



RESUMEN

La vigente carta magna establece principios que rigen el sistema procesal penal ecuatoriano, nos referimos a la oralidad, la contradicción, el principio dispositivo, de inmediación, publicidad, y el Código de Procedimiento Penal ha instaurado el sistema acusatorio oral. El presente trabajo es un estudio de dichos principios y un análisis de la forma como se concretan aquellos en las normas procesales, particularmente en las que regulan el desarrollo de la audiencia de juicio. Así, revisamos el rol de cada uno de los actores procesales en la audiencia de juzgamiento del proceso penal, relacionando con los principios constitucionales y el debido proceso, destacamos los caracteres de un sistema acusatorio oral, las diferencias en la forma de litigar e introducir la prueba con un sistema inquisitivo y escrito. Se hacen observaciones a falencias legislativas y prácticas, por fin se emiten conclusiones y recomendaciones, en aras de mejorar el sistema que, al fin y al cabo, buscan la vigencia del Derecho y la justicia.

PALABRAS CLAVES:

Oralidad, acusatorio, contradicción, inmediación, dispositivo.



INDICE

RESUMEN	1
INTRODUCCION	7
CAPITULO I	
LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN EL SISTEMA ACUSATORIO ORAL	
1.1.El Principio dispositivo	10
1.2.Generalidades	13
1.3.El principio de oralidad	21
1.4.El principio de Contradicción	26
1.5.- El principio de concentración	31
1.6. El principio de inmediación	35
1.7. El principio de publicidad	39
CAPITULO II	
LA AUDIENCIA DE JUICIO EN EL SISTEMA ACUSATORIO ORAL	
2.1. Características fundamentales del sistema acusatorio oral	44
2.2. El rol del Fiscal en la Audiencia	50
2.3. El rol de la defensa	56
2.4. El rol de los Jueces	60
2.5. La Introducción de las pruebas	64
2.6. Algunas estrategias de litigación	70
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	75



UNIVERSIDAD DE CUENCA

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y
SOCIALES**

ESCUELA DE DERECHO

**“LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA ACUSATORIO ORAL EN LA
AUDIENCIA DE JUICIO EN EL PROCESO PENAL
ECUATORIANO”**

**Tesina previa a la obtención del
Diplomado Superior en
Derecho Procesal Penal**

AUTOR: DR. IVÁN PATRICIO SAQUICELA RODAS

DIRECTORA: DRA. JULIA ELENA VÁZQUEZ MORENO

**CUENCA-ECUADOR
2010**



DEDICATORIA:

He culminado con un trabajo investigativo que ha proporcionado fortaleza a mis convicciones, que me hace sentir la necesidad de luchar incansablemente por la vigencia del Derecho, por la libertad y la justicia, para construir una sociedad futura mejor de la que mis hijas: Ana Camila y María Emilia serán parte, a ellas dedico mis esfuerzos, con el amor que les profeso y con la responsabilidad existencial de formarles en principios y valores, ellas deberán cumplimentar sus deberes para con Dios y la vida, para con sus semejantes y para con ellas mismas, siempre dentro de un pensamiento y actitud profundamente humano, libérrimo, auténtico, justo y fraterno; la sensibilidad que evidencian en la edad de la ternura, inspiran mejores acciones y generan fe para días mejores. A ustedes compañeras entrañables del viaje por el tiempo, compañeras de lucha, seres amados...

Iván Saquicela Rodas



AGRADECIMIENTO:

Siempre he creído que un valor del ser humano es la gratitud, aquello que nace como respuesta a una acción, la correspondencia a un congénere como sentimiento natural y auténtico; constituye un principio. Agradezco a mi cónyuge: Yolita, por su apoyo, por su bondad y paciencia, por sus virtudes vitales. A mis padres: Rogelio Enrique y Bertha Francisca, quienes con sus consejos y actitudes se han constituido sempiternamente en un referente de vida. Así también a la Dra. Julia Elena Vázquez Moreno, por haber dirigido este trabajo, a sus valiosas opiniones y sugerencias, compañera de trabajo y vocaciones. Por fin, a mis amigas y amigos, que me supieron apoyar sin condiciones, a la oportunidad de discutir y compartir el Derecho y la Filosofía existencial, las amistades verdaderas se sienten en el alma.

Iván Saquicela Rodas



RESPONSABILIDAD:

Las ideas, comentarios y pensamientos expuestos en la presente tesina son de exclusiva responsabilidad de su autor

Dr. Iván Saquicela Rodas



INTRODUCCION

El propósito y empeño del presente trabajo es estudiar los principios constitucionales del sistema acusatorio oral que rigen el proceso penal ecuatoriano, sin lugar a dudas es una temática importante tanto desde la óptica de las concepciones del Derecho cuanto desde el punto de vista de la práctica de litigación o de la cultura de litigación en el Ecuador. Ciertamente al entrar en vigor el Código de Procedimiento Penal en actual vigencia se cambió de modelo, teníamos un sistema predominantemente inquisitivo y hemos pasado a un sistema de corte acusatorio. De manera que resulta de particular relevancia para las mujeres y hombres de formación jurídica entender y profundizar los conocimientos respecto de los principios que informan el sistema acusatorio oral, además de adentrarnos en la práctica que es en donde se evidencia la eficacia de un sistema jurídico.

Estos principios se encontraban ya en la carta magna de 1998, y se encuentran también en la constitución de Montecristi, empero hay varios aspectos que se han reformado, por ejemplo el rol de la Fiscalía, las concepciones del garantismo y la mínima intervención penal que inciden de manera importante en el sistema procesal penal. Además la constitución es ampliamente garantista; es decir ha desarrollado su parte dogmática en lo que tiene que ver con derechos fundamentales y garantías procesales, de allí que la normativa procesal penal debe irse adecuando a la ley fundamental, sobre todo para hacer realidad el sistema oral en materia penal y acercarse a la justicia que es la función del sistema procesal. La misma Constitución de la República establece entre sus deberes fundamentales la concreción de los derechos que garantiza, entre ellos el acceso a una justicia imparcial y expedita, garantiza el derecho a la seguridad jurídica, a esa certidumbre tan necesaria para el desarrollo de una sociedad, de allí que los principios del sistema procesal no son ni deben ser meros enunciados, cumplen una función de guiar la legislación y el actuar de los jueces y demás operadores de la administración de justicia, para hallar una justicia en el país más eficiente, eficaz, que en suma aplique el Derecho y se acerque a la justicia, no se diga en materia penal que,



por los distintos valores humanos y bienes jurídicos que se hallen en juego, resulta mucho más delicado y complejo.

La Constitución de la República en su artículo 168 numeral 6 preceptúa que: "La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; el Código de Procedimiento Penal vigente instaura el llamado sistema acusatorio oral; más aún las reformas introducidas a la norma procesal penal mentada del 24 de marzo de 2009 pretenden fortalecer el sistema acusatorio oral, así se puede leer en los considerandos, que explica las razones de la reforma. En definitiva la carta magna y la norma procesal penal contienen reglas que pretenden hacer efectivo el sistema acusatorio oral en el país.

En este estudio nos referimos a los principios del sistema y su aplicación a la audiencia de juicio, solamente existen referencias someras a otras etapas procesales; pues nuestro objeto de estudio es la audiencia de juicio y los roles que cumplen en dicha audiencia el Fiscal, el Juez y el defensor en relación con la aplicación de los principios del sistema acusatorio oral. Si bien es cierto la oralidad, la contradicción, el principio dispositivo, de inmediación, concentración, etc., se aplican a todas las etapas e instancias del proceso penal, no es menos cierto que es en la audiencia de juicio donde con mayor vigor ese expresan esos principios; pues es en la audiencia de juicio donde se practica la prueba para demostrar la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, en suma se adopta la decisión determinante del proceso penal. De manera que en este estudio desarrollamos los principios y los relacionamos con la audiencia de juicio y con el rol de los diferentes actores del proceso penal.

Por otra parte señalamos y estudiamos desde una óptica crítica las varias disposiciones vigentes que, no obstante lo dicho, más bien son de rasgo inquisitivo, que contrarían el espíritu y la lógica del sistema acusatorio oral; están vigentes disposiciones respecto de la práctica y valoración de la prueba que, del mismo modo, desdican el sistema acusatorio oral, la sana crítica. Creemos que si existen reglas de prueba tasada, al dictarse la sentencia



finalmente han perdido sentido los principios que informan el sistema acusatorio oral. Estas disposiciones que van a ser motivo de nuestro estudio, hemos de insistir, no se compadecen con los principios sobre los cuales se levanta el sistema acusatorio oral, nos referimos a la contradicción, intermediación, dispositivo, la imparcialidad del Juez, entre otros. Estas disposiciones sumadas a los vicios prácticos que se suelen presentar, están en contra del desarrollo de un proceso penal acusatorio oral.

La Constitución del Ecuador establece que el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia, lo cual cobra mucho sentido en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social que es el Ecuador, conforme consagra nuestra constitución. Además debemos recordar que el deber más alto del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, por tanto es absolutamente importante un proceso debido, que parta de la inocencia del procesado y que consecuentemente se le juzgue con todas las garantías. La constitución y la ley consagran como el mecanismo más adecuado para juzgar penalmente a un ser humano el sistema acusatorio oral, por tanto se debe desarrollar y ejecutar los principios que lo informan, pero no sola en las leyes sino en la práctica; creemos que el reto de los litigantes de este tiempo es formar una cultura jurídica que interiorice los conceptos del neo constitucionalismo, que promueva el respeto a los derechos fundamentales de las personas y que forje una litigación ética, eficiente y de fuertes y consolidadas destrezas y conocimientos jurídicos.



CAPITULO I

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN EL SISTEMA ACUSATORIO ORAL

1.1 Generalidades.-

Un sistema procesal penal no es meramente un conjunto de normas a fin de dar viabilidad al juzgamiento de un ser humano por una conducta presuntamente delictuosa, un sistema procesal penal tiene un sustento ideológico que revela el interés del Estado y la manera en que este responde al fenómeno delictivo; la forma en que está concebido el sistema procesal penal, las normas procesales establecidas, ponen en evidencia el tipo de Estado que tiene una sociedad determinada.

Asistimos la razón a quienes piensan que el sistema procesal tiene por finalidad garantizar los derechos del procesado; pues si bien es cierto el propósito del proceso penal es llegar a la verdad procesal y, si se encuentra responsabilidad establecer la pena correspondiente, no es menos cierto que no tendría sentido alguno el proceso penal sino es para garantizar al justiciable sus derechos, para juzgar a un ser humano partiendo de su inocencia, permitiendo ampliamente su defensa; en fin, garantizándole un debido proceso; caso contrario no sería necesario el proceso penal, el debido proceso; simple y llanamente se establecería una sanción sin un proceso penal, sin necesidad de cumplir las normas procesales.

Nos parece interesante el parangón que se hace de un refrán con la política del Estado. La sabiduría popular dice “dime con quien andas y te diré quien eres”, entonces es posible decir dime que Derecho Procesal Penal tienes y te diré que estado eres, si se trata de un Derecho que respeta los derechos de las personas, que garantiza un debido proceso, entonces es el reflejo de un estado democrático; si por el contrario en un proceso judicial, administrativo o de otra



naturaleza, no se respetan los derechos del justiciable, ni se aplican los principios constitucionales e internacionales de derechos humanos, estamos frente a un estado arbitrario, quizá totalitario.

Las constituciones de los estados establecen los principios fundamentales en que se deben basar las normas procesales, el sistema procesal de un país contiene un conjunto de principios en los que se inspira el procedimiento establecido para el juzgamiento de los ilícitos.

De allí que la Constitución no es solo una norma de mayor jerarquía, tampoco la que nada más organiza las magistraturas públicas y reconoce los derechos de las personas; surge como expresión de las ideas filosóficas y políticas que imperan en una sociedad. Ninguna norma jurídica es vacía, al Derecho no lo podemos entender sino como expresión humana, están presentes en sus normas una cosmovisión, cultura, tradiciones, conflictos sociales, ideología y filosofía; no es admisible la errática idea de que el nacimiento de las normas jurídicas obedece a la aplicación de una técnica jurídica solamente.

En lo procesal también sería equivocado pensar que las normas jurídicas adjetivas no contienen una filosofía e ideas políticas respecto de la sociedad, están presentes la valoración que se hacen de los bienes jurídicos y de los derechos de las personas, las concepciones sobre el delito y la pena; ya en fin los modos de combatir la delincuencia.

Hoy en día se dice que asistimos al llamado neo constitucionalismo. El neo constitucionalismo constituye una doctrina o línea de pensamiento que sostiene la aplicación inmediata y directa de la Constitución. Las Constituciones actuales dieron un giro radical, sus normas ya no son enunciados axiológicos, sino de directa e inmediata aplicación, los jueces y autoridades están obligados a aplicar las normas constitucionales, a darle la interpretación que más favorezca la vigencia de los derechos fundamentales, se aplica el principio de constitucionalidad sobre el de legalidad. Al respecto citamos una frase que nos da abundantes luces sobre la temática, Otto Bachof dice: "Antes los derechos fundamentales valían solo en el ámbito de la ley, hoy las leyes valen solo en el ámbito de los derechos humanos", esta frase resume muy bien la importancia de los derechos fundamentales y que debe aplicarse la norma constitucional de



manera directa e inmediata por las autoridades y jueces. La diferencia sustancial del constitucionalismo de hoy es que las autoridades y jueces no se deben limitar a aplicar el principio de legalidad sino el principio de constitucionalidad, la regla general es que los derechos fundamentales vinculan a todos los órganos del poder público.

La constitución ecuatoriana en su artículo 11 establece los principios por los que deben regirse el ejercicio de los derechos, destacamos el numeral 3 a la letra señala: " Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley", el numeral 5 declara que en materia de derechos y garantías constitucionales, deberá aplicarse la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia, y el numeral 9 ídem, que el deber más alto del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución; estas disposiciones, entre otras, orientan la naturaleza del estado ecuatoriano, que privilegia los derechos fundamentales, la aplicación directa e inmediata de la carta magna, como decíamos ya, la preeminencia del principio de constitucionalidad sobre el principio de legalidad.

Es especialmente en las normas procesales y su eficacia, en donde se revelan los verdaderos principios de un estado; compartimos con el criterio de Ferrajoli, quien

es uno de los principales exponentes de la teoría del garantismo penal, y que sostiene que más que hablar de garantismo o ausencia de garantismo, es correcto y conveniente hablar de grados de garantismo. Además sostiene que el verdadero garantismo no se mide por lo que consagren las normas constitucionales y procesales, sino por la eficacia de sus disposiciones. En efecto la norma constitucional puede ser sumamente progresista en su parte dogmática, en el reconocimiento de los derechos fundamentales y las garantías jurisdiccionales; empero si en la cotidianidad de la praxis judicial no se hacen



efectivos esos derechos y garantías, el garantismo penal no será más que una falacia; lo que realmente importa es la efectividad de los derechos de las personas y lo que hace que apreciemos el sistema democrático, la búsqueda de la seguridad jurídica y la justicia.

La Constitución de la República establece en su artículo 168 que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. Por su parte el artículo 169 íbidem preceptúa que el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia, y que las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, harán efectivas las garantías del debido proceso.

De manera que es la norma constitucional la que establece normas fundamentales aplicables a todos los procesos, particular importancia revisten estas normas que deben aplicarse al proceso penal y que, en suma, constituyen principios que informan el sistema acusatorio oral.

En este trabajo investigativo anhelamos conocer esas normas y principios, partiendo de la concepción que tiene la norma constitucional de que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, que privilegia los derechos fundamentales.

1.2 El principio de oralidad.-

La Constitución de la República establece en su artículo 168 que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. De manera que en el país está vigente, por norma constitucional, el sistema oral para la sustanciación de todos los procesos judiciales, y en todas las etapas y diligencias dentro de un proceso. La oralidad cobra singular importancia en materia penal, proceso en el que están en juego la libertad física de las personas y otros bienes y valores inestimables para el ser humano.



La oralidad consiste en una metodología basada en un régimen de audiencias; efectivamente dentro de un sistema oral el proceso se halla estructurado sobre la base de audiencias, tanto que hay quienes sostienen que la oralidad es sinónimo de audiencias, ello porque la oralidad no consiste en el mero uso de la palabra, sino que el proceso se basa en audiencias, en donde es posible la discusión entre las partes y se halla la posibilidad que el Juez resuelva sobre la base de esa confrontación oral que hacen las partes procesales. Lo que sí debemos puntualizar es que el sistema oral no implica la ausencia de escritura, pero las decisiones se sustentan en un sistema de audiencias, las resoluciones se adoptan sobre la base de lo debatido oralmente; otra cosa diferente es que se puedan hacer uso de documentos para exponer verbalmente los argumentos dentro del alegato, así como que se dejen constancia o registros escritos de las resoluciones o del desarrollo de la audiencia; empero –hemos de reiterar- la discusión es oral y la resolución del Juez se basa y se debe sustentar en la discusión verbal de las partes procesales.

