

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO

(En Homenaje al Dr. Jorge Zavala Baquerizo)'

Por: Dr. Edmundo René Boderó

El Proceso Penal.- Sistemas Acusatorio, Inquisitivo y Mixto.- Diferencias entre la prueba Civil y Penal.- El Sumario.- La carga de la Prueba en el Sumario.- El Plenario.- La carga de la prueba en el Plenario.

DESARROLLO

EL PROCESO PENAL.- "No es verdad que, en el fondo, comparado con el del proceso penal, el ambiente del proceso civil da una impresión de superioridad?

Escrituras cuidadosas, discusiones reposadas y, sobre todo, por lo menos aparentemente, personas exquisitas.

El proceso penal, en cambio, inquieto, bullicioso, turbulento, hasta sucio, es un poco la corte de los milagros en el palacio de justicia.

En una palabra, el reino de los andrajosos. El otro, si no el de los ricos, por lo menos el de los acomodados. Qué ha de extrañar, pues, si al gobierno de éste, y no al de aquél, aspiran los mejores técnicos y a su estudio los más prometedores científicos".

Estas reflexiones pertenecen al gran jurista italiano Francesco Carnelutti, pero sus dolientes palabras no deben mover a engaño, pues a renglón seguido, el maestro dice: "**Mientras el proceso civil es el proceso de lo mío y de lo tuyo, el proceso de la propiedad; el proceso penal es en cambio el de la libertad**".

(*) (El Dr. Jorge Zavala Baquerizo fue mi profeseor en la Universidad y aparte del profundo afecto y respeto que le guardo me considero y él me tiene como su discípulo, lo que se refleja en este ensayo escrito en su homenaje, lo que no significa que tengamos que concordar en todos los problemas del vasto campo de la ciencia).

"En el proceso civil se discute acerca del haber y en el penal acerca del ser". (1).

El autor de la presente monografía, pregunta al lector: Qué es más importante en la vida, el ser o el poseer; la libertad o la propiedad?.

Además, Carnelutti en casi todas las obras del último tercio de su vida, se quejaba amargamente de no haberse dedicado al Derecho Penal y de incursionar tardíamente en el mismo: "En el prefacio a las *Lezioni di Diritto Penale* he confesado que el derecho penal ha sido siempre *mi amor Secreto*; pero porqué me dediqué a él tan tarde?"; para terminar en carta a sus discípulos, emitiendo esta congoja: "No se considera a los penalistas, entre otras cosas, como a los poetas de la abogacía?"

Pasada ésta inicial digresión y enderezado el rumbo, importa saber que por proceso penal se entiende: "al conjunto de actos encaminados a comprobar el delito y determinar la pena", (ibídem); por "*carga*" a "un peso colocado sobre algo o alguien", y por carga de la prueba a "la obligación de probar lo alegado", tarea que corresponde a quien afirma algo en virtud del principio: "ACTORI INCUMBIT ONUS PROBANDI" (al actor le incumbe la carga de la prueba).

En el proceso civil ecuatoriano el problema de las cargas probatorias es relativamente sencillo por cuanto el Art. 117 del Código de Procedimiento Civil, dice: "Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo".

"El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa", etc.

Pero carecemos de esa fortuna en el campo penal por cuanto nuestro Código de Procedimiento Penal en el Art. 215 se limita a indicar lo que debe probarse en el sumario sin señalar a quien corresponde dicha tarea. Idem respecto al plenario (Art. 261) por lo que la respuesta a la interrogante a quién corresponde la carga de la prueba en el proceso penal ecuatoriano, debemos buscarla en la ciencia y en la Historia del Derecho Penal y Proceso Penal.

(1) "Cuestiones sobre el Proceso Penal", Págs. 18-19.

Se cuestiona en la ciencia extranjera -impropiamente según mi saber y entender- la vigencia de la carga de la prueba en materia penal.

El mexicano Díaz de León ("Tratado sobre las Pruebas Penales", Pág. 69) dice: "se cuestiona la vigencia de la carga de la prueba, por estimarse que **en este** último proceso la carga no tiene la eficacia del estímulo de la actividad de las partes, puesto que no puede decirse que el Ministerio Público **sea** titular del interés interno en antagonismo con el del imputado".

Desafortunado criterio, pues el Ministerio Público en tanto representante de la sociedad tiene marcado interés en aportar pruebas de cargo y descargo (es falso el criterio del vulgo que cree que el Fiscal está siempre obligado a acusar) que considere pertinentes y porque a su lado combate -en los países que la institución existe- la acusación particular.

Del mismo criterio que el mexicano es Florián, ("Elementos de Derecho Procesal Penal", Pág. 323): "En el proceso penal, la **investigación fundamental es la de** la verdad objetiva, material: la investigación de los hechos como han ocurrido en la realidad, y es una investigación amplia, no reducida a los límites que quieran imponerle las partes. Esto en razón a que en el proceso penal existe un interés eminentemente público. Tal indagación sería incompleta si se dejase a las partes; no se alcanzaría por ella acaso más que una verdad formal, convencional, circunscrita según la voluntad de las partes, cómo acontece en el proceso civil. En el penal la carga de la prueba desaparece como institución procesal **en el** instante en que el juez puede suplir con su iniciativa la inercia de las partes o salir al paso de la astucia de las mismas. Además es incompatible concretamente en nuestro derecho positivo con los preceptos del mismo, porque el juez queda por ellos investido de facultades instructoras autónomas supletorias".

