedimiento de Inspección Judicial", en *Revista Jurídica*, No. 3-1984.
- **JAEN VALLEJO, MANUEL**; "La práctica de la Prueba en el juicio penal como presupuesto para desvirtuar la presunción de inocencia", *Revista General de Derecho*, No. 507, Dic. 1986.
- _____ "Incidencia sobre la presunción de inocencia de las declaraciones sumariales dadas por reproducidas en el juicio (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 64/1986 y precedentes)", R.G.D. No. 504, Sep.1986.
- **JIMÉNEZ CONDE, FERNANDO**; "Reflexiones en torno a la obra de Stein. El conocimiento privado del juez", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1974, No.1.
- **JORGE BARREIRO, A**; "La prueba en el proceso penal", *Plan Territorial de Extremadura*, CGP.J, Vol. II, 1992.
- **KIRÁLY, TIBOR**; *Procedimiento Criminal, Verdad y Probabilidad*, Educación y Ciencias Sociales, La Habana, 1988.
- **KECHEDKIAN, V Y J. FEDKIN**; *Historia de las ideas políticas*; Ed. Política, La Habana; 1964.
- **KIELMANOVICH, JORGE**; *Teoría de la Prueba y Medios probatorios*, Edit. Abeledo Perrot, Argentina, Buenos Aires, 1996.
- **LARIN, A**; *Tribunales y organismos de instrucción*, en *Bases Constitucionales de la justicia en la URSS*, Redacción "*Ciencias Sociales Contemporáneas*", Moscú.
- **LEONARDO FRANK, JORGE**, *Sistema de Acusatorio criminal y Juicio Oral*, Lenner Editores Asociados, Bs.As, 1986.
- **LEONE, GIOVANNI**; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, EJEA, Tomo II, 1963.
- **LESSONA**, *Teoría General de la Prueba en el Derecho*, Edit. Reus, 1928.
- **LOPEZ FRAGOSO**; *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, COLEX, Madrid, 1991.

- **LÓPEZ BORJA, LUIS**; “Presunción de Inocencia, tutela judicial y motivación de las sentencias”, en AA.VV. Los principios del proceso penal, cuadernos de Derecho Jud. No. XIII, C.G. P.J., Madrid, 1992.
- **LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, JACOBO**; *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989.
- _____; “La Motivación y Control de las decisiones jurisdiccionales”, en Un Codice Tipo di Procedura Penale per l’ America Latina, Congresso Internacionalle, Roma 11-13 Settembre 1991, V/2.
- _____; “La motivación de las sentencias”, en AA.VV. La sentencia penal, cuadernos de Der.Jud. No. XIII. C.G.P.J, Madrid, 1992.
- _____; “Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración”, Revista General de Derecho, Julio-Agosto 1993.
- **LORENTE SARIÑENA, MARTA**; “Reflexiones sobre la Casación en una Época Revolucionaria”, en *El Poder Judicial en el Bicentenario de al Revolución Francesa*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- **LOZZI, G**; “*Prove invalide non utilizzate e declartoria di nillita*”, en Revista Italiana de Ddiritto e IProcedura Penale, 1978.
- **LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER**, “La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)”, Revista de Derecho Procesal, núm.2, 1995.
- **MAIER, JULIO B.J.**; *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, 1989, T. I.
- _____ “Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas penales escritos, en Revista Ciencias Penales”, de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, junio 1991 año 3, N° 4, San José, Costa Rica,
<http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2004/maier04.htm>.

- _____ “El Ministerio Público: ¿Un Adolescente Indefinido?”, en Revista del Instituto de Criminología y Ciencias Penales “Dr. Jorge Zabala Baquerizo”, Guayaquil, 1998.
- **MALMOT LAFFITA, CÁNDIDO.** -“Algunas ideas sobre los términos judiciales y su incidencia en la celeridad de la justicia penal”, en Revista Cubana Derecho, N° 38.
- **MANZINI, VINCENZO;** *Tratado de Derecho Procesal Penal.* T.III, EJE, Bs.As., 1952.
- **MARTÍNEZ PARDO, VICENTE JOSÉ;** “El derecho al recurso en el proceso penal”, ISSN: 1139-5885; [Revista Internauta de Práctica Jurídica](http://www.uv.es/~ripij/9vice.htm); SEMESTRAL DE DRET PROCESSAL I PRÀCTIC, Núm. 9, (enero-junio, 2002); <http://www.uv.es/~ripij/9vice.htm>. Consultado:6-6-03.
- **MARTÍNEZ VAL;** “El principio in dubio pro reo”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1956.
- **MASCARELL NAVARRO, MARÍA JOSÉ,** “La carga de la prueba y la presunción de inocencia”, en Revista Justicia, 1987.
- **MERINO BRITO, ELOY G;** “El proyecto de ley de procedimiento penal”, en Revista Cubana de Derecho No.4, año 2, La Habana, Enero/Marzo, 1973.
- **MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL;** *La mínima Actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch editor, Barcelona 1997.
- **MICHELI,** *La carga de la prueba*, Trad. de Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas, Europa, América, 1961.
- **MITTERMAIER, KARL;** *Tratado de la prueba en materia criminal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1979.
- **MIXÁN MÁSS, FLORENCIO;** *La Prueba en el Procedimiento Penal*, Tomo 1V-A, Ed. Ediciones Jurídicas, Lima, 1990.
- _____; *La prueba en materia criminal*, Edit Reus, Madrid, España, 1929.
- **MOMMSEN, TEODORO;** *Compendio del Derecho Público Romano*, Edit. Jiménez Gil, Madrid, España, 1999.
- **MONTERO OROCA, JUAN;** “Las cintas Magnetofónicas como fuente de prueba (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo”, *Sala I, de 30 de noviembre de 1981*), en Poder Judicial, No.7, junio, 1983.

- _____; *Principios del Proceso Penal*, Edit Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1997.
- _____; FLORES MATÍES, José y LÓPEZ EBRI, Gonzalo. *Contestaciones al Programa de Derecho Procesal Penal para Acceso a las Carreras Judicial y Fiscal*. Editorial "Tirant lo Blanch". Valencia (España), 1.997.
- _____; *Derecho Jurisdiccional*, III, Proceso Penal, 6ta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- _____; *La Prueba en el Proceso Civil*, Segunda Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998.
- **MONTESQUIEU, CARLOS**; *Del Espíritu de las Leyes*, Tomo I, Edit. Albatros, Buenos Aires, Argentina, 1942.
- **MORENO CANTERA, VICTOR**; "Garantía de los Derechos fundamentales en la investigación Penal", Poder Judicial, No. Especial II, Justicia penal, 1987.
- **MORA MORA, LUIS PAULINO**; "La importancia del juicio oral en el proceso penal", en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 3, n° 4, junio 1991, (<http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/revista%2004/mora04.htm>), consultado: 7-10-03.
- **MUÑOZ SABATÉ**; *Sobre la falta de controles probatorios*, en Estudios de Práctica Procesal, Librería, Bosch, Barcelona, 1987.
- **NUVOLUNE, PRIETO**; "Le prove vietate nel processo penale nei paesidi diritto latino", en Revista di Diritto processuale", 1966.
- **NIKKEN, PEDRO**; *La Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid (Civitas), 1987.
- **NUÑEZ NUÑEZ, EDUARDO RAFAEL**; *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Anotada y concordada con todas las adiciones y modificaciones hasta 1954 en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia; 2da. Edición; tomo I; Jesús Montero Editor; La Habana; 1954.
- **ORTELLS RAMOS, MANUEL**; "Origen histórico del deber de motivar las sentencias", R.D. Proc. Iber., 1977, No. 4.
- _____; "El proceso penal y la Ley Orgánica 10/1980 de 11 de noviembre", Justicia, No.IV, 1984.