Podemos afirmar que la oralidad es una metodología central para decisiones judiciales como resultado de audiencias, allí es donde se encuentra, en tratándose del proceso penal, una diferencia sustancial con el sistema inquisitivo, cuyo proceso tiene como componente básico el expediente, ese cuaderno procesal en el que constan todos los alegatos de las partes, en este proceso penal no se discute en audiencias sino mediante escritos, por tanto el Juez resuelve sobre la base del expediente, ya veremos a lo largo de este trabajo como muchas veces el sistema oral se degenera cuando se termina usando un expediente o los registros escritos se convierten en expediente y son la base de las resoluciones judiciales, ello implica desnaturalizar la oralidad. Pues, la oralidad tiene su sustento en una metodología de producción y comunicación de la información entre las partes y el tribunal; en el uso de la palabra en contraposición a la escritura. El Dr. Walter Guerrero Vivanco al referirse a la oralidad dice que en la actualidad la palabra juicio es sinónimo de oralidad, que solo en forma excepcional los jueces pueden recibir y valorar pruebas escritas, como los llamados anticipos jurisdiccionales de prueba.¹

¹ GUERRERO VIVANCO, Walter. Los Sistemas Procesales Penales. Pudselco Editores. Ecuador. 2001



Así mismo Walter Guerrero destaca que el lenguaje predominante de los seres humanos es el verbal, en el desarrollo natural de un niño primero éste aprende hablar, luego a escribir y leer, por lo mismo en el proceso penal acusatorio privado de los griegos o romanos se hizo uso en forma preferente del lenguaje oral.² Ciertamente el lenguaje oral es lo natural en los seres humanos, es de esa forma como nos comunicamos unos con otros, por ello se usó en primer término en la antigüedad, aunque con características completamente diferentes; no es que la oralidad era entendida como en la actualidad, en todo caso en un proceso lo más óptimo es la oralidad, en tanto y en cuanto se la aplique con normas del debido proceso, la oralidad no puede ser concebida de manera aislada, requiere otros elementos para que sea posible garantizar un juicio justo.

Por otra parte, nos parece que es esencial señalar que la oralidad no constituye un fin, sino un medio dentro del proceso penal, y es un medio o una herramienta para conseguir los objetivos del proceso penal; decimos esto por cuanto hemos podido apreciar que muchas veces se hace de la oralidad y del proceso mismo un fin, cuando son medios, como señala la carta magna, el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. El ser humano muchas veces confunde los fines con los medios, la sustancia con la superficie, lo profundo con lo superfluo. Cuando concebimos que la oralidad y el proceso penal constituyen un medio, podemos entender también que la oralidad persigue o consigue algunas finalidades, se evidencian resultados positivos.

Se sostiene que la oralidad permite producir decisiones de más alta calidad, ya que el juez tiene la posibilidad de presenciar el debate, por lo tanto va a estar en mejores condiciones y tener un óptimo escenario para adoptar su resolución. En un sistema escrito, en cambio, el Juez no ha presenciado el debate de las partes, solamente se basa en lo que consta escrito en el expediente, de manera que no puede apreciar las actitudes, los gestos, las exposiciones de quienes debaten, de aquellos que comparecen a rendir sus testimonios. Así, se argumenta que la oralidad permite las condiciones óptimas o el mejor escenario para adoptar decisiones de mayor calidad, el Juez

² GUERRERO VIVANCO, Walter. Ob.cit.



personalmente participa en los diferentes actos procesales y puede apreciar directamente la información que proporcionan las partes para poder adoptar su resolución, en tanto que cuando las decisiones se basan en un expediente termina siendo irreal, el Juez está separado completamente de la producción de información, como se suele decir “el papel aguanta todo”, en la oralidad hay más exigencia para todas las partes que intervienen en el proceso penal y, desde luego, también para el Juez que debe adoptar su resolución oral, explicitando la motivación que exige la norma constitucional para todas las resoluciones de los poderes públicos.

Pero no solamente que la oralidad se constituye en una metodología óptima para conseguir mejor calidad de las resoluciones, la oralidad garantiza más celeridad, antes que los escritos ingresen por ventanilla, se lean y se despachen, es posible discutir inmediatamente, conocer en audiencia la petición de una de las partes y, sobre la base del debate, adoptar una resolución judicial; empero cabe puntualizar que la celeridad también depende de otros aspectos; es decir la oralidad coadyuva pero no es sinónimo de celeridad, verbigracia si los plazos son muy extensos, si las audiencias son largas y cansadas y la resolución no se adopta de inmediato, no existe la anhelada celeridad.

Pero también la oralidad se relaciona íntimamente con los demás principios que se establecen en la Constitución de la República dentro del sistema procesal. De hecho la oralidad permite la inmediación, el Juez siempre está separado temporal y espacialmente de los hechos, peor aún si se basa solo en un cuaderno procesal o registro de actuaciones procesales; por medio de la oralidad, siempre que ésta en verdad se ejecute cabalmente, es posible que el Juez tenga inmediación objetiva y subjetiva; es decir que haya una cercanía entre el Juez y las partes, y entre el Juez y los actos procesales con los hechos.

La oralidad está íntimamente relacionada con el principio dispositivo, es decir el principio dispositivo implica que los jueces son imparciales y carecen de iniciativa procesal, por tanto el proceso penal se desarrolla en relación a las peticiones de las partes procesales, lo que propongan debatir las partes



procesales. Sin lugar a dudas ese debate e iniciativa de las partes se concreta de mejor manera en un sistema de audiencias; es decir las partes discuten sus pretensiones procesales en una audiencia oral, donde a su vez el Juez, luego de escuchar dictará su resolución, debiendo explicar porque concede la razón a una parte y no a la otra, motivando su resolución.

Uno de los aspectos que se relleva se consigue con la oralidad es la publicidad de los procesos; una de las herramientas más importantes para evitar la arbitrariedad es la publicidad de los procesos, en la época que vivimos aparece muy obsoleto e injusto un proceso secreto, el proceso debe estar a la vista de todos, ello permite la llamada contraloría social, que a su vez exige más el actuar de cada uno de los intervinientes en el proceso. Así, solo en un sistema de audiencias, solamente en un marco de oralidad la publicidad se hace factible de manera auténtica, no se trata de que la denuncia y la sentencia, por decirlo de alguna manera, sean públicas, en definitiva que la noticia criminis y el resultado puedan ser conocidos por todos los ciudadanos, sino que el proceso penal como tal es público, así todos los que tengan interés en un proceso pueden asistir a las audiencias, allí pueden ver como intervienen los testigos, las partes, los abogados y los jueces, les es posible percatarse si el proceso penal se llevó a cabo con apego a las normas jurídicas, con honestidad y justicia. Las audiencias permiten que los ciudadanos comunes, - que no tienen conocimiento jurídico- puedan conocer el desarrollo del proceso penal. En definitiva, decíamos ya, existe una estrecha relación entre la oralidad y la publicidad, la oralidad hace más efectiva la publicidad, permite transparencia y claridad en el proceso penal, tan necesarios para combatir la arbitrariedad o la corrupción que, lamentablemente, en veces se dan en los procesos judiciales. Baytelman y Duce dicen que el verdadero control dentro de un sistema acusatorio está en el juicio oral, la Policía empieza a percatarse que puede ser llamada al estrado durante el juicio, para dar cuenta de la investigación que realizó, que debería reconocer en público las infracciones a la ley que cometió en el curso de ella, o también podría observar como la defensa va sugiriendo dichas infracciones; en definitiva resalta como en la audiencia oral el debate de las partes y la publicidad hacen que quienes



participan en el proceso penal estén mas preparados, en un juicio oral se presentarían más exigencias y garantías, la gente puede ver como se desarrolla el proceso penal y de que forma se adoptaron las decisiones, ello provee legitimidad a las decisiones jurisdiccionales.³

Conocido es que el proceso penal se instaura para evitar un juzgamiento arbitrario, y garantizar un debido proceso; muchos autores y pensadores destacan como un importante avance, en el campo de lo jurídico, la implementación de la oralidad en los procesos judiciales; además de la celeridad, la más alta calidad de las decisiones judiciales, y la publicidad que permite la oralidad, se enfatiza el hecho de que ésta permite el uso de un lenguaje menos técnico y desformalizado, por tanto las clases más bajas, de menores recursos económicos, adquieren mejores posibilidades de entender y hacerse oír, diferente es con los escritos que, cuantiosas veces, parecen documentos inaccesibles para el común de los ciudadanos, en tanto que la oralidad si viabiliza a las personas hacerse escuchar de manera sencilla; nosotros diríamos que hace el proceso más humano, no se diga el proceso penal, en donde existe un justiciable acusado de un delito, muchas veces privado de la libertad, siendo importante que el justiciable se haga escuchar, como un derecho y componente sustancial de un proceso penal debido.

Y ciertamente que la oralidad, o mejor dicho la posibilidad de ser escuchado, constituye un derecho del justiciable, lo reconocen los instrumentos internacionales y la Constitución de la República. El artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez competente; el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, igualmente señala que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia; protocolos ratificados por el Ecuador y, por tanto, vigentes y de inmediata aplicación por tratarse de derechos fundamentales; nos parece oportuno citar la Convención Europea de Derechos Humanos, en la cual se establece que el propósito del derecho a ser oído, debe ser visto como la noción genérica de

³ BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Litigación Penal y Juicio Oral. USAID. Ecuador. 2003.



salvaguardia de las restantes garantías procesales, de allí que hemos venido afirmando la relación estrecha que tiene la oralidad con todos los principios que informan el sistema acusatorio oral.

Nos parece interesante lo que afirma Alberto Binder en la presentación a la obra de Duce y Baytelman; dice que hace tiempo nos advirtió Ihering que la finalidad del Derecho es la paz, el medio para ello es la lucha, si lográramos - manifiesta- que la lucha por el Derecho se desarrolle en la sala de audiencia, ese pequeño espacio de civilidad que todavía nos resistimos a respetar y custodiar como el centro de la abogacía, seguramente haríamos avanzar nuestra cultura jurídica más allá que cientos de trabajos enjudiosos.⁴

Un sistema oral, caracterizado por la sustanciación del proceso en audiencias, tiene diferencias importantes con un sistema escrito, de hecho cuando rige la escritura el expediente se constituye en la fuente de información y la base sobre la cual se levantan las decisiones jurisdiccionales, en el expediente se hallan todos los elementos y evidencias que pueden sustentar las peticiones de las partes, el Juez no escucha directamente a las partes sino revisa el expediente para sustentar sus resoluciones, el expediente es el que gobierna el proceso penal. En cambio en un sistema oral las partes presentan sus peticiones y argumentos en forma verbal, los fundamentos y la motivación se expresan oralmente, no en escritos; por ello es que se vuelve más exigente la argumentación jurídica de las partes procesales que no es que pueden adoptar intervenciones líricas, deben llevar credibilidad al juzgador, la dinámica de una audiencia exige de los litigante aportar información relevante, precisa de los hechos que se pretenden acreditar, lo contrario tiene sus costes en credibilidad; el Juez que debe e n la misma audiencia expresar su resolución motivada, debe referirse a las peticiones sobre la base de la información discutida exclusivamente en la audiencia, no responder en una providencia. Sin embargo en las prácticas se suele, muy frecuentemente, desnaturalizar al sistema oral, cuando simple y llanamente se reproduce el expediente, éste ya se encuentra en manos del Juez y, por más que se sustancie una audiencia, el juzgador habrá ya anticipado sus criterios de la revisión del expediente, habrá prejuicios,

⁴ BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Ob. Cit



finalmente resolverá sin tomar en cuenta el debate de las partes sino lo constante en el expediente, así la oralidad termina siendo un socio drama.

El Código de Procedimiento Penal y el Código Orgánico de la Función Judicial contienen varias normas referentes a la oralidad, disposiciones que desarrollan la oralidad en las diferentes etapas y diligencias del proceso penal. Así, el tercer innumerado agregado a continuación del artículo 1 del Código de Procedimiento Penal establece que en todas las etapas, actuaciones y resoluciones que afecten los derechos de los intervinientes se adoptarán en audiencias, cuya información se produce de manera oral. Esta disposición de la norma procesal penal ratifica la norma constitucional, cabe relieves que se señala que en todos los casos que afecten a los derechos de los intervinientes las resoluciones se adoptarán en audiencias. Precisamente ese es el concepto del sistema de audiencias, no es que no existen escritos o documentos, decíamos ya que existen registros y documentos que no se los puede excluir, empero las resoluciones se adoptan en audiencias, donde las partes discuten los temas propuestos, las audiencias tienen lugar cuando se puedan afectar los derechos de las partes, por ejemplo si solicitan medidas cautelares, si se va a resolver la situación jurídica de un detenido, si se solicita una medida cautelar alternativa a la prisión preventiva, etc.

El artículo 27 del Código de Procedimiento Penal determina la competencia de los Jueces de Garantías Penales, entre las que se encuentran tramitar, precisamente mediante audiencias, la adopción, exención, revisión, fijación de plazo y control de necesidad de mantención de medidas cautelares, las solicitudes de archivo procesal, desestimaciones, acuerdos reparatorios, suspensiones condicionales al procedimiento, conversiones, entre otros. Las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal el 24 de marzo de 2009, establecen normas generales para las audiencias, se señala, cabalmente, que toda resolución que afecte los derechos de las partes, será adoptada en audiencia, con sujeción a los principios del debido proceso y al sistema acusatorio oral.

En definitiva, la norma constitucional, el Código de Procedimiento Penal y el Código Orgánico de la Función Judicial desarrollan normas para hacer efectiva



la oralidad en los procesos penales; en el país según dichas normas rige un sistema de audiencias, solo en audiencia se discuten y resuelven los asuntos que puedan afectar los derechos de los intervinientes, sujetándose a las normas del sistema acusatorio oral; esto es que se deben aplicar la inmediación, la regla del contradictorio, la inmediación, celeridad y el principio dispositivo, así como la publicidad.

1.3 El principio de Contradicción.-

En el Ecuador y en varios países de la América Latina rige el llamado sistema acusatorio oral, hay quienes creen que la denominación expresa relativamente la esencia del sistema, es oral y ciertamente hemos explicado aquello, es acusatorio toda vez que si no existe acusación no hay juicio penal, eso lo recoge nuestro Código de Procedimiento Penal; por más que exista acusación particular, si no hay la acusación fiscal; es decir si no existe la acusación oficial, no puede entablarse el proceso penal, ello nos hace pensar, dentro de la temática que abordamos actualmente, que la acusación es el elemento sine qua non en el proceso penal, sobre ello hay que discutir, precisamente allí es en donde cobra vigor el principio de contradictoriedad. Se sostiene que lo sustancial en un sistema de corte acusatorio es la contradictoriedad, se trata de un sistema profundamente adversarial.

Jorge Zavala Baquerizo, estudiando lo que dice relación con la prueba, sostiene que el principio de contradicción de la prueba comprende un derecho garantizado por la ley a las partes procesales, las partes tienen derecho a conocer, criticar y oponer los medios de prueba tendientes a desvalorizar lo que la otra parte presenta.⁵

La contradicción es esencial, decíamos que el Juez resuelve escuchando directamente a las partes, también, a propósito del tratamiento de la oralidad, manifestábamos que se produce información de mejor calidad, empero ello es real siempre y cuando se permita la contradicción, por ello las partes deben exigirse a sí mismos y mutuamente, deben debatir, tienen el derecho de

⁵ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo III. Edino. Ecuador. 2004.



controvertir todo lo que presenta la otra parte, pero lo que es más, deben controvertir si quieren llevar calidad de información, si pretenden tener éxito en su estratagema jurídica.

Walter Guerrero Vivanco expresa que la contradictoriedad constituye una especie de combate probatorio entre las partes, que este principio garantiza, especialmente, que la prueba de cargo que presenta la acusación sea rebatida por la prueba de descargo que presenta la defensa, así el Tribunal o el Jurado, según el caso, podrá formarse una idea clara y completa de lo ocurrido. Concluye manifestando que solo la prueba confrontada entre las partes puede formar la convicción de culpabilidad o de inocencia del Tribunal o Jurado de sentencia.⁶

De lo expuesto se destaca que las partes son las que debaten, esa batalla o combate jurídico y probatorio lo hacen las partes procesales, el Juez carece de iniciativa probatoria, es un imparcial, un tercero, que solo escucha lo que las partes debaten; desde nuestra óptica lo característico del sistema es la contradictoriedad, incluso más que la oralidad y la acusación, por eso a los sistemas de esta naturaleza se les suele llamar adversariales.

En un sistema adversarial hay dos partes en conflicto, con proposiciones e intereses diversos, y hay un Juez independiente e imparcial llamado a resolver. Las partes tienen un intenso debate y contradictoriedad; se considera que la contradicción, esa confrontación entre las partes es lo más conveniente para el proceso penal. El reto de un proceso penal es llegar a la verdad procesal, tener la certeza de ello para dictar sentencia en el sentido que corresponda. Cuando se discute la finalidad del proceso penal no hay criterios unánimes, pero lo cierto es que sea para llegar a la verdad histórica o cuando menos a la verdad procesal, es una exigencia la contradicción entre las partes, eso provee mas seguridad al Juez, mientras más exigente y arduo sea el debate procesal, mejor será la calidad de la información obtenida dentro del proceso, a fin de que el Juez tenga la convicción para adoptar una resolución.