Discordamos con el que fuera eminente profesor de Turín, porque la característica de las pruebas penales de poseer un radio de acción más amplio y perseguir fines más loables que las civiles y la potestad del juez -inquisitivamente- de disponerlas discrecionalmente, son insuficientes para negar su presencia. De cara a nuestro proceso penal ordinario, la opinión de Florián mas bien confirmaría la obligación -carga- del juez de aportarlas en la fase sumarial.

Es decir, ni los fines altruistas **de la prueba penal, (alcanzar la verdad histórica y no la formal)** ni la insatisfacción del **Juez respecto a** las que aporten las partes, ni su potestad de llenar los vacíos, ni su libertad para evaluarlas enervan las cargas probatorias de los respectivos sujetos procesales.

Considero asaz frágil fundamentar la inexistencia de la carga de la prueba en el ámbito penal en la coyuntura de que el juez no se encuentra atado a las que suministren las partes, pues existen procesos (aquellos cuyo ejercicio de acción es privado) o etapas procesales (plenario) en los que el juez no soporta carga probatoria alguna o las soporta limitadamente.

En el Ecuador el Dr. Walter Guerrero Vivanco (2), tras manifestar su deseo de mantenerse al margen de la discusión: "*Nosotros no queremos intervenir en la antigua polémica que sostienen los que afirman que en el campo penal no se presenta el problema de la carga de la prueba, con aquellos que mantienen lo contrario, ya sea como obligación o ya como necesidad procesal, razón por la que pasamos de inmediato a establecer, casi en forma esquemática, a cuál de los sujetos procesales les corresponde la carga de la prueba en el sistema judicial penal ecuatoriano*", toma posiciones a favor de su vigencia en nuestro Derecho Procesal Penal, y con relevante cita que reproducimos a renglón seguido contribuye a aclarar lo que debe entenderse por carga de la prueba en el área procesal penal: "*Pero antes de iniciar nuestro esquema, séanos permitido transcribir un párrafo de la obra "Teoría de la Prueba", de Devis Echandía, que antes ya citamos, en donde se explica con claridad que "la carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en el proceso, necesita cada una que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones (sin que se trate de una obligación o deber) y le dice al Juez cómo debe fallar en caso de que esas pruebas falten*".

También el Dr. Víctor Lloré Mosquera (3) se inclina a favor de la carga de la prueba en nuestro proceso penal cuando dice: "**En verdad, al representante del Ministerio Público, como parte imparcial, le toca**

(2) "Derecho Procesal Penal", T. III, Pág. 22

(3) "Compendio de Derecho Procesal Penal" (2da. edición, P. 122)

var a conocimiento del juez todos los elementos de prueba acusatorios y absolutorios. Pero esta obligación no excluye la conveniencia de que el onus probandi, por razones de mayor técnica jurídica, se divida **en** la forma que queda expuesta según las etapas del proceso y con la facultad que dentro de cada uno de ellos tienen los sujetos procesales mencionados".

Quizá resulte redundante recordar que "Onus Probandi" significa "carga de la prueba".

Por último, el sumo pontífice del Derecho Procesal Penal ecuatoriano, Dr. Jorge Zavala Baquerizo pone punto final a la estéril controversia al decir: "El problema de la carga en materia procesal penal debe ser considerado como la necesidad que tienen las partes procesales para introducir en el proceso penal las pruebas que justifiquen sus respectivas posiciones, para llegar a la verdad histórica. La necesidad impone la obligación: El acusador particular, o el fiscal, dentro de la etapa del sumario deben llevar al proceso en necesidad de sus acusaciones, los elementos que prueben que, en verdad, el delito se cometió y que ese acto antijurídico le es atribuible a una persona concretamente individualizada. Lo dicho es independiente de la obligación jurídica que tiene el juez de introducir en el proceso las pruebas que digan relación con el objeto del proceso. El principio de investigación integral de la verdad no excluye la necesidad que tienen las partes procesales activas para probar la existencia del acto adecuadamente típico y la relación **de ese** acto con su autor".

Y en líneas posteriores: "Establecido que también en materia penal existe la carga de la prueba". (...) ("El Proceso Penal" Tomo II, Pág., 27-28, Cuarta Edición).

Cerrada la discusión sobre la presencia de la carga de la prueba en nuestro Derecho Procesal, conviene precisar que en razón de que en la legislación ecuatoriana el juicio penal ordinario es la vía en que se sustancian todos los procesos (excepto aquellos cuyo ejercicio de acción es privado y los que versan sobre contravenciones) es respecto a aquél, que se dirige la principal preocupación respecto a la carga de la prueba.

El proceso penal ordinario se divide en dos grandes etapas: sumario y plenario, a las que se agregan las pre-procesal, intermedia y de impugnación.

Del sumario y del plenario nos ocuparemos tras revisar someramente y a renglón seguido los procedimientos penales clásicos y su identificación con el proceso penal ecuatoriano, pues la carga de la prueba está en relación directa con unos u otros.

SISTEMAS PROCESALES.- Los tres principales sistemas procesales surgidos a través de la historia son acusatorio, inquisitivo y mixto; igual el número de los métodos de valoración de las pruebas, que respectivamente se denominan: legal, formal o tarifada; de la íntima convicción, y de la sana crítica o de la persuasión racional.

Sistema Acusatorio.- Aunque históricamente nace en la Grecia antigua —recuérdese el proceso de Sócrates acusado por Anito, Melito y Licón de no creer en los dioses y corromper a la juventud— se desarrolló y alcanzó su apogeo en la Roma de los Césares, por lo que no es exagerado afirmar que se inspira en la tradición romana de que el delito es una ofensa que sólo interesa al agraviado, a quien únicamente compete instar el aparato de la justicia; privilegio que podría sintetizarse en el aforismo: "si no hay acusador no hay juicio".