- _____; *Derecho Jurisdiccional*, Tomo III, (con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO), Edit. Tirant Lo Blanch, 7ª Edic., Valencia, España, 1998.
- **PAILLAS, ENRIQUE**; *Derecho Procesal Penal, Volumen I*, Edit. Jurídica, Santiago, Chile, 1984.
- **PASTOR BORGÑON, BLANCA.**; *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, en Justicia, 1986.
- _____; “La prueba ilegalmente obtenida, en “La retribución de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal”, GGPJ, 1993.
- **PECES MORATE, JESÚS**; “Consolidación de una estructura Judicial”, en Centro de Estudios Jurídicos. Colección Cursos. Vol.5. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1990.
- **PEDRAZ PENALVA, ERNESTO**; “Notas sobre publicidad y proceso”, en “El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la Sociedad”, Poder Judicial, No. Especial XI, CGPJ, 1989.
- _____; “La Motivación y Control de las decisiones jurisdiccionales”, en Un Codice Tipo di Procedura Penale per l’ America Latina, Congresso Internacionalle, Roma 11-13 Settembre 1991, V/2.
- _____; “Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración”, Revista General de Derecho, Julio-Agosto 1993.
- **PÉREZ SARMIENTO, ERIC.**-“Estudio de la fase preparatoria en el proceso penal cubano”, en Revista Jurídica, N° 23-1989.
- **PETIT, EUGENE**; *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed. Saturno Calleja S.A. , Madrid, s.f.
- **PIERRE MATUS, JEAN**; “Apuntes sobre la prueba en el nuevo proceso penal”, La Semana Jurídica, enero 8 al 14, 2001, <http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/721/article-3836.html>.
Consultado: 5-9-03.
- **PORTUONDO Y DE CASTRO, JOSÉ**; *Curso de Derecho procesal Criminal*, tomo II, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1942.

- **PRIETO CASTRO, LEONARDO**; *Tratado de Derecho Procesal civil*, I, Ed. Aranzadi, 1985.
- **PRIETO CASTRO, LEONARDO Y GUTIÉRREZ CABIADES**; *Derecho Procesal Penal*, 4ª, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- **PRIETO MORALES, ALDO**; *Derecho Procesal Penal*, 1, Ediciones EMPES, La habana, 1982.
- **QUIÑONES VARGAS, HÉCTOR**; “El sistema oral en el proceso penal salvadoreño”, en [Artículos Doctrinales: Derecho Procesal Penal](#), Noviembre 2001, [Leggio, Contenidos y Aplicaciones Informáticas](#), S.L. <http://noticias.juridicas.com>. Consultado: 5-9-03.
- **RAMOS MENDEZ**; *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*, Bosch, 1988.
- **RIVIERA CANTO, M.P**; “La prueba ilegalmente obtenida”, CGPJ. Vol. II, 1992 (Plan Provincial de Girona).
- **RODRÍGUEZ PANIAGUA, JOSÉ MARÍA**; *Ley y derecho, interpretación e integración de la ley*, Madrid (tecnos), 1976.
- **ROSEMBERG**; *La carga de la prueba*, Ediciones Jurídicas Europa-America, Bs.As, 1956.
- **RUSSO EDUARDO A.**; *Las Reglas de la sana crítica como lógica de la persuasión*, Bogotá, Temis.
- **RUBIO LLORENTE, FRANCISCO**; “Juez y Ley desde el punto de vista del principio igualdad en el Bicentenario de la Revolución Francesa”; en Centro de Estudios Jurídicos. Colección Cursos. Vol.5. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1990.
- **RUIZ VADILLO, E., ALMAGRO NOSSETE, J. y otros**; “La prueba en el proceso penal”, CGP.J, Madrid, 1992.
- **SALAZAR MIRÓ, PEDRO E.** -“Situación de la prisión provisional en el mundo”, en Revista Cubana Derecho, N° 1-1991.
- **SENTIS MELENDO, SANTIAGO**; *Fuentes y Medios de Prueba*, en la Prueba, Ejea, Buenos Aires, 1978.
- _____; *La Prueba*, Edic. E.J.E.A., Buenos Aires, Argentina, 1979.
- **SÉFER ZARATE, ISMAEL.** -“Acerca de la ley de procedimiento penal”, en Revista Cubana Derecho, N° 22.

- **SERRA DOMINGUEZ, MANUEL**; “Contribución al estudio de la prueba”, *Revista Jurídica de Cataluña*, marzo-abril, 1962.
- _____; *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de arrendamientos urbanos*, Ed. Nauta, Barcelona, 1963.
- _____; *La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario*, estudios de Derecho Procesal, Ed. Ariel, Barcelona, 1969.
- **SILVA MELERO, VALENTIN**; “La prueba procesal”, I, ed. *Revista de Derecho Privado*, 1983.
- _____; “El régimen de la Prueba Penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1950.
- **SILVA SILVA, JORGE ALBERTO**; *Derecho Procesal Penal*. Colección de Textos Universitarios. Oxford. Segunda Edición. México, 1999.
- **SCHÖNKE, A.**; “Límites de la Prueba en el Derecho Penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, XI, 1955, No. 3.
- **SCAPARONE, M.**; “*Comun Law*” e proceso penale, Milano, 1974.
- **SIERRA GIL DE LA CUESTA**; “Motivación de las sentencias penales”, en “El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la Sociedad”, *Poder Judicial*, No. Especial XI, CGPJ, 1989.
- **STEIN, FRIEDRICH**; *El conocimiento privado del juez*, trad. De La Oliva Santos. Ed. Centro de Estudios Ramón Arces, Madrid, 1990.
- **TIEDEMANN**; en Roxin, Arzt, G., Tiedemann, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Ariel, Barcelona, 1989.
- **TOMAS Y VALIENTE, FRANCISCO**; “De la Administración de Justicia al Poder Judicial”; en Centro de Estudios Jurídicos. Colección Cursos. Vol.5. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1990.
- **VAZQUEZ SOTELO, JOSE LUIS**, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- **VELAYOS MARTÍNEZ, MARÍA ISABEL**; *El Testigo de Referencia en el Proceso Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch y Universidad de Alicante. Valencia (España), 1998.
- **VELEZ MARICONDE, A**; *Derecho Procesal Penal*, Bs.As., 1968, T-II.
- **VESCOVI, E.** “Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita (Una contribución comparatista a la aproximación entre el “Civil law y el

“Common law””, en Revista del Derecho Procesal Iberoamericana”, 1970, 2.

- **VIADA, CARLOS**; *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1950.
- **VIEHWEG, THEADOR**; *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964.
- **VOLTAIRE**; “Comentario sobre el libro” De los delitos y de las penas”; en De los delitos y de las penas; traducción de Juan Antonio de las Casas; Alianza Editorial; Madrid, 1968.
- **WALTER, GERHARD**, en *Libre Apreciación de la Prueba*, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1985 (Traducción Castellana de Tomás Banzhaf).