En un proceso penal se parte de la inocencia del justiciable, por lo mismo se debe enervar la inocencia del acusado, pero éste tiene derecho a la defensa, la

⁶ GUERRERO VIVANCO, Walter. Ob. Cit.



defensa es una suerte de escudo que nace de las libertades públicas de los ciudadanos, que se garantiza en un Estado democrático, esa defensa se expresa diáfana y abiertamente en la contradicción, si se permite la defensa amplia al justiciable, podemos decir que hay un proceso debido, de lo contrario por más que se sigan las ritualidades establecidas en las leyes procesales, sino hay defensa jamás habrá proceso penal justo.

La contradicción permite la defensa, o la defensa se exterioriza a través de la oposición a la acusación y a los elementos probatorios en que se sustenta; la doctrina dice que tiene que haber igualdad de armas, para que sea una justa contradicción. De allí que la contradicción que tienen las partes procesales no solo es un principio de un sistema procesal, sino un derecho de las partes procesales para un debido proceso.

La contradicción cobra mayor vigor en la etapa del juicio, en la audiencia donde deben practicarse las pruebas para demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, es donde se escenifica la contradicción, donde cobra su mayor vitalidad; empero la contradicción está presente en todas las etapas del proceso penal, es la esencia misma del sistema adversarial.

Como las partes procesales proponen hechos, debaten las pruebas aportadas por cada una de ellas, el Juez no puede soslayar su deber, su deber de resolver sobre lo que han propuesto las partes, caso contrario habrá perdido sentido la contradicción exhibida dentro del proceso penal; el Juez debe pronunciarse y explicar porque da credibilidad a un hecho y no a otro, porque concede la razón a una parte procesal y no a otra; es evidente que tiene que motivar, pero esa motivación debe considerar la prueba controvertida, debatida; el juzgador deberá explicar suficientemente lo discutido y sus argumentos para haber obtenido la convicción que expresa. El Juez en la sentencia debe analizar esas proposiciones contrapuestas, el porqué se asiste la razón a uno y no a otro, hemos de reiterar.

Duce y Baytelman destacan que la contradicción unida a la intermediación de los jueces, produce información de mejor calidad para resolver el caso sometido a la justicia, Por ejemplo dicen que un testigo o un perito que dieron una versión



de manera unilateral ante la Policía o ante el Fiscal, podría estar mintiendo, exagerando, tergiversando, etc; empero ello es revelado por el contra examen riguroso de ese testigo o perito; de manera clara y contundente nos dicen que el sistema confía en que alguien someta cada pedazo de información que ingresa al debate al test de credibilidad más riguroso posible.⁷

En estas expresiones nosotros encontramos el fundamento sustancial de la contradictoriedad, hay diferentes formas de ver al proceso penal, de concebir mecanismos para alcanzar los objetivos de un sistema procesal penal; se patetiza, así, que dentro del sistema acusatorio oral, dentro de un sistema adversarial, se considera como el mejor camino, se cree que la mejor metodología, es la contradictoriedad profunda.

Siempre compartimos aquel criterio de que los jueces están separados temporal y espacialmente de los hechos, no estuvieron presentes, no vieron no oyeron, ni percibieron nada de la realidad fáctica, entonces surge la interrogante, ¿cómo o porqué dar credibilidad a la versión de la una parte o de la otra?. Quizá, el sistema que estudiamos, halla la respuesta en la contradictoriedad; es decir que si la versión de los hechos que presenta una parte es sometida a un riguroso debate, si los testigos son preguntados y contra preguntados, si es posible la réplica, si se hacen conocer los documentos y evidencias que presenta la una parte y se permite controvertir a la otra, cuando el debate es intenso y profundo, el Juez va a obtener mejores conclusiones, para resolver con información muy depurada como resultado del debate de las partes procesales, con intereses y proposiciones diferentes y opuestas.

La Convención Americana de Derechos Humanos se refiere en su artículo 8 a las garantías jurisdiccionales; el artículo 2 literal f) preceptúa: “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” Es clara la norma del instrumento internacional ratificado por el Ecuador, se refiere al principio de contradicción, tanto para presentar sus pruebas, cuanto para controvertir las que presente la otra parte. El artículo 10

⁷ BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Muricio. Ob.Cit.



de la misma convención no contiene una disposición expresa sobre la contradictoriedad, ni usa la expresión contradicción; empero en su artículo 10 señala que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente, en condiciones de plena igualdad y de justicia por un tribunal independiente. No puede haber jamás igualdad si no se permite la contradicción, la acusación presenta unos hechos y las pruebas de ello, la igualdad implica que la defensa pueda controvertir dichas pruebas y presentar las suyas, hemos de repetir, en condiciones de igualdad, ello es relevante, lamentablemente, en veces, no existe la proclamada igualdad por muchos factores que no son del caso por ahora analizar.

El Código de Procedimiento Penal contiene algunas disposiciones referentes a la regla del contradictorio, el segundo artículo innumerado a continuación del artículo 1 del Código de Procedimiento Penal, y que fuera introducida en la reforma del 24 de marzo de 2009, establece que:” las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. El Juez resolverá con base a los argumentos y elementos de convicción aportados. El Juez carecerá de iniciativa procesal”. Obsérvese que en esta norma se deja claro que las partes no solo tienen derecho a intervenir, conocer y controvertir las pruebas, sino a participar en su formación; por otra parte se establece en esta norma el principio dispositivo –al que ya nos referiremos más adelante- cuando se señala que el Juez no puede sino resolver con base a los argumentos y elementos aportados por las partes, no puede el Juez ir más allá de aquello, precisamente porque carece de iniciativa procesal. La norma citada hace relación a la formación de la prueba, por eso no compartimos el criterio de quienes minimizan la defensa en la instrucción fiscal, sosteniendo que es en la audiencia de juicio el único momento donde se practican las pruebas, tanto es así que el primer artículo innumerado a continuación del artículo 1 del Código de Procedimiento Penal, establece que:”Se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de fallos”



Es claro, el debido proceso y la aplicación de los principios constitucionales, que son de la naturaleza del sistema que nos rige, se aplican en todas las etapas y fases del proceso penal; es pertinente citar la disposición contenida en el artículo 282 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala la norma que dentro de las funciones de la Fiscalía se encuentra garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y procesales, quienes deberán ser citados y notificados para efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que vulnere esta disposición carecerá de eficacia probatoria. Esta norma contiene varios errores conceptuales, está redactada de tal manera que da entender, claramente, que en la Instrucción Fiscal y la Indagación Previa se practican pruebas, de cargo y descargo; no es motivo de nuestro examen esta temática, en todo caso luego de dejar sentado este criterio resaltamos el hecho de que, el legislador ha pretendido dejar normado el principio de contradicción en éste código, señalando que la Fiscalía debe garantizar el derecho a la defensa, permitiendo que puedan intervenir en las diferentes diligencias.

El principio o regla del contradictorio tiene una íntima relación con el principio dispositivo, en virtud del cual las partes son las que proponen los hechos y las que tienen la iniciativa probatoria, más no el Juez; de allí que el debate que surge de la iniciativa de las partes procesales permite al Juez resolver el asunto sometido a su conocimiento, que no puede ser otra cosa que confirmar la inocencia de la que goza el acusado - por norma constitucional- o en su defecto resolver la condena.

1.4 El Principio dispositivo.-

Hemos venido diciendo que los principios -todos ellos- están estrechamente relacionados, así por ejemplo la contradicción dentro de un sistema adversarial es fortalecida con el principio dispositivo. El principio dispositivo se halla consagrado en la Constitución de la República, dice relación con la posibilidad que tienen las partes procesales para tomar la iniciativa procesal; es decir son



las que promueven la causa más no el Juez, son éstas las que promueven la prosecución del juicio penal, las que proponen las diferentes temáticas a tratarse dentro del proceso penal y que se halla normado en el Código de Procedimiento Penal, el Juez carece de iniciativa procesal, solamente está llamado a resolver lo que las partes proponen, por ejemplo el Juez no puede por sí y ante sí resolver una medida cautelar, el Juez no puede dictar la prisión preventiva para privar de la libertad al procesado sino pide la parte legitimada, si el Fiscal no solicita y se debate en audiencia oral, pública y contradictoria, no es posible que el Juez dicte la prisión preventiva.

En nuestro sistema procesal es el Fiscal el que ejerce la acción penal pública y se constituye en una parte procesal, es quien debe acusar, si hay mérito para ello, y por tanto litigar en audiencias orales públicas y contradictorias sosteniendo su imputación; pero existe otra parte procesal, que se opone a la pretensión punitiva exhibida por el Fiscal, que ejerce la defensa a la que tiene derecho el procesado y debe sustentar su posición. Estas partes procesales, en virtud del principio dispositivo son las que, hemos de reiterar, van durante todo el proceso penal promoviendo los actos procesales que consideren menester para probar sus pretensiones. Lo que si debemos puntualizar es que no existe una liberalidad en las partes procesales, existe igualdad frente al proceso penal, pero sus peticiones procesales se deben enmarcar en las disposiciones de la normativa procesal penal, el Juez por su parte no podrá admitir sino lo constitucional y legal, velar por los derechos de las partes, por ello es Juez de Garantías Penales, pero no puede tener iniciativa procesal, precisamente porque en nuestro sistema rige el principio dispositivo, conforme hemos explicado. El Juez, en tanto, debe intervenir en tratándose de derechos fundamentales.

La contradictoriedad tiene dos partes, una de carácter procesal y que implica que a las partes corresponde iniciar una demanda o ejercer la acción, y otra de carácter probatorio; es decir que las partes incumbe solicitar las pruebas, sin que el Juez pueda ordenarlas de oficio.

El Código de Procedimiento Penal en su segundo artículo innumerado a continuación del artículo 1 del Código de Procedimiento Penal, introducido en



la reforma que entró a regir el 24 de marzo de 2009, establece que las partes tienen derecho a conocer y controvertir las pruebas así como participar en su formación; el Juez debe resolver con base a los argumentos y elementos de convicción aportados por las partes, el Juez carece de iniciativa procesal. Esta disposición nace de la norma constitucional que establece los principios que deben regir en el sistema procesal, se refiere tanto al principio de contradicción cuanto al principio dispositivo, la disposición es clara e imperativa, el Juez tiene que resolver con base a los argumentos y elementos de convicción aportados por las partes procesales, culmina dejando en claro que el Juez carece de iniciativa procesal.

Por su parte el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Judicial preceptúa que la actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.

Nosotros sostenemos que no puede haber proceso sin un Juez imparcial, decimos esto porque se habla de debido proceso, sencillamente ya no es proceso si el juzgador está parcializado, decimos que no hay Juez sin imparcialidad, el concepto de Juez mismo es una persona ajena a las partes, un tercero imparcial, que no pertenece ni se debe a ninguna de las partes procesales, por ello mismo está llamado a juzgar. El Juez por antonomasia es imparcial, de lo contrario no es tal. Si el Juez es imparcial, debe resolver solo sobre la base de lo que plantean las partes, el artículo 9 se refiere a las pretensiones y excepciones que hayan deducido las partes, y que deben considerarse los elementos probatorios por ellos aportados. De la misma manera el artículo 19 de la mentada ley se refiere al principio dispositivo; todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso. Empero en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos, que no fueran



expresamente invocados por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.

De esta disposición se destacan dos aspectos, en primer lugar que las partes fijan el objeto del proceso, nótese que es una norma del Código Orgánico de la Función Judicial y que por tanto se refiere a todas las materias, son las partes las que fijan el objeto del proceso penal, proceso penal que tiene por objeto la infracción, así pues, son las partes las que fijan la discusión que deberá resolver el Juez; en segundo lugar se deja a salvo los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, pues si se constatan transgresiones de derechos, aún cuando las partes procesales no hubieren hecho relación a ello, el Juez puede pronunciarse; esta parte de la disposición pretende guardar armonía con las disposiciones de la carta magna que privilegian los derechos fundamentales, siendo el Juez garantista, estando obligado aplicar directa e inmediatamente las normas constitucionales, según exige la misma carta política, debe pronunciarse.

El artículo 205.2. del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a las normas generales para las audiencias, establece que las partes procesales podrán proponer cualquier tema que crean procedente, excepto aquellos que contraríen el debido proceso o que exista alguna prohibición legal, luego la norma ejemplifica los temas que pueden proponer las partes, por ejemplo la legalidad de la detención, solicitudes referidas a adoptar medidas para que la Policía y Fiscalía no violen los derechos del procesado, autorización para practicar ciertos actos investigativos, revisión de medidas cautelares o apelación de tales medidas, cierre del tiempo de investigación cuando se haya dictado prisión preventiva, procedimientos alternativos al juicio, tales como acuerdos reparatorios, conversiones, suspensión condicional del procedimiento, procedimientos abreviados o simplificados, entre otros.

En suma, son las partes procesales las que, en virtud del principio dispositivo, pueden plantear cualquier tema dentro del proceso penal, tema que será sometido a discusión y resolución, los jueces no pueden por sí solos convocar a una audiencia para tratar temas como los que hemos citado, son las partes



procesales las que solicitan la audiencia para discutir un tema de su interés, por ello cabalmente el artículo 205. 3 íbidem, determina que instalada la audiencia el Juez concederá la palabra a quien la haya solicitado y abrirá la discusión sobre los temas que sean admisibles.

Nos parece muy interesante y además pertinente a la temática que actualmente estudiamos, citar lo dispuesto en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, que a la letra señala:” Las Juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución.” Esta disposición ratifica el principio dispositivo, los jueces deben resolver solo mirando los elementos aportados por las partes; no obstante nosotros encontramos una excepción razonable al principio, si un hecho es público y notorio no se puede exigir ninguna prueba, tampoco un Juez podría resolver argumentando que la parte procesal no ha acreditado o probado; pero lo que si debe estar claro es que al Juez se le exige que declare tal hecho; es decir de que es público y notorio, cuando tome en cuenta ese aspecto en su resolución, en buen romance el Juez tiene que motivar porque considera que no se requiere prueba de un hecho que lo considera público y notorio. Somos del criterio de que la norma es correcta, permite por una parte que el Juez resuelva algo que resulta evidente, así las partes no lo hayan acreditado; por otra parte resulta justo, deviene en un Derecho que más allá de las formalidades se acerque a la justicia y a la misma lógica, resultaba absurdo que un hecho notorio -si cabe decir obvio y evidente- sea negado en el proceso porque no se ha probado por una de las partes procesales, eso es denegar la justicia.

En síntesis debemos expresar que nuestro sistema procesal instituye el principio dispositivo, sin embargo presenta dos aspectos excepcionales, el uno que dice relación con los hechos públicos y notorios, en conformidad con lo que hemos citado y expuesto, y cuando se trata de procesos que versan sobre garantías jurisdiccionales, si se constata vulneración de derechos, aunque los afectados no los invoquen, el Juez puede pronunciarse sobre tal cuestión.



Nosotros precisamos que la ley utiliza una expresión que hace facultativo: puede, cuando en realidad es debe, la norma constitucional exige que los jueces deben aplicar directa e inmediatamente las normas constitucionales; dentro de una concepción de Estado Constitucional de Derechos, los jueces son garantistas, deben velar primero por la constitucionalidad antes que por la legalidad, deben privilegiar los derechos fundamentales, interpretar la norma en el sentido que más favorezca a la vigencia de los derechos fundamentales.

Por fin queremos señalar que, pese a que rige el principio dispositivo en nuestro sistema procesal penal, se halla vigente la norma contenida en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal y que contradice tal principio. Antes de las reformas introducidas el 24 de marzo de 2010 la norma a la letra señalaba: "El proceso penal será impulsado por el Fiscal y el Juez, sin perjuicio de gestión de parte.", actualmente la norma preceptúa: "El proceso penal será impulsado por la Fiscal o el Fiscal y la Jueza o Juez, sin perjuicio de gestión de parte" Nos parece una norma inadecuadamente redactada, la reforma lo único que ha hecho es agregar la fiscal y la juez, es decir consignar en ambos géneros la disposición. Empero, decíamos, es inadecuada la redacción, primero porque desdice el principio dispositivo, no es admisible que el proceso sea impulsado por el Juez, corresponde a las partes procesales promover el curso del proceso penal, el juez es garantista y debe velar por las garantías tanto del procesado como de la víctima, y en ese sentido es su deber actuar dentro del proceso, más no es el que impulsa, promueve o estimula el proceso penal. Por otro lado la disposición señala "sin perjuicio de gestión de parte", cuando el Fiscal es precisamente parte procesal, entonces es redundar o creer que el Fiscal es un juzgador. Reiteramos es una norma no feliz.

1.5.- El principio de concentración.-

El principio de concentración igualmente se encuentra dispuesto en la Constitución de la República y desarrollado en las normas del Código de Procedimiento Penal. Concentrar significa reunir, agrupar, juntar, entre otras



acepciones, así entendemos que concentrar en cualquier actividad humana entraña reunir o juntar las acciones.

Procesalmente hablando concentrar significa reunir el mayor número de actividad procesal en el menor número de actos procesales, implica que se realicen el mayor número de actos procesales en el menor número de diligencias. Resulta obvio que no es posible, ni conveniente tampoco, concentrar todas las resoluciones de un proceso penal en una sola audiencia, empero si es posible y conveniente que en el menor número de actos procesales se concentren el mayor número de temas a tratarse, por ejemplo en una audiencia pueden discutirse diversos temas procesales, ello coadyuva a la celeridad, a la inmediación, en suma a la mejor comprensión de los temas procesales tanto para las partes cuanto para el juzgador.