Como bien señala el Dr. Zavala Baquerizo (ob. cit. T. III. Pág. 7) "En la etapa punitiva del desenvolvimiento procesal cuando imperaba en el procedimiento penal el sistema acusatorio no podría decirse que había un criterio particular para valorizar la prueba. **En esa** época, en que imperaba el sistema acusatorio, la principal de las pruebas era la confesión del acusado, pero sobre todas las pruebas imperaban el duelo y los juicios de Dios u ordalias". (4)

En el sistema acusatorio moderno puede decirse que: "**el juez, ni aun** teniendo conocimiento de la comisión de un delito, puede proceder de oficio y perseguir al delincuente. Precisa para **ello que el ofendido presente** su acusación".

(4) En ese período del Derecho Penal, denominado de la venganza divina, metafóricamente podríamos afirmar que la carga de la prueba correspondía a Dios.

Sólo entonces puede citar, e incluso obligar a comparecer, al supuesto delincente, y entonces en presencia del juez se desarrolla una controversia en forma oral, en las que las partes alegan lo pertinente a la acusación y a la defensa y en la que son oídos los testigos y presentadas las pruebas que las partes creen oportunas a la defensa de sus derechos. (5).

Además como el órgano jurisdiccional penal sólo actúa a petición de las partes, y el juez cede la iniciativa a los litigantes adoptando una actitud contemplativa y reguladora, en el acusatorio actual la carga de la prueba corresponde exclusivamente a los contendientes.

El sistema acusatorio es ostensible en las audiencias de juzgamiento de nuestros Tribunales de lo Penal, porque a más de la pérdida de iniciativa del juzgador –excepto en lo atinente a la organización de plenario– se caracterizan por la oralidad, publicidad y, la contradicción entre acusadores y acusados.

No obstante que el principio de la oralidad es una de las características más relevantes del sistema acusatorio, como dice el Dr. Lloré: "Un proceso totalmente oral habría sido dable sólo en los primeros tiempos, cuando la reproducción de la palabra era difícil, sencillos los medios de prueba y no se conocía impugnación de los actos del juez.

En los procesos modernos la escritura representa una importante parte de éstos en cuanto permite la documentación de los actos procesales más importantes.

Lo que es objeto de acción, las peticiones de prueba, la sentencia y otros actos de esta naturaleza deben siempre constar por escrito" (6)

Aparte de las audiencias públicas de los Tribunales de lo Penal, las infracciones señaladas en el Art. 428 del Código de Procedimiento Penal (ciertas clases de estupro y rapto, las injurias, etc.) también se juzgan en procesos acusatorios en los que, por obvias razones la carga de la prueba compete exclusivamente a los sujetos activos y pasivos del proceso.

En este tipo de procesos (nos referimos a los indicados en el preci-

(5) Fenech, Derecho Procesal Penal, T. 1, Pág. 83.

(6) "Compendio de Derecho Procesal Penal" P. 219.

tado Art. 428 C.P.P.) como remarca Edmundo Durán Díaz (7) "*Al Estado no le interesa la investigación ni la represión, sino cuando el particular afectado acude en demanda en justicia*", señalando las siguientes características principales de dicho sistema:

- 1º El juicio sólo puede iniciarse mediante una acusación formulada por una persona determinada.
- 2º El juez conduce la investigación a instancia de las partes; no tiene libertad para ordenar de oficio la práctica de pruebas.
- 3º) Se respeta la libertad del acusado hasta la sentencia definitiva".

Agréguese que en los procesos a que se refiere el Art. 428 del Código Procesal Penal y que éste impropiaemente denomina "**De los delitos que sólo pueden juzgarse mediante acusación particular**", la ficción legal de que no interesan a la sociedad, hace que se elimine a su representante, el Ministerio Público.

Por último a diferencia de los procesos penales ordinarios (pesquisables de oficio, como dicen los prácticos) los acusatorios pueden concluir por abandono, desistimiento, remisión de la parte ofendida, transacción o cualquier otra forma permitida por la ley. (Art. 433 C.P.P.).

Sistema Inquisitivo.- De la vieja concepción romana -que el delito era una ofensa al particular- se pasó a considerarlo como una ofensa al Rey, hasta que la lenta evolución del Derecho Penal devino en la noción moderna que conceptúa al delito como una ofensa a la sociedad, reservando la idea de que sólo se ofende al particular para los ya mencionados delitos cuyo ejercicio de acción es privada.

El término "inquisitivo" deriva de Inquisición, en reminiscencia al tenebroso Tribunal del Santo Oficio que en el nombre de Dios en la España de los siglos XV y XVI envió a la hoguera mas herejes y judíos que el llamado holocausto.

Se afirma que nació en el siglo XVI -a resultas de la decadencia del sistema acusatorio- en el seno de la iglesia católica, para ser precisos en el reinado del Papa Inocencio III.

(7) "Manual de Derecho Procesal Penal" Pág. 20.

El Dr. Durán (ob. cit.) sintetiza aquel sistema conocido como "inquisitivo puro" –bastante diferente del actual a resultas de la evolución de los tiempos y las ideas– del siguiente tenor:

- 1° Las funciones de juez y acusador se confunden en una sola persona.
- 2° El juez tiene absoluta libertad para ordenar las pruebas que considere necesarias, para rechazar las que estime impertinentes y para evaluarlas a su arbitrio.
- 39 El proceso es escrito y secreto; al acusado se le notifica solamente la sentencia. (8) (9).
- 4° Se puede privar de la libertad al sospechoso antes de la sentencia.
- 5° Se autoriza el tormento para obtener la confesión del acusado. (10).