DISPOSICIONES NORMATIVAS:

- El Código Tipo de Procedimiento Penal Para América Latina; Consiglio Nazionale delle Ricerche; *Un Codice Tipo di Procedura Penale per L'America Latina*, en Ricerche Giuridiche e Politiche, materiali V/1, Roma, 4 maggio 1990,
- El Código Procesal Penal de Perú (Decreto Legislativo No.638 de 25 de Abril de 1991).
- El Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (Ley 8.123. de 5 de Diciembre de 1991).
- El Código del Proceso Penal de la República Oriental del Uruguay (Publicada D.O. 30 Dic/997 - N° 24942 Ley N° 16.893).
- El Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (Publicado en la Gaceta Oficial N° 5.208 extraordinario de 23 de Enero de 1998).
- El Código de Procedimiento Penal de Bolivia (Ley No. 1970 de 25 de Marzo de 1999).
- El Código de Procedimiento Penal de Ecuador (Ley No. 000. Ro/ Sup 360 de 13 de Enero del 2000).
- El Código de Procedimiento Penal de Colombia (Ley 600 de 24 de Julio del 2000).
- El Nuevo Código Procesal Penal de Chile (Promulgado por Ley 19.696, publicado en D.O. El 12 De Octubre De 2000).
- Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 14 de septiembre de 1882, con las modificaciones de que ha sido objeto por diferentes Leyes y Decretos hasta el año 2002 (BOE 17.09.1882 y 10.10.1882).

12. ANEXOS.

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

***“FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL
ECUATORIANO BAJO EL PRISMA DEL DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO”***

***PROYECTO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE LICENCIADO EN
JURISPRUDENCIA Y TÍTULO DE ABOGADO***

POSTULANTE:

Danny Jonhatan Hurtado Morocho

DIRECTOR:

Dr. Fausto Moreno Sánchez.

Loja-Ecuador

2012

1. TEMA.-

Fundamentos epistemológicos sobre la prueba en el proceso penal ecuatoriano bajo el prisma del Derecho Procesal contemporáneo.

2. PROBLEMÁTICA.-

“El parlamento de Toulouse tiene una costumbre muy singular en las pruebas por testigos. En otras partes admiten medias pruebas que no son en realidad más que dudas, pues es sabido que no existen medias verdades; pero en Toulouse se admiten unas cuartas y octavas partes de pruebas. Por ejemplo, un he oído decir, puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro he oído decir un poco más vago, como una octava parte; de modo que, ocho rumores, que no son en realidad más que el eco de un rumor mal fundado, pueden componer una prueba completa; y fue poco más o menos sobre este principio como Juan Calas fue condenado a la rueda²⁰¹.

Planteamientos como éste comenzaron a tener lugar como expresión de la lucha de clases en pleno *Siglo de las Luces*. No fueron expuestos en calidad de reflexiones doctrinales, sino como denuncias y protestas contra las dolencias del régimen social y político imperantes; y, especialmente, contra el despotismo y la arbitrariedad del modo y manera en que se *hacía justicia* por los tribunales de la *Santa Inquisición*.

²⁰¹ VOLTAIRE; “Comentario sobre el libro -De los delitos y de las penas-”; en *De los delitos y de las penas*; traducción de Juan Antonio de las Casas; Alianza Editorial; Madrid, 1968, Pág. 158.

En este caso la frase corresponde a *François – Marie Arouet, más conocido como VOLTAIRE*, uno de los más ilustres pensadores de esta época, quien, entre otras muchas cuestiones, denunciaba así la aritmética irracional de la actividad probatoria en los procedimientos criminales del antiguo régimen.

Ya antes, en su obra *Traité sur la tolérance á l'occasion de la mort de Jean Calas*, había hecho similares manifestaciones ante la resonancia de un proceso injusto, seguido contra una familia protestante que, según se dice, había matado a su hijo al intentar convertirse al catolicismo.

Sus enardecidas protestas estaban fundamentalmente encaminadas a develar la esencia social de los fallos crueles de los tribunales de la Santa Inquisición, cuyo telón de fondo era el fanatismo y la discriminación religiosa. Pero siendo la prueba la base y pedestal sobre la que descansa cualquier decisión judicial, ya sea de culpabilidad o inocencia, o de sanción o absolución, se vio en la necesidad de incursionar en cuestiones de esta naturaleza para fundamentar sus críticas de contenido empírico y social.

Como él, hombres con similares inquietudes sociales y políticas, entre los que se pueden citar a Montesquieu, Beccaria, y Filangieri, formularon denuncias contra los enjuiciamientos inquisitoriales motivados por causas que estremecieron la opinión pública de la época, en las cuales se puso énfasis en cuestiones como la tortura, la secretividad de los interrogatorios, el desmedido uso de las presunciones, y el formalismo del sistema probatorio. Sus acusaciones, al igual que las de Voltaire, tenían su génesis en la repercusión social y política de este tipo o método de enjuiciamiento, no obstante, emitieron

juicios de incuestionable valor teórico que hicieron despertar el interés científico en la investigación de estos tópicos, a través de interrogantes acerca de la existencia de la verdad judicial y de la posibilidad de lograrla con los medios y recursos del proceso penal.

Y es que el crimen y el delito, como conflictos entre seres humanos y como conductas disvaliosas para las relaciones sociales en un contexto histórico determinado, cuando no producen alarma, por lo menos conmueven y despiertan el interés de los demás conciudadanos. Pero es aún más conmovedor y preocupante si, en aras de su solución y en nombre de la justicia, tienen lugar nuevos conflictos que pueden desvanecer las expectativas de seguridad en ella depositadas. Lo que resulta factible porque ésta debe actuar bajo las concepciones ideológicas y los intereses imperantes en la sociedad a la que sirve, así como con los medios y métodos que ella pone en sus manos, con lo cual siempre corre el riesgo de volver a criminalizar, bien a la propia víctima, bien al mismo acusado, o lo que es peor aún, a la sociedad en su conjunto. Pues, cuando la decisión sobre la existencia del suceso criminal y la consecuente declaración de responsabilidad penal, tienen lugar sobre bases inciertas, por no haberse logrado despejar las dudas sobre su existencia durante su investigación y juzgamiento, se acrecienta el temor social, en tanto, por una parte, es mayor la posibilidad de nuevos hechos de esta índole, al no haber sido sancionados los verdaderos autores, mientras, por otra parte, queda la inquietud de que por estos nuevos acaecimientos vuelvan a ser sancionadas personas inocentes.

En la actualidad el tema de la prueba en el proceso penal sigue siendo objeto de interés, por cuanto, la revolución científico - técnica y la internacionalización y constitucionalización de los derechos y libertades del hombre, con el consiguiente compromiso ético-jurídico de los Estados en el establecimiento de las condiciones y del marco legal requeridos para su garantía y respeto, obligan a un cambio de actitud metodológica y a una revisión de sus bases conceptuales.

Al igual que en el resto de Latinoamérica, los países centroamericanos atraviesan por un proceso de reforma del sistema de administración de justicia penal, como parte de la transformación democrática que se observa en las otras áreas de organización del Estado y la sociedad.

Este proceso no ha sido sistemático, uniforme, ni constante, pues ha debido superar altibajos políticos, sociales, económicos, para no referir la resistencia de los ciudadanos cada vez que pretende hablarse de garantías para el juzgamiento penal.

El abierto interés desarrollado por los medios de comunicación colectiva en los temas relativos a la represión penal y la lucha contra la criminalidad ha originado en estas áreas acalorados debates sobre cuál podría ser el fundamento ideológico de la actividad represiva del Estado, sobre todo en un sistema democrático.