Se sostiene que en el sistema inquisitivo la característica es la sucesión de actos, incluso en el sistema mixto sucede lo propio, en cambio en un sistema acusatorio existe la concentración; decíamos que no es posible ni conveniente que en un solo acto se concentre toda la actividad procesal penal, de hecho existen varias audiencias que tienen diferentes objetos y finalidades; empero la audiencia más importante –estelar- es la audiencia de juicio, audiencia oral, pública y contradictoria. Según el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal la etapa del juicio tiene por finalidad practicar los actos procesales necesarios para comprobar conforme a Derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, es en dicha audiencia en la que se concentran el mayor número de actos; comparecen los testigos, los peritos, se presentan documentos, se hallan presentes el acusado, el ofendido y sus abogados defensores así como el Fiscal, se concentra la actividad y es donde, efectivamente, se debate con el fin de llegar a la certeza de la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, caso contrario la sentencia deberá absolver al procesado.

Sin embargo de constituirse la audiencia de juicio en la más importante del proceso penal, debemos insistir que existen tantas otras audiencias en las que también deben compilarse el mayor número de actividad procesal, incluso en las audiencias previas al juicio puede resolverse de manera definitiva la



situación jurídica del procesado, verbigracia el procedimiento abreviado, la conversión, la suspensión condicional del procedimiento, etc, son formas de terminar el proceso penal sin llegar a la etapa del juicio. Expresamos esto toda vez que, desde nuestra óptica, es importante comprender que siendo la más importante la audiencia de juicio, si en una buena parte de los casos sometidos a la jurisdicción penal no se llega a la etapa de juicio, en las audiencias previas deberán aplicarse los principios que informan el sistema procesal acusatorio oral y, desde luego, respetarse irrestrictamente el debido proceso.

La concentración resulta favorable para el proceso penal, el Juez al apreciar directa e inmediatamente toda la actividad procesal concentrada en una audiencia, puede retener en su memoria los hechos acreditados, lo que se discutió y probó, en suma está mejor preparado para dictar su resolución así como para dictar sentencia, resolución y sentencia que guardarán congruencia con lo que se acaba de suscitar en la audiencia.

De la misma forma la concentración permite observar a las partes procesales de manera continua lo que sucede en el juicio penal, sin interrupciones o intervalos que dificulten la comprensión de los acontecimientos objeto del proceso, por lo mismo hay más garantías tanto para las partes procesales como para los ciudadanos en general.

El artículo 205.2. del Código de Procedimiento Penal señala que las partes procesales podrán proponer cualquier tema que crean procedente, con excepción de los que entran en contradicción con el debido proceso, aquellos en los que exista una prohibición legal o afecten de manera ilegítima a uno de los derechos de las partes; esta norma contiene tanto el principio dispositivo cuanto el principio de concentración, hemos explicado el principio dispositivo, por el cual son las partes procesales las encargadas de promover el juicio penal, en lo que respecta al principio de concentración debemos tomar en cuenta que esta disposición consta dentro de las normas generales de las audiencias, entonces está previsto que en tales audiencias las partes pueden proponer cualquier tema, no es que si se pide una audiencia para formular cargos ya no se podrá tratar otro tema, pues es absolutamente factible que en esa misma audiencia se discutan medidas cautelares, se proponga la



conversión, o quizá un procedimiento abreviado; ya en fin, cualquier temática que no contraría la ley y el debido proceso.

Por su parte el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial contiene el principio de concentración cuando señala que se debe propender a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso. De esta norma se advierte que el código mencionado instituye expresamente el principio de concentración para todos los procesos judiciales, además expresa que la concentración contribuye a la celeridad del proceso. Ciertamente nosotros creemos que el principio de concentración es un componente básico para conseguir celeridad, pero no solo es la celeridad, la seguridad jurídica también se ve fortalecida. Cuando las normas son confusas y complicadas, cuando los procesos son largos, engorrosos, intermitentes o interrumpidos, creemos que existe inseguridad jurídica, además facilita la corrupción. Claro está que la seguridad jurídica y la ética en las actuaciones de los actores de la administración de justicia no solamente se consigue con la expedición de normas jurídicas, empero insistimos que la concentración, la publicidad, por ejemplo, si favorecen a la seguridad jurídica; es decir si los procesos se llevan sin interrupciones, de manera pública y a la vista y contraloría ciudadana, cuando todos podemos comprender de manera clara lo que acontece en un proceso judicial, sin lugar a dudas que nos acercamos a la seguridad jurídica.

Walter Guerrero Vivanco dice al respecto que en el sistema anterior había tremenda actividad probatoria y que a la audiencia de juicio las partes procesales ya llegaban cansadas, y se limitaban a reproducir como pruebas todas las pruebas actuadas en la etapa del sumario, en tanto que en la estructura procesal del Código de Procedimiento Penal vigente, toda la actividad probatoria se traslada a la etapa del juicio, con excepción de los anticipos probatorios. Dice que se trata de un verdadero combate probatorio que libran los acusadores y los defensores ante los oídos y los ojos de los jueces del tribunal.⁸

⁸ GUERRERO VIVANCO, Walter. El Proceso Penal. Tomo IV. Pudelco. 2004.



1.6. El principio de inmediación.-

Otro de los principios fundamentales dentro de un sistema acusatorio oral es la inmediación, en la Constitución anterior era el primer principio mencionado, el artículo 192 establecía: “El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación...”. La actual Constitución, como hemos señalado ya, también se refiere a los principios que informan el sistema acusatorio oral que rige en el Ecuador, en su artículo 168 preceptúa que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. Por su parte el artículo 169 íbidem, preceptúa que el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia, y que las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, harán efectivas las garantías del debido proceso.

La inmediación significa la cercanía, la inmediatez de las personas a los hechos o fenómenos, ya refiriéndonos en términos procesales, la inmediación significa que en un proceso penal existe cercanía, precisamente una inmediatez entre todos los protagonistas del proceso, no existe una tercera información, o una información ajena a la que producen los protagonistas del proceso, además los juzgadores tienen la posibilidad de apreciar directamente las actuaciones procesales y las probatorias lo que, sin duda alguna, permite estar mejor inteligenciados y, por tanto, adoptar resoluciones motivadas, se aspira que proporcione mejor calidad.

Hay quienes sostienen que la inmediación es el aspecto o principio más importante del sistema procesal, ya que toda la prueba actuada es ante la presencia personal de los jueces del tribunal, en definitiva los jueces pueden percibir directamente; la inmediación y la oralidad permiten que las partes se comuniquen verbalmente y de manera directa, aunque no en términos absolutos muchas veces coinciden la oralidad y la inmediación, sin embargo en



algunas ocasiones la complejidad u otros aspectos hacen que sea mejor comunicarse por escrito y con ello, se sostiene, no se pierde la inmediación.

Nosotros pensamos que, en efecto, dentro de un sistema acusatorio oral en el que rige fundamentalmente un sistema de audiencias, también existe el uso de documentos escritos o de comunicación escrita, por ejemplo el Fiscal hace ciertas peticiones escritas al Juez para la prosecución de la causa, pero en todo caso los aspectos sustanciales del proceso, en los que pueden verse afectados derechos de las partes procesales, se discute y se resuelve oralmente, con inmediación de las partes procesales y el Juez, allí existe una coincidencia entre oralidad e inmediación. En un proceso penal oral, por ser la comunicación o, si se quiere, la metodología de comunicación procesal el uso de la palabra existe sin duda mayor inmediación.

Nosotros afirmamos que no hay mayor y mejor inmediación -más allá incluso de lo procesal- que la comunicación verbal entre los seres humanos, comunicación por lo demás que no solo es con el uso de la palabra, sino hay expresión con los gestos, la mirada, las expresiones corporales que, muchas veces, constituyen una mejor forma de comunicación.

Procesalmente hablando parecería que la temática de la inmediación ya no debería ser un tema de discusión en los tiempos que vivimos, en el actual entendimiento del Derecho y el desarrollo social; es decir como discutir hoy que es bueno en un proceso penal que los jueces y las partes se comuniquen verbalmente, de viva voz y de manera directa, que el Juzgador no se base en un expediente o en actuaciones hechas por los asistentes, sino en la percepción directa del Juez de la actividad procesal y probatoria que desarrollan las partes, y sobre esa base resolver un caso sometido a su conocimiento.

Goldschmidt sostiene que no se debe confundir la oralidad con la inmediación, seguramente el jurista creyó menester hacer esta diferenciación porque coinciden la oralidad con la inmediación dentro de un proceso judicial, tanto que hay quienes creen que solo en la oralidad existe una auténtica inmediación, a contrario sensu de quienes sostienen que no se pierde la inmediación en un proceso en el que hay el uso de la comunicación escrita.



Dice Goldschmidt que la oralidad es una forma del entendimiento, la inmediatividad es una forma de la percepción, señala que los efectos de la oralidad y de la inmediación coinciden, en cuanto a que la forma de las alegaciones de las partes procesales, que es oral, y las expresiones del pensamiento que se encuentran como medios de prueba, representan al mismo tiempo el más inmediato escalón de perceptibilidad.⁹

También se señala como uno de los aspectos sustanciales de la inmediación - diríamos de los efectos positivos que trae consigo la inmediación- la identidad física del Juez. Siempre se ha criticado el hecho de que en múltiples oportunidades el Juez delega las actuaciones procesales, verbigracia la declaración de testigos y otras diligencias que se encargan a secretarios o asistentes judiciales, luego el juzgador lo que hace es revisar lo constante en registros o en un expediente. En tanto que con la aplicación del principio de inmediación se evita esta actitud del Juez, pues el juzgador tiene que percibir directamente los acontecimientos, vive la audiencia, la práctica de la prueba, los debates o alegatos que se presentan en una audiencia, y es el mismo quien resuelve.

Jorge Zavala Baquerizo al referirse a la temática dice que la inmediación es objetiva y subjetiva, la primera se refiere a la relación directa que toma el Juez con el objeto del proceso y con los hechos que precedieron a la comisión del delito, con aquellos que se presentaron en forma concomitante y con los que se presentaron posteriormente.

En cuanto a la inmediación subjetiva, dice que el Juez entra en relación directa con las partes procesales o con terceras personas.¹⁰, Zavala se refiere, entonces, a la cercanía del Juez con los medios de prueba y con los sujetos que intervienen en el proceso penal.

La inmediación, debemos insistir, permite al Juez estar inteligenciado del proceso, pero no solo se trata de un aspecto de legalidad o de métodos procedimentales, también tiene que ver con la ética del funcionario público, pues un Juez tiene el deber moral de resolver de la mejor manera, apegado a Derecho y luego de llegar a la verdad, por tanto debe actuar con

⁹ GOLDSCHMIDT, James. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal.

¹⁰ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Edino. Ecuador. 2004.



responsabilidad, debe aplicar el principio de inmediación que le permitirá resolver no solo aplicando principios del sistema, sino ciertamente con una actitud ética y auténticamente profesional. El Juez debe apersonarse en la tramitación de la causa.

Las normas del Código de Procedimiento Penal desarrollan el principio de inmediación, de hecho el proceso penal se sustancia en diferentes audiencias, a las que deben comparecer el Juez, el secretario, las partes procesales, de forma tal que la cercanía entre todos los actores y el acontecer procesal permita la tantas veces mencionada inmediación.

El artículo 253 del Código de Procedimiento Penal establece que el juicio debe realizarse con la presencia ininterrumpida de los jueces y los sujetos procesales. Además la norma procesal determina que los jueces deberán formar su convicción a base del mérito y resultados de la prueba cuya producción y formulación hayan apreciado directamente en el curso del juicio. Así mismo el artículo citado deja en claro que el testimonio de los testigos y peritos no puede ser sustituido por la lectura de registros que consten en declaraciones o informes, salvo los testimonios urgentes.

En definitiva esta norma garantiza la comparecencia ininterrumpida de todos los intervinientes en el juicio penal, por eso la obligación de comparecer del Fiscal, los abogados defensores, los peritos y testigos, solo excepcionalmente en una audiencia de juicio pueden usarse testimonios anticipados, lo que persigue la disposición es que se haga realidad la inmediación, tanto la objetiva como la subjetiva de la que habla Zavala Baquerizo, que la audiencia de juicio se desarrolle de manera ininterrumpida con la presencia de todos los actores del proceso penal.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 19 establece que los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. El código orgánico, como se sabe, rige para toda la actividad judicial, no solamente para los procesos penales, es importante que dentro de los principios procesales que instaura el código mentado, se obligue a la inmediación, para superar esos vicios de delegar a funcionarios que no van



a resolver, la disposición es imperativa, los jueces y las juezes deben participar directamente en la causa; es decir se refiere al principio de intermediación.

1.7. El principio de publicidad.-

La publicidad no puede ser entendida solamente como uno de los principios que rige un sistema procesal, es una garantía del debido proceso. Sabido es que antaño los procesos se llevaban a cabo con suma reserva, ello devenía en la violación de los derechos de las personas, particularmente de las personas a quienes se investigaba el cometimiento de un delito, conocida es la historia de tortura, violencia física y psíquica de las que eran víctimas las personas a quienes se investigaba, de quines se pretendía obtener una supuesta confesión, los ciudadanos estaban privados de conocer los procesos judiciales.

En la actualidad no hay duda que los procesos son y deben ser públicos, a fin de garantizar un proceso justo, cuando en un proceso penal rige la reserva o secretismo, se presta para el abuso, para la violación de derechos de las personas, por ello la publicidad no solamente constituye un principio que debe ser aplicado en el juicio penal o para la práctica de la prueba, se debe observar estrictamente en todo el proceso penal, es una garantía del debido proceso, de un proceso justo y debido.

La publicidad significa que cualquier persona tiene derecho a conocer un proceso penal, puede entrar libremente en una audiencia y percatarse de lo que sucede, cualquier ciudadano, no se diga el justiciable, tiene el derecho de conocer un proceso penal y las decisiones que allí se adoptan; la publicidad permite el derecho a la defensa de los investigados y procesados, así como de la víctima; pero además posibilita la contraloría ciudadana o social; es decir el hecho de que cualquier persona pueda conocer un proceso penal es una mayor garantía para el procesado y todos los ciudadanos; así un Juez, un Fiscal -como funcionarios públicos- saben que la ciudadanía está pendiente de un proceso, que sus actuaciones son revisadas y podría ser cuestionado. La publicidad por tanto coadyuva a la transparencia de las actuaciones y a la seguridad jurídica, que es una de las aspiraciones del Estado y del Derecho.



El principio de publicidad tiene particular relevancia cuando de la prueba se trata, las partes procesales tienen el derecho a ser informadas de la solicitud de proposición de un medio de prueba, así como de la práctica propiamente dicha, en suma las partes procesales tienen el derecho a ser notificada de todo acontecimiento que tenga que ver con la prueba, a fin de que les sea posible criticar, pedir aclaraciones o explicaciones; en definitiva puedan ejercer el derecho a la defensa, ejercitar sus derechos en igualdad de oportunidades.

La publicidad permite una auténtica defensa, si un procesado no conoce la imputación que se le hace, sino llega a tener conocimiento de los diferentes actos procesales a actuarse dentro de un proceso penal, sencillamente no puede ejercitar la defensa; así, nosotros encontramos una íntima relación entre la publicidad, la inocencia y la defensa. La acusación tiene un reto: enervar o destruir la inocencia del acusado, pero para ello debe el procesado tener garantías, de lo contrario ya no habría necesidad de un proceso penal, sencillamente se establecería una sanción, en tanto que si existe un proceso penal debido y justo, la acusación y las diferentes actuaciones procesales deben ser públicas de manera tal que pueda ejercer el derecho a la defensa.

El artículo 168 numeral 5 de la Constitución de la República establece que los juicios y sus decisiones serán públicos, en todas sus etapas, salvo los casos expresamente señalados en la ley.

Por mandato constitucional todos los procesos son públicos, ya se traten de juicios civiles, contencioso administrativos, laborales, penales o de cualquier materia, y además en cualquier estado o etapa del juicio y proceso judicial.

En materia penal solamente la excepción está dada por los delitos que tienen que ver con la seguridad del Estado y los delitos sexuales.

El artículo 255 del Código de Procedimiento Penal establece que la audiencia del tribunal penal será pública; sin embargo será reservada cuando tenga por objeto el juzgamiento de los delitos comprendidos en los títulos I y VII del Código Penal, en ese caso se desarrollará la audiencia con la sola presencia del acusado, del acusador particular, los defensores, el Fiscal, el secretario y, si fuere del caso, los peritos y testigos.



La disposición lo que busca es evitar que, en ciertos casos, por la publicidad se afecte al éxito de la prosecución penal o se afecten derechos de personas, como por ejemplo la revictimización de las víctimas de delitos sexuales.

También la norma procesal penal dispone que si bien los juicios son públicos, la deliberación del tribunal es reservada y se prohíbe la transmisión de las diligencias judiciales a través de los medios de comunicación social y la grabación por parte de personas ajenas a las partes y a sus defensores.