El Dr. Víctor Lloré Mosquera (ob. cit. P. 46), sintetiza admirablemente las principales diferencias entre los sistemas acusatorios e inquisitivo.

"Mientras en el sistema acusatorio todo el proceso se desarrolla a base de la absoluta igualdad de las partes, en el inquisitivo se permite, en veces, la instrucción secreta que coloca al imputado en una situación de absoluta desigualdad con relación a la acusación.

El veredicto se fundaba en el sistema acusatorio en el libre conven-

-
- (8) Sugiero leer el "PROCESO" de Franz Kafka, obra maestra en que el personaje central llega a su completa aniquilación síquica sin enterarse siquiera del motivo de la acusación. Las escenas respecto a la impotencia de los abogados frente a los jueces son insuperables para captar en toda su dimensión la crueldad de éste sistema.
 - (9) La ley de jurados promulgada en nuestro país en 1848, disponía el secreto de la denuncia, bajo amenaza de enjuiciar a jueces y fiscales que violaran el secreto. Esta reserva se conservó hasta el Código de Enjuiciamiento de 1920, desapareciendo en el Código de Procedimiento Penal en 1938. Como dato ilustrativo anotamos que en el sistema procesal penal chileno el sumario es absolutamente secreto y en el argentino, el plenario es escrito, como lo fue entre nosotros desde la última dictadura militar hasta la entrada en vigencia del actual Código de Procedimiento Penal.
 - (10) Nuestros jueces tácitamente ordenan el tormento cuando encargan a la Policía investigar a los sospechosos. El tormento a nivel de OID ha disminuido pero no desaparecido. En Interpol se mantiene casi al mismo nivel.

cimiento de los jueces que eran de carácter popular y libremente recusables, mientras que en el inquisitivo las decisiones se expiden a base de pruebas legales (11) y por tribunales de carácter técnico.

Pero la diferencia fundamental que separa definitivamente los sistemas consiste en la autonomía de la prueba.

Si el juez está investido de poderes propios para instruir el proceso, buscar las pruebas y ordenar su asunción, el principio es inquisitivo. Si los elementos probatorios que requiere el juez para formar su convencimiento e invocarlos como base de la sentencia quedan a juicio de las partes, el sistema es acusatorio".

Para el Dr. Zavala Baquerizo (Ob. cit., T. I, P. 90 y sgts. 4^a Edición) *"El sistema inquisitivo comienza por relegar al olvido aquel principio de que no hay proceso sin acusador. Se llegó al extremo de admitirse hasta la denuncia anónima para perseguir a las personas"*.

"El proceso, por este sistema, se convierte así en la práctica misteriosa de hechos; se implanta el sistema escrito y secreto; el juez recibe las declaraciones de los testigos sin que el acusado llegue a saber los nombres de estos testigos ni cual el texto de sus testimonios".

"El juez no es un sujeto procesal imparcial, un investigador sincero de la verdad: es un enemigo del acusado".

-
- (11) El ruso A. Vishinki en su admirable "TEORIA DE LA PRUEBA", (Pág. 132) nos da desde la óptica marxista su peculiar punto de vista sobre el sistema inquisitivo y su base de sustentación las pruebas formales (tarifadas). La circunstancia que Vishinki fuera el Fiscal que en los días de las purgas estalinianas solicitó la muerte o el destierro a Siberia de millares de sus compatriotas, no resta valor científico a su célebre obra, irónicamente cargada de profundo humanitarismo. Dice así el renombrado jurista ruso: "En 1790, la Asamblea Constituyente de Francia se manifestó contra la teoría de las pruebas formales. El proyecto de reformas presentado por Duport, proponía suprimir el procedimiento escrito con sus pruebas formales y basar el proceso únicamente en la convicción íntima de los jueces. Se puede juzgar hasta que punto estaban arraigadas las viejas concepciones, por el hecho de que la propuesta fue impugnada por algunos diputados. Así, Prugnon, interviniendo contra Duport, adujo que sin pruebas formales, la causa quedaría abandonada a la arbitrariedad de los jueces. La prueba –decía Prugnon– residirá, pues en la percepción individual de cada jurado. En este problema vaciló también Robespierre, que propuso un término medio para resolverlo. Hay que resumir –decía Robespierre– la confianza debida a las pruebas legales con la que merece la convicción íntima del juez".

"No había mejor premio, para el inquisidor que la confesión del acusado y por eso buscaba esa confesión por medio del tormento".

"La denuncia o delación era obligatoria, aun en contra de los parientes más próximos".

"Se ocultaba el nombre de delatores y testigos del caso".

"La indagatoria del imputado recibida bajo juramento y refinados tormentos se constituye en el eje central del procedimiento, éste se tornó totalmente escrito y secreto; la defensa del reo se hizo ilusoria, pues si bien el juicio se efectuaba ante un defensor, éste no conocía ni el nombre de los testigos".

A simple vista se observa que en este sistema la carga de la prueba es asumida únicamente por el inquisidor (antigua versión del moderno instructor) mientras el acusado durante la instrucción no soportaba carga probatoria alguna.

Según el mismo Dr. Zavala Baquerizo (ob. cit. T. II, p. 8) **"Cuando la humanidad avanza por el lento camino del progreso, el sistema inquisitivo reemplaza al acusatorio y con ello el sistema de valoración de la prueba se hace imperativo al surgir el sistema legal o formal para dicha evolución"**.