Pero no todas son coincidencias. Algunos sectores estiman conveniente no hablar de garantías, ni de derechos, ni siquiera de los fundamentales, cuando se trata de reprimir a la criminalidad, al extremo de influenciar el acogimiento de criterios excesivamente represivos y en muchos casos antidemocráticos en esta materia.

No obstante esas opiniones, los sectores técnicos y los estudiosos impulsan una reforma del proceso penal que de alguna manera quiere desterrar los recuerdos del pasado no muy lejano, y busca afanosamente racionalizar el sistema de justicia penal, desterrando viejas prácticas, e incorporando en el desarrollo del proceso penal instituciones de un claro contenido democrático. El régimen de la prueba constituye uno de esos aspectos fundamentales que se incorporan en los nuevos textos legislativos con la misma finalidad.

El sistema probatorio adoptado en el proceso penal constituye un termómetro del nivel de desarrollo democrático de una concreta comunidad. La relación entre proceso penal y sistema constitucional es excepcionalmente evidente al observar cómo los principios básicos que inspiran la justicia penal deben obtener una referencia en la carta política. En realidad el régimen procesal es reflejo fiel del sistema político, y da más o menos atribuciones al juez, a la defensa y a los ciudadanos, según el sistema político imperante.

Así como el sistema procesal es reflejo del régimen político ideológico, el sistema probatorio es a su vez la columna vertebral del sistema procesal. La historia de los métodos de valoración de la prueba es, prácticamente, la historia

del enjuiciamiento penal. Por ello, el sistema probatorio es condicionado por las concepciones ideológicas que imperan en una sociedad y esa vinculación no se oculta tampoco en los modernos Códigos de Procedimiento Penal centroamericanos. La prueba penal “ha seguido los vaivenes de los sistemas políticos vigentes en los distintos momentos de la historia”, reflejando diferentes posturas.

En el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica, que inspiró la aprobación de los recientes códigos del área, no se oculta esa referencia que en el fondo constituye la verdadera justificación de su existencia. Ya en la exposición de motivos se afirma, con buen tino, que en nuestros países latinoamericanos “la justicia penal ha funcionado como una caja negra, alejada del control popular y de la transparencia democrática. El apego a ritualismos antiguos, a fórmulas inquisitivas, que en la cultura universal ya son curiosidades históricas, la falta de respeto a la dignidad humana... torna imperioso comenzar un profundo movimiento de reforma en todo el continente. Este Código Tipo busca servir de base a esta política transformadora, impostergable”. Es por esa razón que muchos institutos procesales incluidos en los modernos códigos procesales, que para los países de la Europa Continental son obvios mecanismos de administración de justicia, en el contexto latinoamericano y particularmente en el área centroamericana pueden significar una verdadera transformación cultural y política, que trasciende el campo de lo jurídico.

Esta situación se pone particularmente de relieve cuando abordamos el tema probatorio, el principio de libertad de prueba, sus limitaciones legales y

constitucionales, así como los sistemas para apreciar y valorar esa prueba, con todas sus implicaciones. En la experiencia ecuatoriana primero, las leyes del rito penal que han estado vigentes en nuestro país tuvieron como fuente a la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, ordenamiento ritual punitivo que se inspiró en las concepciones subjetivistas propias de su época. Y en segundo término habría que subrayar que la literatura jurídica existente en nuestro medio, en su gran mayoría, está basada en posturas similares y en muchas ocasiones presenta una actitud afilosófica, pues no se han llevado a cabo investigaciones de este tipo en el tema en cuestión.

Consecuentemente me permito plantear el siguiente problema: ***¿La producción y valoración de la prueba en el proceso penal ecuatoriano se basa en concepciones teóricas que permiten orientar la búsqueda de la verdad y su establecimiento de modo pleno, objetivo, contrastable y enteramente fundamentada?***

3. JUSTIFICACIÓN

La teoría general de la prueba es aplicable o predicable, según su propia denominación, a toda suerte de procesos; si la referimos, exclusivamente, al proceso penal hallamos matizaciones o diferencias en relación con el proceso civil, explicables en función de las características propias de cada uno de estos instrumentos de aplicación judicial de la ley, dependientes de ordenamientos jurídico-materiales diversos.

Sin embargo, las peculiaridades que no son tan importantes como, a veces, se dice, adquieren su mayor significación y resalte, cuando se atiende a la diferente función y naturaleza que cumplen los medios de prueba, utilizados como medios de investigación y los medios de prueba, utilizados en su propia y verdadera función de medios al servicio de la prueba de la pretensión acusatoria.

La razón de la radical diferencia que afecta sobre todo a su utilidad respectiva y a su valoración, de manera que cuando las fronteras entre unos y otros se difuminan o desaparecen, se corrompen las garantías del proceso, se encuentra, formalmente, en la justificación de la separación del proceso penal en dos fases principales (instrucción y juicio) y, materialmente, en la distinción entre averiguación y prueba, como cometidos distintos que se realizan dentro del, proceso penal.

Tan crucial resulta que quede garantizada la separación entre una y otra, sin confusión posible, que los juristas han ideado dos formidables mecanismos técnicos para asegurarla. De un lado, el juicio de acusación, que reserva a los órganos jurisdiccionales la llave para permitir existiendo acusación de parte, la celebración del juicio oral; del otro, el derecho a la presunción de inocencia, que, con independencia de proyecciones más amplias, donde, verdaderamente, despliega sus exigencias es en materia probatoria al atribuir todo el peso de la carga de la prueba a la acusación, reclamando del órgano judicial para ser destruida un pleno convencimiento de la culpabilidad del acusado si se determina su condena.

Si se repara en los dos conceptos introducidos, creo que se descubre con facilidad, que se mueven en planos antitéticos, pues mientras el juicio de acusación pondera la seriedad y, por tanto, el fundamento de la acusación, lo que hace más formal las sospechas o los indicios que recaen sobre la conducta del acusado, la presunción de inocencia obliga a considerarlo no culpable, en tanto, por medio de las pruebas practicadas en el juicio oral no se llegue a forjar una convicción de culpabilidad.

La distinción entre ambos cometidos posible, formalmente, plantea problemas psicológicos de incompatibilidad cuando se encomienda a un mismo órgano funciones de investigación, de juicio de acusación y de conocimiento del juicio pleno; estas incompatibilidades han originado, como es sabido, declaraciones de inconstitucionalidad sobre algunas leyes ya derogadas y propician interpretaciones constitucionales también debatidas, más o menos aceptables en razón de otros aspectos. Pero, superada la barrera legal, no puede subsistir una mentalidad proclive, prácticamente, a la inquisitoriedad.

Así, pues, dentro del proceso penal, lo relevante dentro de la teoría de la prueba es la explicación de los requisitos y características que han de reunir los medios de prueba para ser operativos y eficaces enjuicio, sin perniciosas confusiones, que se evitan y eliminan, sin ningún elemento probatorio fuera válido o posible tenerlo en cuenta si no se practica o reproduce con todas las garantías en juicio oral, lo que, desde luego, debe constituir la regla general, no obstante, que existan excepciones como las relativas a pruebas anticipadas o pre constituidas que deben ser examinadas.