Es importante decir que una cosa es la publicidad y otra harto diferente hacer de los juicios penales una cosa publicable o “vendible” a través de los medios de comunicación social, creemos que es indispensable realizar una debida y adecuada ponderación de los derechos y de lo que aspira el proceso penal. Ciertamente un proceso penal debe ser público, ello como hemos venido diciendo otorga garantías al proceso, que duda cabe, el derecho a la defensa, la contraloría social y la publicidad son positivas; empero existe un abuso o un mal entendido de la publicidad, so pretexto de que los procesos judiciales son públicos se hace de un proceso penal un escándalo, un circo en donde el morbo es el que gobierna los conceptos sobre el proceso, en donde el criterio iletrado o no profesional, sin el sustento jurídico es el que sanciona al procesado. Lamentablemente, en veces, la “sentencia” ciudadana o popular tiene mayor valía que la propia resolución judicial.

Hay que considerar que a lado de la publicidad está el derecho de inocencia y el buen nombre y dignidad de las personas, de manera que no es justo que ciertos medios de comunicación social basándose en la publicidad atenten a esos derechos; en cada oportunidad que los medios de comunicación social publicitan, propagan la detención de una persona o la apertura de un proceso penal aun ciudadano, y lo hacen sin explicar que aún no se ha enervado la inocencia jurídica de la persona, que recién es la apertura de un proceso que tiene por finalidad investigar, el concepto que se forma en la ciudadanía será de responsabilidad del ciudadano, ello, hemos de reiterar, afecta a los derechos de las personas, a la dignidad e inocencia que se hallan garantizados en la norma normarum y que son derechos fundamentales.



Por eso decíamos que debe existir una ponderación de derechos; si bien es cierto la publicidad es una garantía del debido proceso, ello no quiere decir en manera alguna que se termine afectando a otros derechos tan importantes como la inocencia, quizá lo más sagrado dentro del proceso penal; pues es menester quebrar la inocencia como elemento sin qua non para imponer una sanción.

Por otra parte cabe analizar lo previsto en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la reserva de las investigaciones en la etapa de indagación previa y que, desde nuestra óptica, como fue concebida en principio violaba el debido proceso.

Cuando se reformó el Código de Procedimiento Penal de 1983; es decir se puso en vigencia el código que nos rige desde el año 2001, se estableció la reserva de la indagación previa, pero esa reserva era incluso para las personas a las que se les investigaba; es decir se averiguaba a espaldas del sospechoso. El criterio para establecer la reserva en la investigación es conseguir el éxito averiguativo, para que el Estado pueda cumplir su rol social, la persecución penal y la respuesta frente al delito. En esa época que regía la constitución de 1998 ya se privilegiaban los derechos de las personas, recordemos por ejemplo el artículo 16 de dicha carta magna que establecía como el deber más alto del estado respetar y hacer respetar los derechos fundamentales, de manera que la reserva en la investigación desdecía el estado de derecho del Ecuador.

Por otra parte ya refiriéndonos a lo procesal la reserva más bien era característico en los sistemas inquisitivos y oprobiosos, baste recordar la santa inquisición, las épocas oscurantistas de triste recordación para la humanidad entera. Se pretendía con el nuevo código instaurar el sistema acusatorio oral, sin embargo de ello se mantenía esta disposición a la que nos referimos y que se demandó incluso la inconstitucionalidad. Ciertamente la carta magna de ese entonces, en su artículo 24 que contenía los principios del debido proceso, establecía el derecho a la defensa en cualquier grado o estado del respectivo procedimiento, por tanto la reserva de la investigación violaba el derecho a la defensa y violaba también el debido proceso penal.



Por ventaja esa disposición atentatoria de los derechos humanos fue expulsada de nuestro ordenamiento jurídico, actualmente la reserva de la indagación previa, según el mismo artículo 215, es para el público en general, deja expresa constancia que las personas a quienes se investiga tienen el derecho de acceder en forma amplia y suficiente a las investigaciones, a ejercer el derecho a la defensa.

Nosotros creemos que la reserva de la pesquisa en la fase de indagación previa es necesaria para el éxito de las investigaciones, y ciertamente para evitar lo que decíamos antes; es decir el escándalo y la publicitación innecesaria e injusta, pero siempre la reserva debe respetar el debido proceso, particularmente el derecho a la defensa de los investigados, para quienes tanto las etapas procesales como la fase pre procesal son públicas, para tener noticia de todo lo que acontece en la investigación y en el proceso penal, solo así va a poder criticar, cuestionar los actos procesales, en suma ejercer la defensa.



CAPITULO II

LA AUDIENCIA DE JUICIO EN EL SISTEMA ACUSATORIO ORAL

2.1. Características fundamentales del sistema acusatorio oral.-

Hasta antes de la entrada en vigor del Código de Procedimiento Penal que nos rige, se decía que teníamos un código fundamentalmente inquisitivo. La ciencia procesal penal suele clasificar a los sistemas procesales en inquisitivo, mixto y acusatorio, es importante referirnos a cada uno de estos sistemas y sus caracteres fundamentales, a fin de conocer el sistema actual que nos rige.

Entre las características del sistema inquisitivo se encuentra la posibilidad de iniciar de oficio el proceso penal; históricamente surgió en primer lugar el sistema de la acusación privada, empero hubo un momento en el que se dejó de confiar en la acusación como requisito inevitable para la instauración del proceso penal; en la Edad Media era necesario juzgar por conductas que atentaban a los intereses políticos, económicos y sociales del Estado, a los intereses del monarca, así, no se podía esperar la iniciativa privada, la acusación particular como condición *si ne qua non* para la instauración del proceso penal, por ello se hizo menester dejar ese sistema y permitir el inicio de oficio del proceso penal, si se permitía la acusación privada como condición para iniciar el juicio, un delito que atentaba contra los intereses del Estado quedaba impune, pues no había ni juicio, tampoco sanción. Ese es el origen histórico, el sistema inquisitivo se caracteriza por la posibilidad legal de que el proceso penal se inicie de oficio, en tanto que en el sistema acusatorio es indispensable la existencia de la acusación, sin acusación no hay juicio.

Por otra parte el sistema inquisitivo se caracteriza por que el Juez es quien juega el rol estelar en el proceso penal, diríamos que es el actor más importante e influyente en el proceso penal; en la jurisdicción está la atribución de investigar y también de juzgar y condenar, es el Juez quien dirige el proceso penal y toda la actividad procesal, las partes procesales se hallan limitadas en sus atribuciones, a diferencia del sistema acusatorio en el que rige



el principio dispositivo y el Juez carece de iniciativa procesal; se suele criticar este sistema argumentando que no es adecuado ni justo que en el mismo Juez estén la acción y la jurisdicción. El Dr. Ariosto Reinoso Hermida cita un refrán muy decidor: “el que tiene de fiscal al juez necesita a Dios de defensor”¹¹;

El sistema inquisitivo tiene un procedimiento escrito, la metodología o forma de comunicarse entre el Juez y las partes procesales es la escritura, esa es una de las características fundamentales del proceso inquisitivo. Históricamente surge el método escriturario en el proceso penal por cuanto se inventa la escritura que, en esa época, era un privilegio de pocos, por tanto las gentes que sabían escribir empezaban a comunicarse por ese medio que resultaba extraño para la masa de gente. Al ser un sistema procesal penal escrito pocas personas podían entender, más aún cuando se sigue un ritual y lenguaje técnico jurídico; lo que si se reconoce de la escritura es que permite el registro y permanencia de las actuaciones procesales. Al existir un procedimiento escrito la intermediación se ve seriamente limitada, o quizá no existe intermediación alguna.

Otra de las características del sistema inquisitivo es el secretismo en la investigación; es decir el proceso no es público ni para los ciudadanos en general ni para los investigados o procesados, de manera que no es posible la contraloría social ni el ejercicio de la defensa. El secretismo de este sistema es oprobioso, se cometen arbitrariedades e injusticias a las que ni siquiera se puede el procesado oponer.

La prueba es uno de los aspectos sustanciales en un proceso penal, la manera de introducir la prueba, de discutirla y valorarla. En un sistema inquisitivo la introducción y discusión de la prueba es con la utilización de la escritura, en lo que respecta a la valoración de la prueba se basa en el llamado sistema formal o legal; es decir no existe la íntima convicción del Juez para justipreciar la prueba, sino una serie de reglas y formas que obligan al Juez a valorar la prueba actuada de un modo determinado.

En lo que respecta al sistema mixto este deviene con la revolución francesa de 1789, es el pensamiento enciclopedista y liberal el que influyó en muchos

¹¹ REINOSO HERMIDA, Ariosto. “El juicio acusatorio oral en el nuevo código de procedimiento penal ecuatoriano” Projusticia. Ecuador. 2000



aspectos de la sociedad, particularmente en las concepciones de la política y el Derecho. En nuestra materia sustituyó el sistema inquisitivo por el mixto.

El sistema mixto se caracteriza por la presencia de dos grandes etapas en el proceso penal: la etapa del sumario y la etapa del plenario, que se hallan separadas por la llamada etapa intermedia; en la etapa del sumario se hace la investigación para establecer la existencia del delito, en tanto que en el plenario se practica la prueba respecto de la existencia de la responsabilidad; por fin, en la etapa intermedia se hace la valoración de lo acontecido en el sumario, de los resultados que arrojó esta etapa procesal.

Del sistema mixto se dice que hay una combinación del sistema inquisitivo y del sistema acusatorio, unas veces predomina el sistema inquisitivo y otras veces el acusatorio, depende la forma como se halle concebido el procedimiento penal de un país; generalmente en el sumario predominan las características del sistema inquisitivo y en el plenario los caracteres del sistema acusatorio.

Francisco Carrara expresa que el sistema mixto es un término medio entre el sistema acusatorio y el inquisitivo, hace un parangón con lo que se presenta en el Estado, así como sucede en la monarquía constitucional que se constituye en un intermedio entre la república y la monarquía; ya en lo que se refiere a las características del sistema mixto, sostiene que no es la compenetración de los dos procesos, para que ella resulte un tercer método especial, ni tampoco una simple mixtura; se trata más bien de la reunión alternada, es una yuxtaposición y no una aleación.¹²

Una vez que hemos hecho una escueta relación a los caracteres del sistema inquisitivo y del mixto, podemos hacer una revisión de las características del sistema acusatorio oral, desde un punto de vista doctrinario general y también desde nuestra legislación procesal penal, partiendo, claro está, como lo hemos hecho, de la norma constitucional.

El Dr. Edmundo Durán Díaz sostiene que entre las características principales del sistema acusatorio están el hecho de que los jueces son funcionarios imparciales e independientes del gobierno; el juicio solo puede iniciarse mediante una acusación; el juicio es oral y público; refiriéndose al sistema de

¹² Cit. REINOSO HERMIDA, Ariosto. Ob.Cit.



acusación privada, dice que el sistema tiene el defecto de dejar en la impunidad los delitos toda vez que deja al arbitrio del ofendido la posibilidad de iniciar o no el proceso penal.¹³

Hay que entender que existen diferencias entre el sistema acusatorio antiguo y el actual, en el antiguo más bien era indispensable la acusación privada del ofendido, en cambio en el sistema que nos rige tiene un rol especial el Fiscal, quien es el acusador oficial, de manera que sin acusación fiscal no existe juicio. En el sistema acusatorio oral se encuentran separadas la investigación del juzgamiento, la investigación o pesquisa está a cargo del fiscal, y la resolución de declarar la responsabilidad o ratificar la inocencia a cargo del Juez.

Uno de los aspectos principales que cabalmente marca la diferencia con el sistema inquisitivo es la separación entre el órgano encargado de la acusación y el órgano encomendado para el juzgamiento, se suele criticar el hecho de que en el sistema inquisitivo tanto la facultad de investigar cuanto la de juzgar están a cargo del Juez; aunque también hay que precisar que realmente el juez del sumario no es el juez del plenario. Lo que si debe quedar claro que no hay pureza en la aplicación del sistema acusatorio ni del inquisitivo, por ejemplo hay casos de sistema acusatorio, donde la acusación depende del ejecutivo; es decir el órgano encargado de la investigación y de la acusación oficial no tiene independencia.

En todo caso el sistema acusatorio se caracteriza porque hay un Juez imparcial, decimos imparcial ya que debe juzgar sin haber ejercido acción, tampoco investigado. Por una parte está el órgano encargado de acusar, y por ello autorizado para la investigación, por otra parte se encuentra la defensa que debe tener igualdad de condiciones en el actuar procesal que el órgano acusador; y sobre esas partes procesales iguales se erige el Juez, imparcial y como tal carente de iniciativa procesal, juez que debe resolver el asunto de fondo del proceso penal. Como el Juez carece de iniciativa procesal y probatoria, son las partes las que tienen la iniciativa para la prosecución del proceso penal, las que debaten, discuten durante todo el proceso penal, especialmente en la etapa del juicio; es decir se aplican en el sistema

¹³ DURAN DIAZ, Edmundo. Manual de Derecho Procesal Penal. Volumen I. Edino. Ecuador. 1992.



acusatorio el principio dispositivo y la contradictoriedad. Se suele decir que el aspecto sustancial del sistema acusatorio es la adversarialidad, la posibilidad que tienen las partes procesales de tener un intenso debate y contraposición de intereses y estrategias jurídicas; el Juez sabrá valorar ese debate y adoptar la resolución que corresponda. El sistema anglosajón acusatorio es altamente adversarial, allí el Fiscal investiga con amplias atribuciones y la jurisdicción está a cargo de adoptar la resolución.

La doctrina de manera muy general, aunque con algunas variantes, destaca algunas características del llamado sistema acusatorio oral. Hablamos de sistema acusatorio oral toda vez que hay un sistema acusatorio incluso antiguo, como hemos señalado que se basaba en la iniciativa de un acusador privado, pero hoy asistimos a un moderno sistema donde la acusación es oficial, y además de las características de la inmediación, la contradicción, está la oralidad como metodología del sistema, por eso tal denominación. Los caracteres que resaltamos son los que siguen:

- a) En el sistema acusatorio aparecen claramente diferenciadas y delimitadas las atribuciones del acusador, la defensa y el juzgador. Cabe relieves que el acusador es distinto del juzgador y del defensor;
- b) El Juez resuelve sobre la base de lo que discuten las partes, en el proceso penal existe solamente lo que la acusación y la defensa han propuesto. El Juez no busca pruebas ni investiga, es imparcial lo que, por antonomasia, debe existir en un auténtico proceso penal; sin embargo hay quienes critican el hecho de dejar a libre criterio de las partes y que el Juez no llegue a la verdad; es más arriesga la finalidad de llegar a la verdad cuando no puede intervenir ni llegar más allá de lo que debaten las partes procesales;
- c) La acusación no es oficiosa, tampoco es válida la acusación privada para entablar el juicio penal, solo la existencia de la acusación oficial



- permite la instauración del juicio penal. El apotegma del sistema acusatorio es: sin acusación no hay juicio;
- d) El sistema acusatorio es oral, esa es la forma en la que se comunican las partes procesales; este sistema tiene como característica la contradictoriedad, esa controversia se presenta en una audiencia oral, pues esa es la manera en la que debaten las partes y la forma en la que aprecia el juez para adoptar su resolución;
 - e) Las partes procesales tienen igualdad de oportunidades dentro del proceso penal; sí el sistema acusatorio espera obtener mejor información que proviene de la contradicción e intensidad del debate de las partes procesales, sin lugar a dudas aquello no se podría conseguir sino garantizando a las partes procesales igualdad de posibilidades, paridad de poderes en el proceso;
 - f) A diferencia del sistema inquisitivo en donde impera el secretismo o reserva en las investigaciones y juzgamiento, en el sistema acusatorio hay publicidad en las actuaciones procesales, no solo es que la noticia criminis y la sentencia pueden ser conocidas, todas las actuaciones son públicas para todos los ciudadanos y, desde luego, para las partes procesales;
 - g) En lo que respecta a la prueba existe libertad de prueba para las partes procesales; además la prueba es valorada conforme a las reglas de la sana crítica, allí existe liberalidad, no se somete el juez a reglas rígidas o formales, pero está obligado a motivar sus resoluciones, a explicar cuál es su convicción;
 - h) En el sistema acusatorio oral existe mayor inmediación, misma que se presenta en virtud de que rige un sistema de audiencias, por tanto el Juez puede apreciar en forma directa e inmediata el acontecer procesal, la inmediación permite la cercanía del Juez con el objeto del proceso así



como con los sujetos procesales y demás participantes en el proceso penal;

- i) Otro aspecto que se debe destacar es lo que respecta a la libertad personal del procesado; la historia de la humanidad da cuenta que mucho se ha abusado de la prisión preventiva; sin embargo de que la ciencia procesal nos dice que es una medida cautelar, muchas veces se ha convertido en una suerte de pena anticipada. En los sistemas inquisitivos, más aún en los antiguos, se abusó y se mancilló la libertad de los seres humanos. En el sistema acusatorio -se dice- no hay que detener para investigar sino investigar para detener; es decir el proceso acusatorio pretende respetar la libertad personal. Empero de que la medida cautelar de privación de la libertad es excepcional, se suele abusar tanto en los sistemas acusatorios como en los inquisitivos, aquello obedece a otros factores que por el momento no nos corresponde analizar.