Como estas palabras pueden mover a confusión, aclaramos que lo que quiere significar el notable procesalista ecuatoriano es que ese sistema inquisitivo, de tan funestos recuerdos significó en su época un avance, pues puso freno a la arbitrariedad de la justicia feudal hasta entonces en manos de la nobleza. (12).

Por ello al concluir sobre la prueba tasada es necesario insistir que aunque suene paradójico, fue en su tiempo un freno a la omnipotencia del inquisidor.

Por ello magníficamente Florián dice: **"Que mas que una coerción a**

(12) Jeremías Bentham, refiriéndose al sistema inquisitivo expresó que con él: **"Los procedimientos han dejado de ser un juego de azar o escenas de juglerías; los lógicos han reemplazado a los exorcistas y a los verdugos; el hombre vigoroso que había defendido cien injusticias con el hierro en la mano, no se atreve a afrontar, en presencia del público, las miradas inquisitorias de un juez"**. (Tratado de las Pruebas Judiciales, T. I, Pág. 45).

la conciencia del juez, parece una eficaz protección del imputado frente al juez".

Cuando el monarca arrebató a la nobleza el derecho a administrar justicia, estatuyó reglas precisas de valoración de las pruebas, las llamadas pruebas legales, formales o tarifadas que se caracterizan por establecer en la ley un valor prefijado.

Como la ley predetermina el valor de las pruebas, el juez es un esclavo de ellas o si queremos suavizar el término, un autómatas al que se le indica la conclusión a que mecánicamente debe llegar, aun en contra de su convicción.

Es decir aunque el Juez llegue a un convencimiento contrario de lo que indican las pruebas, obligado por la tarifa de valores que la ley señala, debe fallar conforme a éstos aun en contra de su conciencia.

En el sistema inquisitivo como ya lo hemos indicado lo fundamental es la confesión del acusado, arrancada generalmente por medio del tormento.

Igualmente primaba el discrimen en razón de la cuna, el sexo o el oficio. Por ejemplo en la prueba testifical la declaración de un hombre valía más que la de la mujer, la del aristócrata más que la del plebeyo y la del religioso más que la del seglar.

Como bien apunta el Dr. Zavala (ob. cit., Tomo II): "Por el solo hecho de pertenecer a una clase se adquiría también la cualidad de honesto, honrado y virtuoso; en cambio, que el ser miembro de otra clase, de la "inferior", lo hacía poseedor de los vicios que, por su naturaleza especial, no podían radicarse en los de la clase superior".

Pero ya por la primera mitad del siglo XIX, el sistema inquisitivo y la prueba formal habían caído en total descrédito por lo que contra ellas se alzaron los grandes juristas de su tiempo y los pensadores de la ilustración francesa.

Por ejemplo el Marqués de Beccaría, en su famoso opúsculo "**Del Delito y de la Pena**", especie de toque a rebato de la justicia y con el que

prácticamente se inicia el período humanitario del Derecho Penal, combatió a la prueba tasada con el siguiente argumento:

"Si para investigar un hecho delictivo se requiere habilidad y destreza, si para exponer los datos procurados por la instrucción se necesita claridad y exactitud de expresión, para juzgar del resultado mismo, no hace falta más que un simple y normal buen sentido, menos falaz que un legista, habituado a ver en cada procesado un culpable, y que se limita a aplicar formalmente un precepto aprendido de memoria en la escuela".

En el comentario del marqués de Beccaria se perciben ya los lineamientos de la íntima convicción que reemplaza al sistema de la prueba tasada o formal.

Ese pequeño gran libro motivó que la revolución francesa sustituyera el sistema inquisitivo por el de los jurados populares y a las pruebas legales por la íntima convicción, valoración de la prueba totalmente distinta a la de su antecesora.

Pero el sistema de la íntima convicción, también tiene sus bemoles; por ejemplo se le acusa de que "juzga mas por sentimiento que por razón".

Conozcamos la opinión del francés Garraud —citado por el Dr. Zavala— (ob. cit. T. II, P. 17) sobre este tópico: **"Es un error creer, en efecto, que para formar su ínfima convicción, el jurado debe adherir a impresiones sentimentales y superficiales, y que no tenga necesidad de entregarse a un análisis atento y razonado de los hechos y de las circunstancias de la causa.** La libre convicción o certeza moral significa una sola y misma cosa: la exclusión de la certeza o prueba legal, es decir, la exclusión de un sistema de criterios artificiales, destinados **a medir anticipadamente el valor de cada elemento de prueba. Pero el jurado no debe juzgar por sentimiento o por vagas impresiones; debe formar su convicción por un trabajo de reflexión y de conciencia y someterse el mismo a las reglas de la lógica y de la dialéctica naturales".**

En definitiva —decimos nosotros— la íntima convicción se fundamenta en que el juzgador no está obligado a someterse a ninguna valoración preestablecida ni a expresar las razones por las que llegó a su veredicto.

El Art. 342 del Código de instrucción criminal francés decía: "**La ley no pide** cuentas a los jurados de los medios por los cuales han llegado a formar su convicción, no les prescribe ninguna clase de reglas de las que **deban hacer depender especialmente la plenitud y suficiencia de una prueba**; sólo les exhorta a preguntarse a sí mismos **en el silencio** y recogimiento, y buscar en la sinceridad de su conciencia, que impresión han **producido en** su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los **medios de su defensa**.