Partiendo de lo anterior, la importancia científica y académica de mi tema radica, en que el derecho a la prueba es fundamental en la medida que es inherente a la persona y tiene además diversos mecanismos de refuerzos propios de los derechos fundamentales. El contenido esencial del derecho a la prueba es la posibilidad que tiene la persona de utilizar los medios posibles en aras de convencer al juez sobre la verdad del interés material perseguido. Consecuente con estos postulados aplicaré los conocimientos adquiridos en todas las etapas de mi formación pre-profesional y constituye una investigación pionera con éste enfoque epistemológico y cognoscitivo en el Ecuador.

Es factible este trabajo ya que cuento con el suficiente material bibliográfico, hemerográfico y documental. Así mismo, la disponibilidad de tiempo, el acceso a las fuentes de consulta y a la investigación que sea necesaria recopilar, de la misma manera acudiré a profesionales de Derecho que conocen del problema, y finalmente cuento con los suficientes recursos humanos y financieros para desarrollar mi tema investigativo.

Por último justifico el presente trabajo porque me servirá para obtener mi título de Abogado, a su vez servirá como fuente de información para las personas que se interesen en la temática y se logra con el mismo una adecuada investigación criminal que sea pertinente y eficaz para el proceso penal ecuatoriano.

4. OBJETIVOS:

4.1-. OBJETIVO GENERAL

Realizar un estudio jurídico, doctrinario y crítico sobre la prueba, tomando en cuenta su trascendencia en el Proceso Penal Ecuatoriano, con la finalidad de aportar un conjunto de presupuestos científicos que avalen sus garantías en el mismo, así como la efectividad y relevancia de su empleo en la realidad ecuatoriana actual.

4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Analizar desde nuestras tesis cognitivo-filosóficas las doctrinas más representativas sobre la búsqueda y establecimiento de la verdad en el proceso penal con posterioridad a la Revolución Francesa para develar las posturas gnoseológicas que le han servido de sustento.
- Examinar la evolución de los conceptos generales de la prueba en el proceso penal a partir de los aportes y limitaciones de las tesis doctrinales predominantes en cada momento histórico para poner de relieve su significación en la búsqueda y establecimiento de la verdad judicial y repercusión en el ámbito legislativo.
- Analizar las concepciones gnoseológicas y doctrinales que han servido de sustento a nuestra legislación precedente y actual del rito penal para determinar si han posibilitado establecer la verdad sobre el

hecho punible de modo pleno, objetivo, contrastable y fundamentado, a fin de realizar propuestas que puedan ser tenidas en cuenta en su perfeccionamiento y en su futura aplicación.

5. **HIPÓTESIS**

- Las tesis del subjetivismo gnoseológico que predominaron en el contexto teórico doctrinal hasta la primera mitad del siglo XX y sirvieron de sustento científico a las legislaciones europeas de este período, no permitieron orientar la búsqueda y establecimiento de la verdad en el proceso penal sobre bases objetivas y de modo pleno, contrastable y fundamentado.

6. **MARCO TEÓRICO**

En las postrimerías del siglo anterior que ha sido testigo de horrores sin cuento, parece haber acuerdo entre los juristas en que el proceso penal, para ser un instrumento de justicia, debe reunir condiciones mínimas en lo que atañe a quién juzga, qué juzga, cómo juzga, qué intervención tienen las partes, qué remedios existen contra las resoluciones erróneas, en fin, todas las garantías que integran lo que ha sido llamado "debido proceso", "proceso legal", "proceso justo", "proceso en estricta conformidad con las leyes", entre otras denominaciones.

Resulta realmente paradójico que en el siglo veintiuno, después de la llegada del hombre a la Luna y mientras se exploran con avanzadísima tecnología otros planetas, se continúe bregando en la mayoría de las naciones por establecer en el proceso penal instituciones cuyos orígenes datan de la Alta Edad Media.

La explicación de la paradoja se encuentra en que el proceso penal está íntimamente ligado a la concepción política predominante en la sociedad. Como instrumento, el proceso penal puede cumplir fines que no necesariamente son los de la justicia, de allí su lenta evolución, en la que no faltan marcados retrocesos, como los protagonizados por los regímenes totalitarios que ensombrecieron buena parte del presente siglo.

La expresión "debido proceso", además de ser la de mayor uso, tiene amplio, claro y profundo significado. No se trata tan sólo de que el proceso esté ajustado a derecho, que sea legal, puesto que la legalidad puede estar reñida con la justicia, sino de que sea adecuado, apropiado, conforme con un arquetipo. "Debido" hace referencia a lo que debe ser el proceso según los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo, la justicia. La denominación que más se le aproxima es la de "proceso justo".

El arquetipo es uno sólo como una sola es la dignidad de todos los hombres. Pero ese arquetipo, lejos de serlo de todos los aspectos del proceso, lo es sólo de sus condiciones mínimas, las que pueden y deben ser garantizadas por cada sociedad atendiendo sus propias particularidades. No se trata de

uniformar el modus vivendi de las naciones, no se trata de destruir la cultura de cada pueblo, sin la cual es imposible la propia identidad; se trata de que el hombre, como sujeto pasivo de persecución penal, sea respetado como hombre doquiera sea sometido a proceso.

Mucho menos se trata de seguir una moda establecida por una cultura hegemónica. La lucha por la dignidad del hombre no es patrimonio de ninguna civilización.

Por otro lado un peligro encubierto atenta contra el debido proceso: el olvidar que el proceso es un instrumento de justicia y no un instrumento de la impunidad. El no tomar en cuenta que el proceso no sólo debe aportar garantías al imputado, sino que también debe ser un medio de defensa social. En esta materia, como en todas, el éxito depende de encontrar el punto de equilibrio, el justo medio aristotélico. El garantismo también puede ser un vicio, y de él se aprovechan los sectores autoritarios para desacreditar el debido proceso.

Los intereses tutelados por el proceso penal son de tan alto rango para la colectividad que sobre ellos no puede haber libre disposición de las partes. No caben en él transacciones, limitación alguna sobre los alcances de la investigación, presunciones, verdades subjetivamente limitadas. Cuando de justicia penal se trata no debe quedar rincón alguno donde no penetre la luz.

Por esa razón el debido proceso exige un idóneo régimen de la prueba, único medio de llegar a la verdad real. Un régimen de la prueba que, por lo que puede ser objeto de prueba o *thema probandum*, por las personas físicas que pueden ser órganos de prueba, por los medios de prueba previstos por el procedimiento probatorio y por el sistema de valoración de la prueba, constituya una amplia y luminosa avenida que conduzca a la verdad en la forma más directa y certera posible.

Contrariamente a lo que sucede en el proceso civil, la regla en el proceso penal debe ser que ningún hecho esté exento de prueba, ni siquiera los que admita el imputado mediante confesión. No puede haber presunciones de hecho o de hombre, salvo las que establezca la prueba indiciaria, en la concepción de la doctrina que identifica indicios con presunciones "judicis" (CIANTURCO), y las presunciones legales deberán ser una rara excepción.

No obstante, los hechos evidentes y los notorios no cuestionados por ninguna de las partes deben estar exentos de prueba por resultar ésta innecesaria, y lo que no es necesario en el proceso es un obstáculo a la prontitud de la justicia.

Excluir a algunas personas de la categoría de órganos de prueba por razón de edad, más allá de lo que la psicología aconseja; por razón de parentesco o de otra cercana relación con el imputado, el ofendido o las partes civiles puede significar la pérdida de los testigos que podríamos llamar "naturales" en algunos delitos, como los que suelen perpetrarse en la intimidad del hogar. Por otra parte, la tacha de testigos no tiene razón de ser en un sistema de valoración de la prueba fundado en la sana crítica, el cual exige al juez reparar

en todas las circunstancias relevantes al ponderar los distintos elementos probatorios.