2.2. El rol del Fiscal en la Audiencia.-

En el Código de Procedimiento Penal de 1983 el Fiscal cumplía un rol realmente secundario, no estaba a cargo de la investigación, podía ejercer la acción penal a través de la excitativa fiscal, además, al concluir la etapa del sumario debía dictaminar acusando o absteniéndose de acusar, sin que su criterio sea determinante en el juicio penal; en el sistema inquisitivo el Fiscal era, como se suele decir, un convidado de piedra, el Dr. Luis Abarca Galeas dice que el Fiscal era una figura decorativa del juzgado al que se encontraba adscrito, sin ninguna facultad que le permita investigar.¹⁴ Actualmente cumple un rol sustancial, pues le corresponde investigar los delitos y de hallar mérito acusar a los presuntos infractores, destacando que el Fiscal puede llegar a la conclusión de que no existe mérito para acusar, por tanto si no acusa no hay

¹⁴ ABARCA GALEAS, Luis. Lecciones de Procedimiento Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Ecuador-2001



juicio penal, ese es el principio del sistema acusatorio, sin acusación fiscal no hay juicio, de allí las importantes atribuciones del Fiscal y el rol que cumple en la investigación y en el juicio penal propiamente dicho.

Al Fiscal le corresponde investigar los hechos presuntamente punibles de acción penal pública y ejercitar la acción penal pública, de hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales penales competentes.

El artículo 219 de la Constitución de 1998 establecía que al Ministerio Público le corresponderá prevenir en el conocimiento de las causas, dirigir y promover la investigación pre procesal y procesal penal. De hallar fundamento acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Ahora la norma constitucional se refiere a ejercer la acción pública, ello es mas claro; al respecto la norma constitucional en su artículo 195 establece las atribuciones de la Fiscalía en el proceso penal, el Artículo 195 establece que: “La Fiscalía dirigirá de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, durante el proceso ejercerá la acción penal pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar fundamento acusará a los presuntos infractores ante el Juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.”

La norma constitucional determina las atribuciones de la Fiscalía, que dicen relación con la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal pública, de hallar mérito debe sostener la acusación en el juicio penal; nosotros decimos que le corresponde probar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, pues en ello consiste la acusación fiscal, en sostener la existencia de un delito de acción penal pública y la responsabilidad de los procesados, por eso le corresponde probar los hechos, enervar la inocencia de la que goza jurídicamente el acusado.

Un aspecto digno de ser relevado es que la actual norma constitucional señala que la Fiscalía debe ejercer la acción penal sujetándose a los principios de oportunidad y mínima intervención penal y que debe el Fiscal atender el interés público y los derechos de las víctimas, en esa concepción el Código de



Procedimiento Penal establece diversas instituciones procesales para atender el interés de la víctima del delito; en suma la Fiscalía no solo está a cargo de la persecución penal y la consecución de la sanción para los responsables de un delito, el Fiscal además debe buscar salidas alternativas al juicio penal y a la sanción de privación de la libertad, es parte del rol del Fiscal, dentro de la concepción de un Derecho Penal garantista y la mínima intervención penal.

El artículo 216 del Código de Procedimiento Penal establece las atribuciones del Fiscal:

- Recibir las denuncias por delitos de acción pública;
- Reconocer los lugares, resultados, huellas, señales, armas, objetos e instrumentos para establecer la existencia de la infracción y sus posibles responsables;
- Recibir del ofendido y de las personas que hubiesen presenciado los hechos o de aquellas a quienes constare algún dato, sin juramento, las versiones que dieren;
- Solicitar al Juez que con las solemnidades y formalidades previstas en la prueba testimonial, reciba el testimonio de quien se encuentre imposibilitado de rendir cuando procesalmente le corresponda;
- Impedir, por un tiempo no mayor a seis horas, que las personas cuya información sea necesaria se ausenten del lugar sin haberla proporcionado;
- Ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla dentro de las 24 horas a órdenes del Juez;
- Solicitar al Juez realice la identificación del sospechoso cuando el agraviado no conozca los nombres de la persona inculpada, pero aseguren que le reconocerían si volverían a verle;
- Disponer que la Policía Judicial recoja, custodie y preserve los objetos, documentos e instrumentos que puedan servir para probar el delito;
- Solicitar las medidas cautelares personales o reales, igualmente la revocatoria o cesación de dichas medidas;



- Practicar todas las demás investigaciones que considere necesarias para el esclarecimiento del hecho delictivo y para fundamentar la acusación;
- Puede delegar la práctica de las diligencias previstas en los numerales 2, 3 y 5 a la Policía Judicial.

Estas atribuciones constantes en el artículo 216 se refieren exclusivamente al rol del Fiscal durante las investigaciones, tanto en la indagación previa cuanto en la instrucción fiscal; pues la disposición se encuentra dentro del capítulo II que se refiere a la indagación previa y la instrucción fiscal y, por tanto, las atribuciones del Fiscal se encuentran establecidas en lo que respecta a la tarea de investigar y las facultades que tiene para cumplir tal propósito, pero desde luego que el trabajo del Fiscal no concluye al término de la instrucción fiscal, por el contrario el momento que las investigaciones - en criterio del Fiscal- arrojan resultados sobre la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, debe sustentar su acusación, probar los hechos que constituyen su teoría del caso, probar ya en la audiencia de juicio ante el Tribunal Penal.

El artículo 250 del Código de Procedimiento Penal establece que en la etapa del juicio se deben practicar los actos necesarios para probar la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, para según corresponda condenarlo o absolverlo; y esa obligación la tiene el Fiscal, él es quien debe probar la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, por eso precisamente acusó. El rol del Fiscal es sine qua non en el juicio, pues según lo preceptuado en el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal la etapa del juicio se sustanciará a base de la acusación fiscal, si no hay acusación fiscal no hay juicio; allí radica uno de los aspectos de la naturaleza del sistema acusatorio y la importancia y responsabilidad del rol del Fiscal; sin acusación no hay juicio, sin la acusación del Fiscal el proceso penal tiene que concluir, en tanto que con la acusación del fiscal el juicio se desarrolla en base a dicha acusación, el



Fiscal es quien impone el tema de discusión, los elementos fácticos que él propone y que los debe probar.

En la audiencia de juicio el primero en intervenir es el Fiscal, cabalmente por que sobre la base de la acusación Fiscal se debe desarrollar el juicio, por tanto el Fiscal debe proponer los hechos que constituyen su teoría del caso, al respecto el artículo 286 así lo determina, señala que deben hacer las exposiciones iniciales respecto de los hechos que son objeto del juzgamiento.

La reforma al Código de Procedimiento Penal del 24 de marzo de 2009 introduce algunas disposiciones a continuación del artículo 286, señala la norma que finalizada la exposición de los sujetos procesales, el Presidente solicitará la presentación de los medios de prueba, correspondiendo en primer lugar a la acusación y luego a la defensa. Anteriormente luego de la intervención inicial del Fiscal, tenía lugar el testimonio del ofendido, del acusador particular, testigos pedidos por el Fiscal y el acusador, ahora intervienen Fiscal, acusador y defensa en el alegato inicial. Ello nos parece adecuado; es decir que en primer lugar tanto acusación como defensa planteen sus teorías del caso, presenten los hechos que cada parte procesal pretende probar, solamente cuando los juzgadores saben cuales son los hechos propuestos se da paso a la actividad de probanza. Nos parece que ello permite aplicar de mejor forma el principio de contradicción establecido en la carta magna, sabido es que en el sistema acusatorio oral las partes debaten intensamente, el Juez resuelve sobre la base de lo que las partes proponen y discuten; por ello decimos que es conveniente que cada parte procesal presente ya su caso.

Al intervenir el Fiscal debe aplicar estrictamente los principios del sistema procesal establecidos en la Constitución, el Fiscal ya investigó y presentó su dictamen, empero ello le sirvió para sustentar sus actuaciones, solo en la audiencia de juicio es donde se practica la prueba, de allí que sería un error de este funcionario hablar de “reproducir” como en veces se suele decir. El Fiscal debe intervenir oralmente, no hacer uso de la palabra y “reproducir” documentos o diligencias ya practicadas, tampoco referirse a la indagación



previa o instrucción fiscal, no debemos olvidar que es en la etapa del juicio, y solo en esta etapa en las que se prueban los hechos. Es en este momento procesal donde interviene el Fiscal y se hacen realidad la inmediación, la concentración, el principio dispositivo y de contradicción, el Fiscal presenta su caso y presenta a sus testigos ante el Tribunal, la defensa también puede apreciar directamente la prueba y puede contradecir lo actuado, oponerse, criticar y analizar esa prueba.

En su exposición inicial el Fiscal debe hacer la presentación del caso, la ley se refiere a la exposición inicial, esta exposición o alegato inicial no consiste sino en proponer al Tribunal los hechos, es la proposición fáctica distinta de la teoría jurídica. La exposición inicial es contar una historia, la manera como ve los hechos el Fiscal, es contar de manera simple y llana, no existe o no deben existir teorías jurídicas ni el uso de un lenguaje técnico; no es el momento para reflexiones o análisis jurídicos ni doctrinarios; el Fiscal solo debe indicar con claridad al Tribunal cual es el hecho objeto del proceso penal, contar lo sucedido, lo que él propone y va a probar. Y contar lo sucedido es considerar que se deben señalar las circunstancias de tiempo, lugar, formas o modos como se perpetró la infracción, también es el momento de señalar que personas pudieron ver o saber de los hechos, que instrumentos se usaron o fueron encontradas en la escena del crimen, puntualizando que de ninguna manera significa hacer una referencia ni valoración de prueba ni de aspectos procesales, esos elementos pueden hacerse constar en el alegato inicial como parte de la historia, como parte de los hechos que se cuentan o proponen al Tribunal Penal.

Al respecto citamos a Baytelman y Duce dicen que por un lado están los relatos desprovistos de conclusiones jurídicas, por el otro las teorías jurídicas y sus elementos, desprovistas, en principio, de contenido fáctico específico; dicen que un juicio oral puede ser caracterizado como la construcción de un relato, en que cada uno de los actores va aportando su trozo de historia, pero los litigantes, además, trabajan con teorías jurídicas.

15

¹⁵ BAYTELMAN, Andrés. DUCE, Mauricio Ob. Cit.



2.3. El rol de la defensa.-

Para que se constituya un proceso penal es necesaria la concurrencia del acusador, la defensa y el Juez. La defensa igualmente juega un papel importante durante todo el proceso penal, no solamente en la audiencia de juicio, en la indagación previa y en la instrucción fiscal tiene la defensa el derecho de intervenir, conocer y participar en todos los actos investigativos y procesales para poder ejercitar adecuadamente su defensa.

La Constitución de la República garantiza la presunción jurídica de inocencia del procesado, por tanto es el acusador -en este caso el Fiscal- quien debe probar la responsabilidad del procesado; empero ello no quiere decir que el acusado esté pasivo dentro del proceso, debe ejercer su defensa y aportar en la investigación, intervenir en el juicio penal fortaleciendo su inocencia o exhibiendo una teoría del caso y acreditando los hechos que propone.

La misma carta magna establece una serie de reglas que dicen relación con el debido proceso, debido proceso que, en suma, constituye garantías para el procesado, para que no se le juzgue arbitraria o caprichosamente sino respetando su personalidad e integridad, dejando incólumes sus derechos reconocidos universalmente; dentro de los derechos y garantías del procesado se encuentra precisamente la defensa, que además es parte integrante del debido proceso, pues no puede existir un debido proceso si no es para permitir la amplia defensa del procesado.

El artículo 76 numeral 7 de la carta magna establece que el derecho de las personas a la defensa incluye diversas garantías, entre otras reconoce el derecho a que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del respectivo procedimiento; a contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de la defensa; a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, el derecho a no ser interrogado ni aún con fines de investigación por ninguna autoridad judicial, policial, ni ninguna otra sin asistencia de abogado defensor, ni fuera de recintos autorizados para ello; en procesos judiciales ser asistido por abogado defensor;



tiene así mismo derecho a presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes, presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

Como se puede apreciar la carta magna garantiza ampliamente el derecho a la defensa en todas las etapas del proceso penal, la defensa está presente en todo momento que surge un acto procesal o se practique algún acto que pretenda incorporar un elemento incriminatorio. El Código de Procedimiento Penal en su artículo 11 preceptúa que la defensa del imputado es inviolable; que el imputado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas, si el imputado está privado de la libertad, el encargado de su custodia debe transmitir a la Fiscalía, jueces o tribunal las peticiones que formule, así mismo el artículo 12 íbidem establece que toda autoridad que intervenga en un proceso debe velar por que el procesado conozca todos sus derechos, tiene derecho a contar con un defensor de confianza, si no lo tiene debe estar asistido por un abogado otorgado por el Estado; en definitiva la norma procesal penal garantiza que el procesado cuente con un defensor técnico, y que tenga derecho a la defensa de manera amplia; en definitiva la defensa del procesado es inviolable.

Pero es en la audiencia de juicio donde la defensa se expresa con todo su vigor. En la audiencia de juicio el Fiscal presenta su teoría del caso y pretende probar dicha forma de ver los hechos objeto del proceso penal, la defensa entonces tiene la posibilidad de oponerse y criticar la prueba presentada por el Fiscal, de repreguntar a los testigos y contradecir absolutamente toda la prueba presentada por la acusación.

Aquí se puede ver con toda claridad y fuerza como se expresa el principio de contradicción que se halla señalado en la Constitución y que analizamos antes; hemos sido insistentes en expresar que nuestro sistema es adversarial, que una de las características del sistema que nos rige es la contradicción entre las partes procesales, así la defensa tiene la posibilidad de contradecir la prueba que presenta el Fiscal, en todo momento de la audiencia debe conocer los documentos que se presentan, escuchar lo que dicen los testigos e



interrogarles, ese es el juego justo, en igualdad de condiciones, o igualdad de armas para la batalla jurídica.

Pero además tiene el derecho de presentar las pruebas que considere necesarias, sea para contradecir las pruebas presentadas por la acusación, sea para fortalecer la inocencia del procesado o incluso para que eventualmente se consideren circunstancias atenuantes a favor del acusado.

Un aspecto que se suele reprochar a una defensa débil o mal preparada es que ésta solo se limita a criticar lo que ha presentado la acusación, muchas veces - como se suele decir- tratando de buscar “cinco pies al gato”, intentando desacreditar aspectos no sustanciales, lo que termina por afectar a la propia defensa y su éxito procesal.

La defensa debe estar siempre bien preparada, tiene el deber de estudiar su caso en profundidad y presentar su propia teoría del caso y las pruebas para acreditar los hechos que propone, más no solamente dedicarse a criticar la prueba de la acusación, ello es tener un rol más bien pasivo en el proceso penal, cuando bien la defensa puede adoptar un rol activo e inclusive poner en el tapete de la discusión temas trascendentes. Claro está que lo que señalamos es en términos generales, no cabe duda que según cada caso será la estratagema jurídica de la defensa; unas veces será conveniente presentar una teoría del caso y probarla, otra veces será conveniente más bien obtener un pena atenuada y otra veces quizá es tan débil la acusación que bastará con destruir las pruebas por ésta presentadas. Pero, hemos de reiterar, en términos generales no es conveniente que la defensa se confíe y conforme con simple y llanamente criticar el mínimo detalle de la acusación, es mejor si presenta su teoría del caso, tener su propia estrategia jurídica.

El artículo 286 del Código de Procedimiento Penal establece que en la audiencia de juicio interviene en primer lugar el Fiscal, el acusador particular si lo hubiere y luego el defensor del procesado; es este el momento en el que la defensa tiene que presentar su teoría del caso; es decir presenta los elementos fácticos. Según el orden de intervenciones en la audiencia de juicio, la parte procesal que interviene en primer lugar es el Fiscal, luego él mismo presenta su prueba a fin de acreditar sus dichos, a esos testigos la defensa tiene el derecho



de contra interrogarlos o contra examinarlos; posteriormente la defensa presenta su propia prueba que también está sometida a contradictoriedad, por fin, una vez concluida la prueba, vienen los alegatos de cierre, el Fiscal expone sus conclusiones y hace un análisis de lo sucedido en la audiencia, pidiendo que en la sentencia se declara la existencia del delito y la responsabilidad del acusado. Así, a la defensa le corresponde en su alegato final hacer una valoración y análisis de las pruebas practicadas, esa es la oportunidad para que la defensa pueda explicar porque las pruebas presentadas por el acusador no han logrado enervar la inocencia de la que goza el acusado, por que esas pruebas son insuficientes, ya sea respecto de la existencia material del hecho, ya sea aceptando que se ha probado la existencia del hecho, más no la responsabilidad del acusado. Así mismo la defensa tiene la oportunidad de analizar su prueba aportada, si acaso esa prueba ha desacreditado la de la acusación, si se han probado otros hechos que ratifican la inocencia del acusado, etc; con ese análisis y fundamentos pedirá que en sentencia se declare la absolución del acusado toda vez que no se ha logrado destruir la inocencia del mismo, la inocencia se mantiene ilesea.

El Código de Procedimiento Penal establece diversas disposiciones que hacen realidad los principios del sistema acusatorio oral en relación con la defensa; es decir en la audiencia de juicio la defensa puede intervenir contra examinando a los testigos, revisando documentos, pericias presentadas por la acusación; en definitiva se aplica el principio de contradicción. El juicio se desarrolla de tal modo que los jueces no pueden intervenir más que para dirigir y sustanciar la audiencia, pues carecen de iniciativa probatoria, por tanto la defensa debe presentar sus propios argumentos y pruebas a fin de ejercitar la defensa y controvertir lo propuesto por la acusación, no debe esperar del Juez más que un debido proceso y la garantía de los derechos, propio de un sistema penal garantista.