La ley no les hace sino esta sola pregunta, que encierra toda la medida **de** los deberes de los jurados: Tenéis una íntima convicción? **Lo que no deben perder de vista es que la deliberación ha de contraerse únicamente a los hechos acusados; y faltarían a su principal deber si, teniendo a la vista las leyes penales, consideráren las consecuencias que podrían traer respecto del acusado la declaración que tienen que dar. Su misión no se contrae a la persecución y castigo de los crímenes, sino a decir, si el acusado es o no culpable del crimen que se le imputa"** (13)

Hermoso principio que pasó con variaciones que no cambian su espíritu a la mayoría de los códigos procesales democráticos, incluido el nuestro, y se constituyó en el sistema de evaluación de los jurados populares o de conciencia, conservándose la bellísima admonición con respecto a los Tribunales del Crimen (14) que en el Ecuador reemplazaron a los jurados populares, desapareciendo al instaurarse los actuales Tribunales de lo Penal que evalúan la prueba según los principios de la sana crítica. (Art. 64 C.P.P.).

Pero pronto se cayó en cuenta que la íntima convicción tampoco constituía el "non plus ultra" de la justicia.

Como decía Eduardo J. Coutore, bajo la íntima convicción el juez ad-

-
- (13) **Hasta 1928 rigió en nuestro país el sistema de los jurados populares integrado por 7 miembros elegidos por sorteo de entre los treinta que anualmente escogía el Concejo Cantonal.**
- (14) **Aún recuerdo trémulo de emoción mi primera defensa en los llamados Tribunales del Crimen, cuando el Presidente, con todos los presentes de pie, desgarraba el silencio al tomar juramento a los vocales del tribunal, tras leer solemnemente una similar invocación.**

quiere **"El convencimiento de la verdad con la prueba de autos y aun contra la prueba de autos. Casi podría decirse una dictadura judicial inconveniente y peligrosa"**.

Precisamente para atemperar los extremos de los dos sistemas anteriores, surgió la fórmula que podríamos calificar de ideal, la sana crítica, que no se fundamenta en reglas fijas e inmutables ni en la libertad absoluta e ilimitada del juez.

"Es el método más eficaz, como que está fundada en el razonamiento de acuerdo con las reglas de la lógica y los principios de la ciencia, la moral y la experiencia" (Lloré, ídem 114).

Como veremos poco después, al sistema mixto que surge con la revolución francesa en oposición al inquisitivo, generalmente corresponde la evaluación de la prueba a la luz de la sana crítica, que no es otra cosa que la misma libre convicción más la obligación del juez de fundamentar su decisión al amparo de la lógica, la sicología y la experiencia, características por las que se le denomina también de la libre convicción razonada.

Así como el sistema de la tarifa legal concede al juez elementos objetivos para formar su convicción; en la libre convicción se apoya en medios preferentemente subjetivos; podemos decir que en la sana crítica la convicción del juez fluye del concurso de elementos objetivos y subjetivos.

El juez ya no es un mero aplicador de la ley como en la tarifa legal, pero tampoco es un árbitro de su propio convencimiento como es la libre convicción.

Por eso se lo considera y es también nuestra opinión el mejor de los tres sistemas de evaluación de la prueba.

Sistema Mixto.- Las crueldades e injusticias del sistema inquisitivo motivaron que los vientos revolucionarios desencadenados por la ilustración francesa arreciaran también sobre el sistema procesal penal.

Porque como ya ha quedado dicho fue precisamente la Francia inmortal la que inició la revolución del procedimiento judicial. El espíritu

de la revolución inspiró la redacción del Código de Instrucción Criminal de 1808 –más conocido como el Código de Napoléon– cuya influencia aún no ha desaparecido y es la fuente del "sistema mixto".

A este respecto Florián (15): *"La forma mixta tuvo su origen y se aplicó por primera vez en Francia. La revolución francesa barrió con la forma inquisitoria, porque de ella quedaba solamente en ese entonces lo que tenía de inicuo y de odioso. Sin embargo, no se hizo tabla rasa de todo.*

La asamblea constituyente francesa echó las bases de una forma nueva, que distingue el proceso en dos fases: en una primera fase, la de la instrucción, todo procede secretamente y está en las manos del juez; en una segunda fase, la del juicio, todas las actuaciones se realizan públicamente ante el juez, con la controversia de la acusación y la defensa, y dentro de un régimen de publicidad. Esa forma fue consagrada en el Código de Instrucción Criminal (1808) y se difundió rápidamente en los códigos modernos. Sin embargo, las nuevas corrientes progresivamente fueron modificándola más o menos, hasta el punto de que, por ejemplo, el Código francés mismo admitió más tarde la defensa en el período de instrucción.

Hoy las dos formas típicas se reflejan juntamente aun en la ejecución, y hasta puede aceptarse que el principio de la posibilidad de controversia, así sea en la forma escrita, tiende a afirmarse cada vez más".

Como bien dice, el Dr. Zavala (ob. cit. p. 104) "El sistema mixto no trata de ser una síntesis de los dos sistemas, esto es, acusatorio e inquisitivo; es simplemente una mezcla de instituciones de uno y otro sistema que, en orden inverso a su formación histórica, esto es, primero inquisitivo y luego acusatorio, se plantea".

Nuestro sistema procesal penal es mixto por antonomasia; predominantemente inquisitivo en el sumario y predominantemente acusatorio en el plenario, por lo que, repetimos el criterio de Eugenio Florián ("De las Pruebas Penales", T. I, P. XXX) por coincidir con el sistema ecuatoriano: "En el sistema nuestro procesal predomina la forma mixta, pues su

15) "De las Pruebas Penales", T. I, Pág. XXIX.

primera fase se funda esencialmente en la forma inquisitoria (instrucción) y la segunda se basa esencialmente en la forma acusatoria (judicial).