Sin embargo, en obsequio a la verdad real y también al leal patrocinio del letrado, debe excluirse el testimonio del defensor como tal, es decir, debe separársele como defensor, puesto que el defensor, a diferencia del testigo, sí es sustituible.

La añeja polémica sobre la libertad o la taxatividad de los medios de prueba debe ser zanjada con miras a las necesidades probatorias del proceso. Ninguna limitación que impida el acceso a la verdad real, que en el contexto del proceso penal se traduce en acceso a la justicia, debe admitirse.

No obstante, cualquiera que sea el medio de prueba, nominado o innominado, dispuesto o no expresamente por la ley, debe respetar la dignidad humana en todos los aspectos que ella irradia. El concepto de prueba lícita no debe reducirse al de prueba admitida por la ley, sino identificarse con el de prueba no lesiva de derechos subjetivos, tengan éstos o no reconocimiento positivo.

El procedimiento probatorio, es decir, la forma como se prueba, es de importancia primaria para el debido proceso. En este procedimiento difiere sustancialmente la posición de los sujetos procesales.

A la luz del debido proceso el juez tiene potestad instructoria, o sea, el poder-deber de investigar por sí mismo todas las facetas del hecho imputado,

incluidas las razones de descargo del reo. A la par de esa potestad el juez tiene deberes frente a las partes, básicamente el de facilitarles la aportación de prueba, el acceso a la prueba aportada por la contraria y la crítica de la prueba.

El Ministerio Público tiene la potestad de coadyuvar en la consecución de la verdad real, aunque ella favorezca al imputado, y la potestad de sustentar la imputación. Tratándose de un órgano público no cabe hablar de derecho subjetivo de probar, para referirnos al poder que tiene el Ministerio Público de aportar pruebas de cargo. Pero ello no puede significar que esa potestad le pueda ser lícitamente burlada por el juez, ya que la ley se la ha concedido en pro de la dialéctica del proceso, del contradictorio, camino óptimo para llegar a la verdad.

El imputado, por su parte, en el debido proceso sólo tiene derechos en relación con la prueba, amparado como está por la presunción de inocencia que lo libera de la carga probatoria.

Sin embargo, una vez que el acusador ha sustentado con pruebas la acusación, corresponde al imputado respaldar de igual forma la negación de los cargos. Aunque en este caso, para evitar la condena, no es necesario que la prueba aportada refute plenamente la de cargo. Basta con que dé lugar a la duda para que sea procedente la absolución con base en el principio *IN DUBIO PRO REO*, mediante el cual el afán de justicia contiene su ímpetu ante el horror de la condena del inocente.

Los derechos del imputado en lo que toca a la prueba constituyen un haz, entre los cuales está, en primer lugar, el derecho a conocer las pruebas de cargo, a efecto de poder refutarlas. Dichas pruebas deben ser puestas en conocimiento del acusado en el momento mismo de la intimación o instrucción de cargos, acto procesal cuyo contenido es tripartito: hechos que se imputan, pruebas que los fundamentan y derechos que le asisten al reo en relación con la imputación. Basta la ausencia de uno de estos tres elementos para que no haya intimación, lo que significa en última instancia indefensión.

Si bien el imputado no está obligado a probar su inocencia o su menor responsabilidad, como ya señalamos, tiene el derecho de hacerlo. Se desconoce tal derecho cuando las autoridades rechazan antojadizamente las pruebas ofrecidas por el inculcado. La vocación del juez por la justicia puede medirse por el grado de receptividad que muestre hacia la prueba de descargo, verdadera piedra de toque de cualquier cuadro probatorio incriminador. Esto no significa, sin embargo, para el juez el deber de recibir toda la prueba que ofrezca la defensa, aun la impertinente o inútil.

También el camino de la injusticia puede estar empedrado de buenas intenciones; por eso, sólo la prudencia del juzgador podrá hacerlo llegar a puerto seguro en medio de las asechanzas que le tienden los persecutores rabiosos y los defensores sin escrúpulos.

Derecho a la prueba para el imputado es también el derecho de controlar la legalidad del procedimiento probatorio. La prueba no debe ser evacuada a

espaldas de las partes, salvo aquella cuya práctica requiere condiciones especiales de concentración y tranquilidad, como las peritaciones. Pero el resultado de éstas, con sus fundamentos, debe ser puesto a disposición de los interesados a la mayor brevedad posible. Otra excepción resulta de la necesidad de guardar el respeto que merece el pudor de las personas y su ámbito de intimidad, como en el caso del registro corporal y domiciliario.

Por último, el imputado, como parte en el proceso, tiene el derecho de hacer la crítica de la prueba. Es decir, de analizarla y refutarla o destacarla, según considere pertinente.

El defensor, por su parte, tiene prácticamente los mismos derechos probatorios del imputado, a cuyo servicio se encuentra; pero a la vez y precisamente por prestar un servicio, que no es sólo de interés individual sino también social, tiene un deber primario ante su patrocinado y ante la sociedad: el deber de la parcialidad, que no debe ser torcidamente entendido como una justificación del favorecimiento de la impunidad del crimen, sino como lealtad hacia su cliente, la cual debe revelarse por el interés puesto en ofrecer y hacer que se evacue la prueba de descargo, en no ofrecer nunca prueba que incrimine a su defendido, en refutar cumplidamente la prueba de cargo, para que mostrando los puntos débiles de ésta obligue al juez a hacer una ponderación racional de ella.

Lo únicamente válido de estos postulados es haber fijado la atención en la razón del hombre (de los jueces) como refutación a la razón divina, sustento religioso del principio de prueba tasada y de los arbitrarios y autoritarios

procedimientos de la Santa Inquisición. Empero, aun en los casos excepcionales en que la cognición del suceso se basa en el testimonio como único medio de prueba, con la consecuente decisión acerca de la credulidad en la certidumbre sensorial de las personas (testigos) que ello entraña, la resolución de la causa no depende solamente de las emociones o sentimientos del juzgador sino que intervienen otras fuentes de información como son las extraídas de las circunstancias del hecho (lugar, fecha, hora, etc.), las derivadas de las propias experiencias del juez y las provenientes de sus conocimientos, especialmente de las ciencias humanísticas (sobre todo de la psiquiatría y de la sociología).

Desde la perspectiva gnoseológica, la certidumbre subjetiva, como pleno convencimiento de una persona, entraña cualitativamente verdad y falsedad y desde el plano de su argumentación comprende tanto la probabilidad como la certeza. Por eso no puede admitirse que la misma esté por sí sola liberada de toda duda (según los planteamientos de las corrientes objetivistas) y mucho menos que esté verificada o contrastada con las reglas de la lógica y enteramente fundamentada (probada). La certidumbre, como cualidad de lo verdadero (absoluto o relativo), es una categoría suprasubjetiva y objetiva (independientemente de la opinión de las personas) que exige eso: completa fundamentación. Y esto último, conforme al proceso penal, solo se logra o alcanza a través de la prueba. Entonces, habrá que convenir con Király en que el convencimiento de una persona no se corresponde con la certidumbre interna o subjetiva, sino más bien con la "*probabilidad interna*", siendo este último concepto insuficiente para pronunciar un fallo de culpabilidad

(únicamente posibilita una decisión judicial absolutoria por no exigir liberación de toda duda y total fundamentación).