Es importante destacar así mismo que en la audiencia de juicio es donde la defensa tiene la gran oportunidad de actuar dentro de la inmediación, durante la Instrucción Fiscal se practicaron pericias, se receptaron versiones, y por más que la defensa haya acudido a esas diligencias, no es sino en la audiencia de



juicio, ante jueces imparciales, que va a poder interrogar y contra interrogar, es posible que discuta y debate en presencia de los jueces y en cercanía con esos peritos y testigos que han comparecido ante el estrado. Cabalmente allí está una de las importantes diferencias con un sistema escrito, en donde la defensa mediante escritos que se envían al Juez emite sus alegatos jurídicos, sus peticiones; en tanto que en un sistema oral la defensa puede actuar mejor; es decir la defensa sea hace más real y eficaz cuando un proceso es oral, en el que se aplican la inmediación y la contradicción. La forma como se halla concebida una audiencia oral de juzgamiento permite ejercitar mejor la defensa. Claro que no siempre existe igualdad de armas y ello creemos es un vicio del sistema, cabe recordar que en un estado constitucional de derechos se privilegia la vigencia de los derechos fundamentales, como corolario se debe instaurar un sistema procesal penal garantista, ello implica que la defensa tenga las mayores garantías dentro del proceso, garantías en el respeto a sus derechos, garantías en la posibilidad de un juicio justo, debido y de amplia defensa.

2.4. El rol de los Jueces.-

Cuando analizamos los principios que informan el sistema acusatorio oral afirmamos ya que el Juez carece de iniciativa procesal. Este es uno de los principales fundamentos del sistema. Un proceso debido y justo no se puede concretar sino con jueces imparciales. Nos parece interesante y gráfico ejemplificar diciendo que en un juego, por ejemplo de naipes, existe un juez, juez que es distinto a las partes, no se le ocurriría a nadie sensato pensar que el juez puede ser uno de los jugadores en combate, sería ello ilógico e injusto, no estaría dispuesto aceptarlo el otro jugador, por el contrario levantaría su voz de protesta señalando que hay trampa, alegraría que el Juez no es imparcial.

En un proceso penal -salvando las distancias de la ejemplificación solo útil para explicarnos en mejor modo- existen dos partes en conflicto, nos referimos a la acusación y la defensa, pero hay un Juez que es un tercero y es imparcial, imparcial por cuanto no se debe ni a la acusación ni a la defensa, no ha



participado ni con uno ni otro dentro del proceso penal, no tiene ni debe tampoco tener un expediente escrito, sino que va a escuchar a las partes debatir, va a presenciar y garantizar una batalla jurídica justa, en la que no puede intervenir so pena de que tome partido, que se parcialice; en ese escenario y circunstancias ese Juez imparcial, que carece de iniciativa procesal, como hemos explicado ya, adopta su resolución jurídica.

En el sistema inquisitivo, se sostiene, el órgano jurisdiccional absorbe todas las funciones procesales que emanan del poder público, además de la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado tiene la potestad investigativa y la titularidad de la acción, mientras que en el actual sistema los órganos del poder público se complementan pero tienen funciones diferentes.¹⁶ En conclusión el rol del Juez es ser auténticamente un imparcial y garantista de los derechos de las partes, conforme reza el Código de Procedimiento Penal, en la audiencia de juicio los jueces deben actuar imparcialmente y facilitar la lucha entre las partes para que ellos puedan tener mejores elementos al adoptar su resolución. Nosotros decimos que los jueces se ven beneficiados, por decir de algún modo, de la contradictoriedad de la audiencia de juzgamiento, mientras mejor y más intenso es el debate de las partes, mientras mayor calidad tienen los argumentos, los jueces tienen también mejores posibilidades de resolución.

Solo la prueba confrontada entre las partes puede formar la certeza de culpabilidad o inocencia en el Tribunal o Jurado de sentencia, las razones y pruebas proporcionan al Juez los materiales indispensables para dictar su sentencia.¹⁷ De manera que el Juez en la audiencia de juzgamiento debe mantenerse como tercero imparcial y más bien permitir la contradicción para obtener información de mejor calidad y depurada, material rico para su resolución que, al motivar, no puede sino hacer referencia a lo acontecido en el juicio oral, público y contradictorio.

Los jueces del Tribunal de Garantías Penales deben cuidar la adecuada sustanciación de la audiencia, y allí nosotros nos referimos no solamente a los aspectos formales o de disciplina que ciertamente son necesarios, sobre todo hacemos relación a que cuiden la naturaleza de un sistema acusatorio oral; así,

¹⁶ ABARCA GALEAS, Luis. Lecciones de Procedimiento Penal. Ob. Cit.

¹⁷ ABARCA GALEAS, Luis. Ob. Cit.



no permitan que las partes procesales se basen en un expediente, en las versiones o diligencias practicadas durante la Instrucción Fiscal, deben hacer que auténticamente se practique la prueba en la audiencia de juicio y que en la praxis se desarrolle un juicio oral y no hablado de lo ya registrado por escrito, que no se “reproduzca” lo actuado en otras etapas del proceso penal; pues solo en la audiencia de juicio es donde se practican las pruebas para demostrar el hecho y los responsables. Pensamos que si los jueces están obligados a buscar la justicia, la certidumbre como resultado de lo acontecido en la audiencia y, si tienen la obligación constitucional de motivar sus resoluciones, no hay mejor modo que la inmediación; los jueces van sin duda a tener mejores condiciones para sentenciar cuando ellos escuchan de viva voz, cuando aprecian la mirada y los argumentos de un perito o de un testigo. Sin embargo hemos podido constatar vicios que no solo atentan a la lógica del sistema acusatorio oral sino a la justicia, solo a manera de ejemplo digamos que en muchas audiencias de juicio los peritos van al Tribunal de Garantías Penales y lo único que hacen, con el expediente en sus manos, es decir que se ratifican en el informe, no se cumple así la inmediación ni la oralidad, ello hace pensar que en la práctica, sería en la Instrucción Fiscal donde ya se configuró la prueba y que solo se “reproduce” en la audiencia, ello hace pensar la realidad lamentable de lo que la propia redacción de la normativa procesal penal contiene, aquello de que las investigaciones y pericias practicadas durante la etapa de Instrucción Fiscal “alcanzarán el valor de prueba” una vez presentadas y valoradas en el juicio.

El artículo 268 del Código de Procedimiento Penal establece que mientras transcurre el plazo señalado para la audiencia, el Presidente del Tribunal dará las órdenes que sean necesarias para la comparecencia de los testigos, el artículo 269 íbidem señala que la Policía cooperará con el Presidente a fin de conseguir la comparecencia de los testigos, el artículo 264 del mismo cuerpo legal que manda al Presidente del Tribunal cuidar la disciplina de la audiencia. En las reformas del 24 de marzo de 2009, se introdujo un título respecto de las normas generales de las audiencias, allí se señala que son las partes las que pueden proponer cualquier tema que crean procedente, con excepción de los



que entren en contradicción con el debido proceso, los jueces son los que conducen la audiencia y el debate, el Juez debe resolver cualquier incidente que se presentare en la audiencia, optará por aquello que más favorezca a los principios del debido proceso, del sistema acusatorio oral y la realización de la justicia, en suma es el Juez quien conduce el debate y se debe preocupar por los principios del debido proceso y de la aplicación del sistema acusatorio oral, ese es el rol de los jueces.

Empero la claridad que debemos tener en los conceptos y en los roles de los diferentes actores del proceso penal, en la normativa adjetiva penal aún existen varias falencias en la audiencia de juicio que rompen con los principios del sistema, particularmente en lo que tiene que ver con la temática de nuestra actual referencia, refirámonos a ello.

El artículo 286.2 del Código de Procedimiento Penal establece que los jueces del tribunal podrán pedir explicaciones a los declarantes para tener una comprensión clara de lo que están diciendo, en igual sentido se señala en el artículo 253 ídem. Somos del criterio que la manera en que está concebida esta norma pone en peligro el principio dispositivo. Los jueces carecen de iniciativa procesal, se podrá decir que en este caso no se les concede iniciativa, empero la posibilidad de preguntar pidiendo explicaciones conlleva que las partes procesales puedan escuchar en que sentido están pensando los jueces, el mismo procesado y las partes procesales pueden actuar de un modo o de otro según las preguntas explicativas que haga el tribunal. Además lamentablemente en la práctica los jueces podrían terminar interrogando a los testigos, rompiendo con la lógica del sistema acusatorio oral; para que los jueces sean verdaderamente imparciales deben limitarse a escuchar y dirigir el orden de la audiencia.

El artículo 288 del Código de Procedimiento Penal también se halla en franca oposición con otras normas del código procesal y, desde luego, también está violentando los principios del sistema acusatorio oral. Este artículo preceptúa como facultad del Presidente preguntar al ofendido los nombres y apellidos de los que participaron en la infracción, el día y hora en que fue cometida, los nombres de quienes presenciaron el hecho y la forma en que fue cometida, en



suma que todo sea preguntado por el tribunal, lo cual adolece de sentido - según explicamos- cuando los jueces carecen de iniciativa procesal, cuando en nuestro sistema rige el principio dispositivo, pues son las partes las que interrogan, intervienen y debaten, los jueces son terceros imparciales que solamente deben juzgar, resolver.

El artículo 294 ídem se halla concebido de la misma manera, establece dicha disposición procesal que una vez concluida la declaración del perito o testigo, el presidente y los miembros del tribunal pueden interrogarlos con la finalidad de que amplíen o aclaren puntos especiales de la declaración, de manera que ya no solo se usa la expresión “explicación”, sino ampliar y aclarar, lo cual - hemos de reiterar- atenta al principio dispositivo, sustancial en un sistema adversarial, en el que las partes son las que discuten y el juzgador no tiene ninguna iniciativa. Es interesante traer la reflexión que al respecto de la imparcialidad del juzgador hacen Andrés Baytelman y Mauricio Duce, quienes dicen que para vencer al paradigma tradicional el sistema se debe construir sobre la base de una competencia aguda entre las partes, frente a un tribunal que no tenga compromisos institucionales con ninguna de ellas ni con la información que se produce en el juicio, piensan que mantener a los jueces estrictamente imparciales, ajenos al trabajo de las partes y restringir al máximo sus facultades de producción de pruebas, es imprescindible para la reforma.¹⁸

2.5. La Introducción de las pruebas.-

Un aspecto importante que debemos entender dentro de un sistema acusatorio oral es lo que dice relación con la introducción y valoración de las pruebas. Antes es necesario puntualizar que, de ningún modo, pretendemos hacer un estudio sobre las pruebas en nuestra legislación, tampoco de las diferentes teorías sobre la valoración de las pruebas en materia penal, lo que aspiramos es comentar la forma como deben introducirse las pruebas en una audiencia de juicio de corte acusatorio oral, destacar las diferencias que existen en tratándose de un sistema inquisitivo, tanto en lo que respecta a la introducción

¹⁸ BAYTELMAN, Andrés y Duce Mauricio. Ob.Cit.



de las pruebas, cuanto a la valoración de las mismas; además evidenciar los varios errores que se hallan sobre la temática planteada en las normas vigentes del Código de Procedimiento Penal.

Recordemos que dentro del sistema inquisitivo en el sumario se practicaban las pruebas para comprobar conforme a Derecho la existencia de la infracción, solo cuando se hallaba comprobada la existencia del delito se abría la etapa del plenario, etapa en la que se practicaban las pruebas respecto de la responsabilidad del sindicado. Existen trascendentales diferencias con lo que sucede en el sistema acusatorio oral, la investigación procesal se hace en la Instrucción Fiscal y solo en la audiencia de juicio se practican las pruebas tendientes a probar tanto la existencia del delito cuanto la responsabilidad del procesado. Esta lógica del sistema es necesario entender con toda claridad y así tener los conceptos claros en lo que dice relación con la prueba, en suma para conocer como se introducen las pruebas. Es errático pensar que en la audiencia de juicio se deben “reproducir” los actos practicados durante la Instrucción Fiscal, muchas veces, en la práctica, se asume que la prueba se practica en dicha etapa lo cual contraría con la lógica del sistema, y lo afecta seriamente, pues, si en la audiencia solo se “reproduce” la prueba, entonces no se han cumplimentado con los principios de inmediación, contradicción y oralidad que deben hacerse realidad en la introducción de las pruebas.

Nosotros creemos que la disposición contenida en el artículo 79 está concebida de tal manera que haría pensar que es en la Instrucción Fiscal donde se practican las pruebas, nos referimos aquello de alcanzarán el valor de prueba las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción que sean presentadas y valoradas en el juicio; al respecto dice el Dr. Walter Guerrero Vivanco que en el Congreso Nacional (en la época en que se aprobó el código vigente) hubo oposición, se decía que si las investigaciones que se hacen durante la instrucción no tienen el valor de prueba, entonces había que suprimirlas; por ello para evitar que se empantane el proyecto se redactó conforme se halla vigente.¹⁹ En todo caso, decíamos, es menester entender que en la audiencia de juicio se practican las pruebas, con aplicación de los

¹⁹ GUERRERO VIVANCO, Walter. Ob. Cit.



principios establecidos en la norma *normarum* y que hemos estudiado anteriormente.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Penal señala que las partes deben presentar la lista de testigos mientras transcurre el plazo para la audiencia de juicio; en efecto las partes deben proponer la comparecencia de los testigos que crean conveniente según la estrategia que haya concebido cada parte; es decir cada parte procesal podrá con sus testigos probar la teoría del caso que proponga al Tribunal de Garantías Penales. Durante la investigación se han practicado diferentes diligencias, empero las pruebas en la audiencia de juicio se introducen con los testimonios, rinden sus testimonios tanto los que conocen de los hechos cuanto los que practicaron pericias, de modo que se hagan realidad la oralidad, la inmediación, la concentración y contradictoriedad, solo cuando un testigo que relata un hecho que conoce, o cuando un perito sustenta su informe pericial y es examinado y contra examinado por las partes procesales ante el tribunal, las pruebas son introducidas. No se trata, entonces, de la mera presentación de un informe pericial o de la lectura de cualquier documento, para que pueda introducirse la prueba los testigos deben presentarse al tribunal y hacer su exposición, allí se hace realidad el principio de inmediación que es positiva para una decisión de mejor calidad, así como se hace realidad la contradicción, la posibilidad de discutir y debatir, de esa manera se introducen las pruebas en la audiencia de juicio que luego será valoradas por los jueces.

Las partes procesales exhiben en la exposición o alegato inicial su teoría del caso, es decir relatan el hecho y solicitan las pruebas que consideren del caso, lo óptimo es que cada uno de los testigos pruebe un hecho, satisfaga un elemento o más elementos fácticos propuestos.

Pese a que se han reformado varias disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Penal, aún se mantienen reglas respecto del orden de comparecencia de los testigos, lo cual no se compadece con el principio dispositivo que rige en nuestro sistema procesal. Las partes procesales, hemos dicho insistentemente, son las que proponen los hechos y debaten, por tanto debe haber libertad para que cada parte proponga su prueba y el orden de



presentación que considere conveniente, más no someter a las reglas del código o a las disposiciones del presidente del tribunal. Una parte procesal, por ejemplo, podría considerar más conveniente presentar para su testimonio al ofendido antes de los peritos, que éste relate el hecho y luego los peritos vayan confirmando el relato expuesto; en definitiva en aplicación del principio dispositivo debe existir libertad de litigación, lo importante es esa libertad dentro del ejercicio de probanza, luego los jueces sabrán valorar cada elemento introducido en la audiencia de juicio.

En otro orden existen varias normas de la producción y valoración de la prueba (que tiene que hacerse en la misma audiencia de juicio) y que también resultan incongruentes dentro del sistema acusatorio oral.

El artículo 86 del código procesal penal establece que toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo. A despecho de esta norma, existen muchísimas normas de tarifa legal, y lo que es más grave la cultura de litigación es la de la formalidad, la de esquemas, de tarifa legal o prueba tasada. Así el artículo 87 establece que las presunciones que obtenga el juzgador se deben basar en indicios probados, graves, precisos y concordantes, y no queda allí, el artículo 88 señala que para que se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables es menester: 1.- que 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 varios; relacionados, tanto con la materia del proceso como con los otros indicios; es decir que sean concordantes entre sí; unívocos; es decir que todos conduzcan necesariamente a una misma conclusión; y, directos, de manera que conduzcan a establecerla lógicamente y naturalmente. Estas disposiciones atentan a la esencia misma del sistema acusatorio oral en la que existe y debe existir la sana crítica, el juez tiene que resolver sobre la base de los criterios que obtenga del debate de las partes y las pruebas actuadas, valorar lo acontecido en la audiencia de juzgamiento; más no puede verse obligado a



este tipo de criterios que, en definitiva, son formas de prueba tasada. En suma los artículos 87 y 88 enseñan y nos exigen como debemos presumir, esto irrumpe el sistema de libre valoración, que no significa libertinaje ni arbitrariedad, pero que no puede estar sometida y limitada a fórmulas absurdas.