Sin embargo, la primera fase, esto es la instrucción, que comprende todo lo que precede al juicio, lleva el sello de la forma inquisitoria, pero no de modo exclusivo, pues admite elementos acusatorios".

El sumario ecuatoriano **es inquisitivo en tanto no requiere de acusación particular, fiscal o denuncia para su instauración.**

El juez está obligado de oficio a iniciarlo cuando tuviere noticias del cometimiento de una infracción cuyo ejercicio de acción **sea público**, sin tener que esperar estímulo alguno.

También por ser preponderantemente escrito y por el papel del instructor a quien compete el acarreo de indicios que conduzcan al cumplimiento de los fines del sumario: comprobar la existencia de la infracción y la individualización de los partícipes en la misma. Igual por **autORIZAR** la prisión preventiva del sindicado (Art. 177 C.P.P.), etc.

Por el contrario, es acusatorio en tanto lo dominan el principio **de la** publicidad (pues en él todo es abierto y público) y también los principios de la oralidad y contradicción.

DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CIVIL Y PENAL.

"El delito es un trozo de camino, del cual quien lo ha recorrido trata de destruir las huellas.

Sucedo lo contrario de lo que ocurre, normalmente, en cuanto al contrato: cuando uno compra, y tanto más si la cosa tiene valor importante, conserva, por lo general mediante un documento la prueba de haber comprado; cuando roba, destruye, lo mejor que puede las pruebas de haber robado".

*"En el proceso civil no pocas veces los hechos se **presentan** a plena luz; en el proceso penal, casi siempre se ocultan en la oscuridad.*

Las palabras anteriores impregnadas de la claridad que le era típica, pertenecen a Carnelutti y constan en su maravilloso opúsculo "**Las Miserias del Proceso Penal**", (P. 72).

Con ellas el gran procesalista italiano traza la línea demarcatoria entre la prueba civil y penal.

Por otro lado en las adiciones al célebre "**Tratado de la Prueba en Materia Criminal**" de K. Mittermaier, se reproduce la opinión de Florián respecto a las siguientes diferencias entre ambas pruebas.

- 1º *La potestad autónoma del Juez es mayor en la prueba penal, mientras que está ausente la facultad de disposición de las partes. En el ámbito civil predomina, por el contrario, la voluntad de las partes.*
- 2º *Aunque el fin genérico de las varias pruebas en los dos procesos sea siempre el descubrir la verdad, ésta trata de conseguirse de modo diverso en la prueba penal y en la prueba civil.*
- 3º *El contenido, por ejemplo, del documento, de la confesión del imputado y de la prueba pericial presenta diferencias fundamentales en materia procesal penal y procesal civil.*
- 4º *La estructura externa del proceso ha de ser distinta no sólo por la existencia de plazos y de procedimientos probatorios, sino por los principios que se han de seguir, como son los de oralidad, inmediatez, etc.*

Para el Dr. Lloré Mosquera (ob. cit. P. 109): "*el axioma civilista: quien afirma un hecho está obligado a su prueba carece de total vigencia en el proceso penal*".

"El objeto de la prueba en lo civil es sólo el hecho controvertido. Sobre lo que es materia de conformidad no hay necesidad de prueba.

Regla completamente diversa opera en lo penal. La confesión del sindicado no libera al juez de la obligación de investigar lo que constituye el motivo del juzgamiento.

En lo civil, la prueba –excepción hecha de la facultad jurisdiccional de ordenar de oficio la práctica de diligencias probatorias– en gene-

ral se la reporta sólo durante el término al efecto señalado por el juez o por la ley.

En el proceso penal la prueba es recogida desde antes de la iniciación de la acción, en el período previo; en el sumario, en el debate, en cualquier momento anterior a la sentencia si el juez así lo requiere y aún con posterioridad a ella en caso de que sea posible la revisión de la sentencia afectada de error".

Hemos reseñado las diferencias entre las pruebas civiles y penales no por mostrar una erudicción que no poseemos sino por la tendencia en nuestro medio a mixtificarlas e impropriamente introducir en el proceso penal pruebas trasladadas desde el ámbito civil, dándoles a aquella valoración e importancia inadecuadas, pues la carga y evaluación de la prueba son diferentes en los procesos civiles y penales.

Es decir, si el sentido de la carga y el objeto de la prueba son disímiles en ambos procesos, cómo homologarlos cuando pasan de uno al otro.

Por ejemplo, la prueba testifical respecto al otorgamiento de un documento privado o un título ejecutivo constantes en un juicio civil jamás tendrá la misma fuerza probatoria en un proceso penal sobre estafa o falsificación documental.

El Sumario.- Es la etapa exclusivamente investigativa del proceso penal ecuatoriano, pues busca comprobar técnicamente el hecho criminoso, identificar a sus partícipes y asegurar mediante medidas cautelares personales (auto de prisión Art. 177 C.P.P.) y reales (secuestro, prohibición de enajenar o retención, Arts. 170, 171, 200, 201, 202) el cumplimiento de la sentencia en el evento de que fuese condenatoria.

El Art. 215 del C.P.P. dice: "**En el sumario se practicarán los actos procesales** necesarios para comprobar la existencia del delito; así como para individualizar e identificar a sus autores, cómplices y encubridores"

En síntesis, el sumario sirve para preparar el plenario, (16) pero

(16) "Durante el sumario se averigua y durante el juicio (plenario) se verifica o comprueba", "Tratado de Prueba en Materia Criminal" de Mittermaier, P. 56.

acaso su más noble tarea estribe en eliminar a los inculpados sin indicios graves de participación en el delito, evitándoles el drama del proceso porque como patéticamente señalara Carnelutti:

"Desgraciadamente la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente hace sufrir a los hombres porque son culpables, sino también para saber si son culpables o inocentes" (17).