Desde una óptica jurídico procesal, el reconocimiento del sello personalísimo que marca la resolución de culpabilidad, como ocurre con toda obra humana (sin que ello signifique desconocer las notas de variabilidad de las capacidades, habilidades y del nivel de cognición de cada hombre en concreto y su correspondiente contextualización al marco socio histórico que le caracterizan), conlleva la necesidad del establecimiento de juicios garantistas (dotados de las suficientes garantías) y plurisubjetivos (adopción de la decisión por varios sujetos) para evitar al máximo las posibilidades de error.

La refutación de estos postulados no implica la negación del principio de libre valoración de la prueba como tal sino sólo la de la interpretación subjetivista que suscribe un sector de la doctrina que pervivió también en nuestro país, como sé vera más adelante hasta 1984. Pues este principio, además de constituir una conquista sociopolítica (supuso el destierro del arbitrario principio de prueba tasada), está avalado por la experiencia histórica universal y parece insustituible por ahora.

Aunque estas críticas develan en buena medida nuestra postura al respecto conviene y es al mismo tiempo pertinente dejar claramente expuesta **nuestra opción metodológica**.

D) **Necesidad de elección o afiliación (consciente) a una teoría gnoseológica** para la fundamentación tanto de las premisas para el estudio como de las conclusiones a las que se arriben sobre la cognoscibilidad y la verdad en el proceso penal, pues, además de no corresponder al Derecho - por sus objetivos y por sus tareas - el desarrollo de una teoría gnoseológica, la relación entre el ser y el pensar y la cognoscibilidad del mundo son los problemas generales y esenciales de los que se ha ocupado la filosofía desde sus orígenes. Por eso debemos convenir con Mixán Más en la necesidad de repasar las categorías y leyes más importantes de la gnoseología antes de pasar al estudio de las cuestiones concretas (o particulares) de la prueba en el juicio penal.

E) La suscripción en nuestro caso de las tesis gnoseológicas del materialismo dialéctico (cognoscibilidad del mundo, ley universal del cambio, propiedad reflectante de la materia, capacidad del hombre de conocer la verdad, cualidad suprasubjetiva de ésta, etc.) conlleva por vía deductiva a la inobjetable conclusión de la capacidad del juez para conocer la realidad. Sin embargo, la admisión de este postulado no soluciona por sí mismo sin otras consideraciones y valoraciones el problema del establecimiento de la verdad en el proceso penal. Pues este **comprende cuestiones de naturaleza meta jurídicas²⁰² y jurídicas**. Consecuentemente, el proceso cognoscitivo en el enjuiciamiento penal (la prueba y su valoración) conforma

²⁰² De la gnoseología (la preposición como forma del pensamiento, las categorías de la certeza, la probabilidad, etc.), de la semántica (las oraciones declarativas como forma lingüística de la proposición y su interrelación), de la lógica (el valor de las operaciones proposicionales lógicas: las conclusiones deductivas e inductivas, la analogía, la hipótesis, etc., en la formación de la probabilidad y en lo relativo a la prueba indiciaria), de la psicología (los problemas relacionados con la verdad subjetiva - como convicción a cerca de la verdad - con la cadena cognitiva, etc.), entre otras ciencias .

una esfera especial de situaciones que exigen de un análisis particular justificativo del estudio de este tema.

F) El alcance del conocimiento en el proceso penal es definido por la ley penal (sustantiva y adjetiva) conforme a los intereses del Estado (expresados en la política penal). Esta delimitación se lleva a cabo en atención - fundamentalmente – a los siguientes factores o elementos: al objeto (hechos cuya prueba está prohibida expresamente o por presunciones irrefutables), al sujeto (prohibiciones de métodos de prueba que vulneran la integridad personal), al tiempo (demostrabilidad acotada temporalmente y no *ad infinitum*), y a los medios (no son de libre elección sino expresamente previstos y enumerados en la ley). Por eso - conforme a la experiencia histórica universal - se autoriza (por ley o por jurisprudencia) una decisión *non liquet* (no clara, gnoscológicamente traducible como “yo no sé”), basada en el principio de presunción de inocencia, que conduce a la absolución del inculcado una vez que se hayan cumplido las exigencias o condiciones antes señaladas sin que se haya podido comprobar su culpabilidad.

7. METODOLOGÍA:

7.1-. Métodos

En lo relativo a la metodología que utilizaré para el desarrollo del presente trabajo investigativo, me veo en la necesidad de señalar que me apoyaré en el

Método Científico, el cual a través de la observación del objeto de Estudio, en la realidad objetiva me permitirá estructurar una base teórica.

Además utilizaré el **método sintético** donde se podrá comprender de mejor manera la forma del procedimiento sobre los avances que haga en mi tema investigativo, en el cual sintetizaré conceptos, juicios y proposiciones a través de un examen crítico y minucioso, para de esta manera poder llegar a la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis.

De igual forma utilizaré el **método inductivo y deductivo**, quienes me permitirán el estudio de la problemática a través del análisis y de la síntesis.

Emplearé además el método **histórico-jurídico** para la búsqueda de información sobre los antecedentes de dicha especialidad, y el contexto histórico de su evolución y desarrollo; así como el **teórico**, para fundamentar con la información acopiada, lo referente a la prueba y su incidencia en el proceso penal ecuatoriano, que teorías predominan al respecto y cuál es la posición al respecto de la Escuela Ecuatoriana de Derecho Procesal Penal.

7.2-. Procedimientos y técnicas

En cuanto a los procedimientos me basaré en la observación que me guiará a las diversas expresiones que serán objeto de estudio, mediante este procedimiento me permitiré descubrir las causas y problemas.

En cuanto a las técnicas que utilizaré para recopilar información teórica, fichas bibliográficas como nemotécnicas, de igual manera manejaré el internet, y pues lógicamente también información bibliográfica.

Para la recopilación de información empírica me basaré en realizar encuestas a profesionales del Derecho, en el orden de 20.

Toda esta información que recopilare, será organizada de acuerdo a cada parámetro, tabulada y posteriormente analizada, puesto que con estos datos más adelante realizare la comprobación de los objetivos y verificación de las hipótesis planteadas.

Y finalmente elaboraré las conclusiones y recomendaciones, así como la debida propuesta jurídica acorde al problema derivado de mi tema investigativo, y por ultimo presentare mi informe final como muestra de mi esfuerzo emprendido para realizar el presente que será puesto a consideración de las autoridades y personas interesadas en mi trabajo.

8. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

TIEMPO DE ACTIVIDADES	DE	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO
		Semanas	Semanas	Semanas	Semanas	Semanas
		1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4
DISEÑO DEL PROYECTO		XXX	X			
APROBACIÓN DEL PROYECTO Y DESIGNACIÓN DEL DIRECTOR DE TESIS				XX		
DESARROLLO DEL MARCO CONCEPTUAL DOCTRINARIO.				XX	X	
DESARROLLO DEL MARCO JURIDICO.					XX	X
DESARROLLO DE PRESUPUESTOS TEORICOS PARA LA PROPUESTA.						X
INVESTIGACIÓN DE CAMPO.						X
ELABORACIÓN DE CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS.						X
REVISIÓN						X
EMPASTADO, ENTREGA Y FIJACIÓN DE FECHA PARA LA SUSTENTACIÓN						X

9-. RECURSOS.