En la práctica se puede observar que se invocan estas disposiciones, así se puede escuchar a un litigante decir que no existe el nexo causal porque, por ejemplo, existe un solo testimonio en un delito sexual, y se puede constatar en la litigación haciendo extensos análisis “lógicos” en relación a estas normas para tratar de imponer una tesis acusatoria o de defensa. En la concepción del garantismo penal la interpretación para la decisión jurisdiccional tiene que ser diferente, Luigi Ferrajoli expresa que el Juez no es una máquina automática en la que por arriba se inserten los hechos y por abajo se saquen las sentencias, la idea de un perfecto silogismo es utópico, sostiene que el juez debe comprobar los hechos denotados por la ley como presupuestos de la pena, pero además discernir las connotaciones concretas que convierten a cada hecho en distinto de los demás, tales connotaciones nunca son legalmente pre determinables del todo, en gran parte vienen remitidas a la equidad del juez.²⁰

De la sola lectura del contenido del artículo 124 del mismo cuerpo normativo podemos encontrar los mismos vicios; es decir aquello de que el testimonio propio no tendrá valor si de las demás pruebas no aparece demostrada la existencia de la infracción, el artículo 140 íbidem de que la declaración del ofendido por si sola no constituye prueba. El artículo 144 íbidem que obliga igualmente al tribunal a valorar el testimonio del acusado de una forma determinada; se señala que el testimonio del acusado es indivisible, 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. En el artículo 146 del código adjetivo penal se manda a que la valoración de la prueba documental deberá hacerse por la calidad de documentos públicos o privados, así como por la relación con el conjunto de las demás pruebas que obren del proceso. En este caso se obliga al tribunal a dar

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Pag. 38 y 39.



valor a los documentos según sean públicos o privados, ello resulta en tarifar el valor de las pruebas, cuando de lo que se trata es de acreditar, de otorgar credibilidad al documento respecto de su origen, su autenticidad; además el tribunal valorará que es lo que se prueba con un determinado documento. En fin, existen otras disposiciones que, decimos nosotros, obligan al tribunal a una manera de pensar, valorar y resolver, ello va contra la razón, la sana crítica, atenta a la justicia.

Creemos que en el Derecho existen y debemos aplicar la lógica y la razón, empero no es admisible la sola lógica formal, que en veces se constituye en una camisa de fuerza que termina contrariando la misma razón, y acaso resulte ilógico. El pensamiento de Robert Alexi resulta oportuno y pertinente a la temática en cuestión, manifiesta que el modelo deductivo está puesto en duda, aquello de que en el Derecho se adopta una decisión con una inferencia lógica de las normas, unidas a definiciones del Derecho por ciertos presupuestos y proposiciones empíricas, refuta el maestro; y se sustenta en la vaguedad del lenguaje, los conflictos de normas, pues ninguna norma puede estar a la disposición para la resolución de un caso, más bien se amplía el Derecho frente al texto de una norma.²¹ Nelson Barros Cantillo destaca que hoy por hoy ya no tienen valor para una decisión jurisdiccional la sola lógica formal sino la argumentación jurídica y persuasiva que va más allá de la mencionada lógica formal, nos parece que este pensamiento es bien traído para entender que en la concepción de las normas y en la práctica judicial debemos superar las tarifas legales, la manera de valuar con silogismos y uso de la lógica formal, lo cual no quiere decir, como señala el mismo autor, que sin duda seamos lógicos en nuestros razonamientos y decisiones.²²

Se puede apreciar, entonces, que coexisten en el código nuestro normas contradictorias, por una parte las que hemos analizado y, por otra, normas que se introdujeron en las reformas del 24 de marzo de 2009 y que pretendieron corregir ciertos vicios, que en una parte lo consiguieron, empero aún se

²¹ ALEXI, Robert. Teoría del Discurso y Derechos Humanos. Universidad Externado de Colombia. 1995. pág. 37 y 38.

²² BARROS CANTILLO, Nelson. Las Nuevas Herramientas de la Argumentación Jurídica. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá-Colombia.



mantienen muchas incongruencias. Por ejemplo cierto es que el artículo 86 exige que la prueba deberá ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica, pero no es menos cierto que se encuentran las normas analizadas que se alejan absolutamente de la sana crítica. Así mismo existen disposiciones respecto del valor de la prueba documental, según hemos dicho, pero en la reforma se introdujo un artículo innumerado a continuación del artículo 286 (286.5) que señala que los documentos que pretendan ser incorporados como prueba instrumental serán leídos en el juicio en su parte pertinente previa acreditación por quien lo presenta y que debe dar cuenta de su origen.

Andrés Baytelman y Mauricio Duce al analizar el sistema de valoración de la prueba según las normas de nuestro código procesal, dicen que es esencial a un sistema exigencias fuertes de fundamentación; empero dicen que el código está plagado de reglas de tarifa legal o tasada, agregan que ello dificulta para transformar el juicio en el genuino centro del proceso como aspiran los modelos acusatorios de enjuiciamiento criminal.²³

2.6. Algunas estrategias de litigación.-

Se sostiene que litigar juicios orales es un ejercicio profundamente estratégico, empero que ello no es de fácil aceptación dentro de nuestra cultura jurídica, cuando en la justicia no puede haber nada de estrategia, simple y llanamente se debe buscar la verdad, saber si una persona procesada es inocente o si es culpable de un delito a fin de establecer la responsabilidad. Nosotros decimos al respecto que siempre será legítimo y conveniente en cualquier actividad humana tener una estrategia, que no es otra cosa que las ideas claras, tácticas y destrezas para llevar a cabo adecuadamente la labor de litigar.

Los jueces se hallan separados temporal y espacialmente de los hechos, no les consta ni conocen ningún hecho de los que se proponen en el tribunal, ellos que son unos terceros imparciales solo conocen lo que las partes relatan y deben probar. Por lo tanto existe un primer gran aspecto a considerar: la credibilidad. Las partes procesales tienen la misión de probar lo que dicen,

²³ BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio . Op. cit. Pág. 24 y 25.



deben llevar credulidad a los jueces, es posible que en un juicio penal le asista la razón a la defensa, por ejemplo, pero si no tiene una estrategia adecuada, sino planifica con cuidado y lleva credibilidad a los juzgadores, es probable que pierda el juicio. No se trata de ninguna manera de preparar una falacia, de hacer trampa a la justicia o algo parecido, pues ello sería atentar a la ética que debe primar en el ejercicio profesional y también despreciar el Derecho como medio para llegar a la justicia, de lo que se trata es de contar con herramientas adecuadas para litigar, hemos de reiterar, se debe persuadir a los juzgadores de que nos asiste la razón, y es en esa línea de pensamientos que se debe contar con una estrategia para litigar.

Las partes procesales lo que hacen en el juicio es evidenciar una visión de los hechos, un relato que no va a servir de nada si no es verosímil ante los jueces, por tanto es fundamental la prueba, prueba que debe ser congruente con el relato que ha presentado la parte procesal que litiga, así la prueba no habla por sí sola, pues la prueba debe ser presentada y puesta al servicio de nuestro relato.²⁴; una aprueba que proporcione credibilidad que es lo sustancial en el juicio penal para que la sentencia nos sea favorable a nuestra pretensión procesal.

El relato del hecho debe presentarse en la primera intervención de cada una de las partes procesales, es lo que se llama el alegato inicial o exposición inicial, lo conveniente en esta exposición es que el Fiscal y el defensor hagan un verdadero relato, eso quiere decir que expongan los hechos, no debe haber ninguna calificación jurídica, ni siquiera utilizar expresiones o terminología jurídicas; es contar una historia, exponer lo que pasó desde la óptica de la defensa y desde la visión de la acusación. En la exposición inicial las partes procesales deben tomar en cuenta que lo que relatan debe ser probado, de allí que el relato debe ser claro, coherente, es inconveniente exagerar en el relato o exponer algo que luego no va a ser probado, ello tendrá su coste en credibilidad. De allí que cuando se hace la exposición inicial y se expone el relato, se debe pensar ya en la prueba; es decir en que cada uno de los elementos fácticos que se proponen van a ser probados, incluso es menester

²⁴ BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio . Op. cit. Pág.



tener previsto con que testimonio va a ser posible probar tal o cual hecho propuesto, pues es obvio que cada uno de los testigos van aportar con algo, van a acreditar una parte del relato. Así mismo se suele aconsejar que no es bueno exagerar en el relato y además se deben considerar las debilidades, será mejor que uno mismo señale sus debilidades antes que nos cuestione la otra parte, también esto tiene un costo en credibilidad.

Por otra parte los litigantes no pueden ir a la audiencia sin estar previamente bien preparadas, las partes procesales deben estudiar el caso y planificar su estrategia, conversar previamente con sus testigos para saber las fortalezas y debilidades e ir a la audiencia con seguridad que también es muy importante para proporcionar credibilidad.

En lo que respecta a la prueba, las partes deben llevar la que sea relevante para probar su teoría del caso, en veces se observa que las partes llevan pruebas que resultan intrascendentes, además de la pérdida de tiempo en la audiencia de juicio, los jueces empiezan a perder atención, quizá van a pensar en que esa parte procesal no tiene la razón ni fundamentos, por ello la prueba que se ofrece al tribunal debe ser clara, contundente y debe tener congruencia con lo que se ha dicho en el alegato inicial.

Es mucho mejor que los testigos sea los que hablen y no los abogados, ellos deben limitarse hacer las preguntas claras y concisas, cuando el abogado es quien habla por el testigo éste resulta no creíble, es mucho mejor cuando el relato del testigo es claro, sencillo, con la palabras y el estilo personal que tiene cada persona; y claro también humanizando el conflicto, cabalmente eso es lo que permite un sistema oral, cuando en un juicio –al menos en esta parte- se utiliza mucho tecnicismo jurídico, lenguaje complicado, se da la impresión que no hay autenticidad, que la justicia es una cosa solo técnica, cuando el juicio es de humanos, y aún cuando tiene sustentos filosóficos y científicos, no deja de ser un conflicto humano.

Pero ya en el alegato final sí es el momento procesal propicio para hacer el análisis jurídico, en el alegato o exposición final las partes deben hacer un razonamiento de lo que ha acontecido durante la audiencia; en definitiva indicar cuales fueron los hechos propuestos y como se fueron probando con cada uno



de los testimonios, así mismo señalar, en un análisis en Derecho, como esa conducta que ha sido probada se adecua a un tipo penal específico, y por tanto pedir la resolución de condena; o como no ha sido posible enervar la inocencia jurídica del acusado, analizar cada una de las pruebas que se discuten. Las partes procesales no solo deben hacer el estudio desde su óptica sino también señalar las debilidades de la otra parte, profundizar lo que ha acontecido en la audiencia y emitir su conclusión. Esta si es una oportunidad para hacer los análisis jurídicos que se crean menester; pero eso sí estamos convencidos que no existen solo los formatos escritos, o que los formatos existen solo en un sistema inquisitivo, creemos que lamentablemente algunos litigantes creen que para una exposición final existe un esquema, que es como seguir una formato, o hacen de su exposición un formato o discurso repetitivo, ello de repetir los mismos conceptos y las misma formas siempre también resta credibilidad, nosotros creemos que en cada audiencia de juicio debe exhibirse autenticidad y espontaneidad en lo que se expone, es mejor que cada audiencia tenga su propias particularidades, y siempre humanizar el conflicto y el proceso mismo. Por fin, creemos que si es conveniente resaltar lo que dice relación con la capacidad de exposición; es decir con la oratoria forense. Ciertamente es que no se trata de dar un gran discurso en el estrado ni mostrar tampoco los dotes de gran orador ni muchos menos, pero no es menos cierto que la capacidad de utilizar bien la herramienta del verbo es sustancial. Nosotros solemos decir que una de las herramientas más importantes de los abogados es el lenguaje, pues es el lenguaje ya sea oral o escrito la herramienta de los litigantes, las leyes están hechas con esa misma herramienta y las partes así se comunican con los jueces, de modo que debemos usarla bien. Pero la capacidad de exponer tiene que ver con muchos aspectos; en primer lugar está la utilización de la lógica, el conocimiento cabal de los hechos y la estructuración adecuada de la intervención, estructurar la intervención en un orden lógico, claro y coherente; además está presente el conocimiento jurídico y la capacidad de exteriorizar todo ello de una manera no solo clara sino persuasiva, hemos de reiterar que hay que convencer a los jueces de que nuestra historia es la verdadera, que a nosotros se nos debe asistir la razón; en suma debemos llevar credibilidad.



Concluimos recordando a Osorio cuando decía: El abogado es un escritor y un orador, dos veces artista, si no lo es será un jornalero del Derecho, más no un verdadero defensor de los hombres, la justicia y la sociedad que todos ellos son sus clientes”.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-

1.- Del estudio realizado es posible concluir que nuestra carta magna en lo que dice relación con derechos fundamentales es realmente progresista, ello es absolutamente importante para un proceso penal; la misma constitución establece los principios que rigen un proceso judicial en general y un proceso penal en particular; de modo que la norma procesal penal debe recoger esos principios, fundamentalmente lo que tiene que ver con el sistema acusatorio oral, de hecho las reformas procesales buscan adecuarse a la constitución y a los nuevos conceptos del constitucionalismo y el garantismo penal;

2.- El Código de Procedimiento Penal ya fue reformado, y ciertamente se han superado algunas falencias que desdican la lógica del sistema que nos rige; empero, como hemos expuesto, existen aún incongruencias, todavía es menester reformar a fin de hacer efectivo un sistema procesal penal que respete y aplique los principios de inmediación, concentración, celeridad, el principio dispositivo y de contradictoriedad. Las reformas deben plasmarse surgiendo de los debates y análisis de los estudiosos del Derecho Penal y Procesal Penal, las universidades y, sobre todo, escuchando las observaciones de quienes día a día aplican las normas jurídicas: jueces, fiscales y defensores; y de esa manera conseguir un sistema procesal penal coherente, apegado a los principios que nos rigen y, sobre todo, que nos acerque a la justicia;

3.- Hay que considerar, en todo caso, que de ninguna manera las leyes solas, las normas del debido proceso y los principios del sistema acusatorio oral son eficaces para la real vigencia de las normas y la cabal aplicación del sistema procesal. Por ejemplo se requiere adecuar los espacios físicos, es decir las edificaciones donde funcionan los juzgados y tribunales, pues si éstos no son adecuados difícilmente se podrá aplicar la oralidad;

4.- Si es interesante en nuestras conclusiones recordar los criterios muy ilustrativos de Ferrajoli y Alexi, no se trata en el Derecho de simplemente crear la norma y aplicarla, existe un espacio para la discrecionalidad, para la interpretación, para los valores; por tanto es indispensable que todos los operadores entendamos la norma jurídica, estemos capacitados en las



destrezas de litigación oral, más aún hoy debemos capacitarnos en el llamado neo constitucionalismo, en las concepciones del garantismo penal y la argumentación jurídica. En suma, planteamos que no bastan los actos legislativos, debemos capacitarnos y adquirir una cultura de litigación diferente, donde seamos rigurosos en el debate, la contradictoriedad, pero también en el respeto a los derechos fundamentales; estar capacitados para enfrentar los nuevos desafíos que nos presenta la sociedad y el Derecho, preparados para aplicar el sistema y las herramientas de la litigación oral;

5.- Una reflexión final es que este estudio nos ha sido sumamente útil pero no solamente para comprender los principios del sistema acusatorio oral y su aplicación en la audiencia de juicio, sobre todo nos hace reflexionar sobre el hecho de que el ser humano dentro del Derecho se esfuerza en las concepciones, en la academia, en la legislación y en el ejercicio profesional por buscar la justicia, para ello nos formamos. Empero, en veces, tenemos la sensación que más importan los medios que los fines, las formas que los contenidos, que muchas veces nos burocratizamos, a fuerza de la cotidianidad y la complejidad del trabajo nos esquematizamos, ello es muy peligroso para la justicia. Desde nuestra óptica los principios deben buscar humanizar a la administración de justicia, que nos permitan estudiar y debatir, que entendamos en los juzgados existe un conflicto profundamente humano y así debemos utilizar las herramientas que nos proporciona la ciencia, finalmente el sistema procesal ciertamente es un medio para la realización de la justicia, debemos siempre estar con la toga en nuestra alma para buscar insaciablemente calmar a los sedientos de justicia.



BIBLIOGRAFIA

- ABARCA GALEAS, Luis. Lecciones de Procedimiento Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Ecuador-2001
- ALEXI, Robert. Teoría del Discurso y Derechos Humanos. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 1995.
- BARROS CANTILLO, Nelson. Las Nuevas Herramientas de la Argumentación Jurídica. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Colombia. 2005.
- BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Litigación Penal y Juicio Oral. Fondo Justicia y Sociedad. Fundación Esquel-Usaid. Quito-Ecuador. 2003
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. junio de 2009
- CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. noviembre de 2009-12-22-
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. Ecuador agosto de 2009
- DURAN DIAZ, Edmundo. Manual de Derecho Procesal Penal. Volumen I. Edino. Ecuador. 1992.
- GUERRERO VIVANCO, Walter. Los Sistemas Procesales Penales. Pudelco. Quito-Ecuador. 2001.
- GOLDSCHMIDT, James. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal. Temis. Colombia.2006
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid-España. 2000.



-REINOSO HERMIDA, Ariosto. El Juicio Acusatorio Oral en el Nuevo Código de Procedimiento Penal. Projusticia. Quito-Ecuador. 2000