En el presente trabajo se necesitará los siguientes recursos:

Humanos:

- Danny Jonhatan Hurtado Morocho
- Director de Tesis: Por designar.
- Profesionales del Derecho

Materiales

<u>Recursos Materiales</u>		<u>Costos</u>
Elaboración del Proyecto.		\$8
Material de Escritorio		\$20
Bibliografía Especializada.		\$150
Elaboración del Informe.		\$80
Reproducción del Informe.		\$30
Imprevistos.		\$80
	TOTAL	\$958

Financiamiento:

Los costos de la investigación serán financiados con recursos propios del postulante.

10-. BIBLIOGRAFÍA:

- **ABAB, Fernández, Enrique;** “Valor probatorio del sumario y reforma procesal penal”, Jornadas de Derecho Procesal, Consejo General del poder judicial, Madrid 1984.
- **ABBAGNANO, Nicola;** *Historia de la Filosofía*; Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1965.
- **ABALOS, Raúl;** *Derecho Procesal Penal*, Edic. Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 1993.
- **APOLO, Ramírez, Modesto;** *La sana crítica en la prueba testimonial*, Edino, Guayaquil, 1993.

- **ARANGO, Escobar, Julio E.**; “Valoración de la prueba en el proceso penal”, en Valoración de la Prueba, Fundación Myrna Mack, Serie Justicia y Derechos Humanos/2, Guatemala, 1996.
- **ARCE, Gutiérrez, Héctor Mauricio**; “La sana crítica como sistema de Valoración de la Prueba en el nuevo Código Procesal Penal de El Salvador”, R.D.Proc.Ibr., Núm.2-3, 1975.
- **ASENCIO, Mellado, José María**; “La prueba. Garantías Constitucionales derivadas del artículo 24.2”, en “Poder Judicial No. 4, Madrid.
- **ASENCIO, Mellado, J.M.**, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.
- **AUGER, Liñan, Clemente**; “Organización Judicial y Estatutos del Juez”; en *Centro de Estudios Jurídicos. Colección Cursos. Vol.5. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1990.*
- **AYLLÓN, Dulanto, Fernando**; “Historia del Tribunal de la Inquisición”, en *<http://www.monografias.com/trabajos7/inqui/inqui.shtml>*.s.f., (consultado: 7-10-03).
- **BECCARIA, Cesare**; *De los delitos y de las penas*; traducción de Juan Antonio de las Casas; Alianza Editorial; Madrid, 1968.
- **BENTHAM, Jeremías**; *Tratados de las Pruebas Judiciales*, Edit. Ejea, Buenos Aires, Argetina, 1959. (Traducción por Manuel Ossorio).
- **BERDUGO, Gómez de la Torre, Ignacio**; “Las transformaciones originadas por la Revolución Francesa en el contenido del Derecho Penal en el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa”, en Centro de Estudios Jurídicos. Colección Cursos. Vol.5. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1990.

- **BINDER M., Alberto;** *Introducción al derecho penal*, AD- HOC, 1ra. Edición, Buenos Aires, 1993.
- **BODES, Torres, Jorge,** -“Cambios en el procedimiento de los tribunales municipales”, en *Revista Cubana Derecho*, N° 5-1992.
- **BRICHETTI, Giovanni;** *La Evidencia en el Proceso Penal*, Trad. de Santiago Sentis Melendo, EJEA, Bs.As, 1977.
- **CACHÓN, Villar, P.;** “La prueba ilícitamente obtenida (Reflexiones en torno al artículo 11.1 LOPJ)”, en *Revista de la Asociación de Jueces y Magistrados “Francisco de Vitoria”* No. 1, junio, 1991.
- **CALVO, Cabello, José Luis;** “La Valoración de la Prueba en el Juicio Oral; editado en Cuadernos de Derecho Judicial”, *La Prueba en el Proceso Penal II*, del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- **CAPPELLITI, M.;** “Espionaje telefónico y derechos del hombre”, en *Proceso, Ideología y Sociedad*, EJEA, Bs.As. 1974.
- **CAFERATA, Nores, José;** “La Prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales”, en *Temas de Derecho Procesal Penal*, Bs.As., 1988.
- **CAROCCA, Alex,** “Una Primera Aproximación al Tema de la Prueba Ilícita en Chile”, *Revista Ius et Praxis*, año 1, n°2, 1998.
- **CARRARA, Francisco,** *Programa de Derecho Criminal*, tomo II, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1957, (traducción Ortega Torres y Guerrero).
- **CARNELLI, Lorenzo;** “Con motivo de <el hecho notorio>”, *Revista de Derecho Procesal Argentina*, 1945, I.
- **CARNELUTTI, FRANCISCO;** *Sistema de Derecho procesal civil*, I. Introducción y función del proceso civil, trad. de Alcalá Zamora y Castillo y Sentis Melendo, UTEHA, Argentina, 1944.

DISPOSICIONES NORMATIVAS:

- ➔ El Código Tipo de Procedimiento Penal Para América Latina; Consiglio Nazionale delle Ricerche; *Un Codice Tipo di Procedura Penale per L'America Latina*, en Ricerche Giuridiche e Politiche, materiali V/1, Roma, 4 maggio 1990,
- ➔ El Código Procesal Penal de Perú (Decreto Legislativo No.638 de 25 de Abril de 1991).
- ➔ El Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (Ley 8.123. de 5 de Diciembre de 1991).
- ➔ El Código del Proceso Penal de la República Oriental del Uruguay (Publicada D.O. 30 Dic/997 - N° 24942 Ley N° 16.893).
- ➔ El Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (Publicado en la Gaceta Oficial N° 5.208 extraordinario de 23 de Enero de 1998).
- ➔ El Código de Procedimiento Penal de Bolivia (Ley No. 1970 de 25 de Marzo de 1999).
- ➔ El Código de Procedimiento Penal de Ecuador (Ley No. 000. Ro/ Sup 360 de 13 de Enero del 2000).
- ➔ El Código de Procedimiento Penal de Colombia (Ley 600 de 24 de Julio del 2000).
- ➔ El Nuevo Código Procesal Penal de Chile (Promulgado por Ley 19.696, publicado en D.O. El 12 De Octubre De 2000).
- ➔ Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 14 de septiembre de 1882, con las modificaciones de que ha sido objeto por diferentes Leyes y Decretos hasta el año 2002 (BOE 17.09.1882 y 10.10.1882).

ÍNDICE

AUTORIZACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA.....	V
TABLA DE CONTENIDOS	VI
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
ABSTRACT.	4
3. INTRODUCCIÓN.....	6
4. REVISIÓN DE LA LITERATURA.....	9
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	9
4.2. MARCO JURIDICO	46
4.2.2-. MARCO DOCTRINARIO.....	79
4.2.3. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	118
5. MATERIALES Y MÉTODOS	152
5.1. MATERIALES UTILIZADOS.....	152
5.2-. METODOS.....	152
5.3-. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS.....	154
6-. RESULTADOS.....	156
6.1-. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS.....	156
7. DISCUSIÓN	203
7.1. ANALISIS CRÍTICO DE LA PROBLEMÁTICA	203
7.2-. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.....	211
7.3. CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS	219

7.4. FUNDAMENTACIÓN JURIDICA PARA LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN.....	219
8. CONCLUSIONES.....	221
9-. RECOMENDACIONES.	226
10. PROPUESTA DE REFORMA.	228
12. BIBLIOGRAFIA.....	231
12. ANEXOS.	246