La naturaleza pesquisidora del sumario motiva que algunos consideren que su trámite debe competir exclusivamente a la Policía o al Ministerio Público. (18)

Así, opina Santiago Sentís Melendo: "Mientras el juez de instrucción sigue pistas, observa vestigios, para tratar de averiguar lo que ha ocurrido, está realizando una labor que nada tiene **de judicial, sino de policial**".

El Dr. Víctor Lloré Mosquera, argumentaba por su parte, que el sumario: "**Debe ser** una etapa relativamente corta "sumario" –**como su nombre lo indica**– de preparación para el plenario, libre de incidencias o **actuaciones innecesarias**". (19)

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL SUMARIO.- Puesto que el Art. 215 del Código de Procedimiento Penal, dispone que: *"En el sumario se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar la existencia del delito, así como para individualizar e identificar a sus autores,*

(17) "Las Miserias del Proceso Penal", Pág. 75

(18) En la exposición de motivos del proyecto de Código de Procedimiento Penal preparado por la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en colaboración con el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuentes (ILANUD) leemos lo siguiente: "La principal falla del actual sistema está en la etapa del sumario, donde el juez penal ni puede ser un verdadero investigador, ni puede ser un juez que proteja las garantías procesales durante la investigación. Esta doble atribución de funciones, propia del sistema inquisitivo, que perduró a pesar de las grandes reformas del Código Napoleónico, es la que distorsiona, en gran medida, todo el sistema procesal.

En el Art. 29 de dicho proyecto, se reserva el ejercicio de la acción penal pública (pesquisable de oficio, dice el proyecto) exclusivamente al Ministerio Público, a quien corresponde la investigación del delito antes de proponer el caso al órgano jurisdiccional penal.

(19) "Compendio de Derecho Procesal Penal", Segunda Edición, P. 188.

cómplices y encubridores" es obvio que la prueba sumarial principalmente apunta a realizar aquellos objetivos.

El instructor de "Motu Proprio" o a petición de las partes (Fiscal, acusador particular) deberá acumular indicios, suficientes para probar la existencia de la infracción e identificar a los partícipes.

También lo contrario, principalmente cuando lo solicite la defensa del sindicado.

En definitiva, aceptará o rechazará -según su libre opinión- practicar las pruebas que soliciten el Ministerio Público, la Acusación Particular (si la hubiere) y la defensa del sindicado.

Cabe resaltar que el indiciado litiga bajo la presunción constitucional de inocencia, y que no es ésta, sino la culpabilidad la que se prueba, pues como bien recuerda el Dr. Zavala Baquerizo (ob. cit. P. 26): *"No se puede partir de aquel superado principio de que aquel que no prueba la inocencia frente a la acusación es porque es culpable, ya que la inocencia se la presume presente hasta que se pruebe lo contrario, esto es, la culpabilidad"*. (20)

Dicho de otra manera, en razón de que el sumario es un juicio de disvalor sobre el acto y el plenario un juicio de disvalor sobre el autor, es en esta última etapa del proceso donde debe probarse la culpabilidad, como lo veremos al referirnos a la carga de la prueba en el plenario.

Pero eso no significa que la defensa del imputado deba permanecer estática, pues si bien la carga de la prueba en el sumario compete al instructor y a los acusadores oficial y particular, (si lo hubiere) la defensa

(20) **"Pero lo dicho anteriormente, no quiere decir que en la etapa del sumario al sindicado le esté vedado introducir y practicar las pruebas que creyere conveniente a favor de su defensa. Pero esto lo hace para robustecer la situación de inocencia en que se encuentra y desde cuyo plano actúa en el proceso, pero en ningún caso como una necesidad jurídica urgente, impulsado por aquel aforismo inhumano que expresa que "el que no prueba la inocencia frente a la acusación es porque es culpable"**.

Bien decía Montesquieu que "si hubiera sido acusado de haber intentado robar las torres de Notre Dame de París, hubiera empezado la defensa huyendo". (Zavala ob. cit., Tomo II, Pág. 31).

del sindicado deberá moverse conforme los indicios que aquellos introduzcan, oponiendo pruebas de descargo (21) salvo el caso que instructor y acusadores no se interesen por cumplir los objetivos del sumario, conyuntura en que la defensa debe permanecer estacionaria aunque atenta y vigilante.

El Dr. Zavala Baquerizo (ob. cit., T. II, Pág. 27-28) dice: "El juez debe hacer la investigación integral y para eso la ley le concede facultades suficientes; pero las partes activas deben probar que el delito existió y que ese delito está directamente relacionado con el acusado. Si no lo hacen, se exponen a una declaración de maliciosidad por no haber probado el objeto de la acusación" (Art. 494 C.P.).

Hernando Devis Echandía, sostiene: "En lo penal puede decirse que opera, en consecuencia una carga de la prueba, contra el Estado representado por el juez y a favor del sindicado, en cuanto a los hechos constitutivos del delito, y también de carga de la prueba para el sindicado respecto de los hechos exculpativos del delito, e, inclusive, atenuantes de su responsabilidad y de la pena, en el sentido de que si bien el juez y el ministerio público deben procurar su prueba oficiosamente, aquél corre el riesgo de que si no la obtienen por falta de colaboración suya, no serán tenidos en cuenta para el fallo que lo perjudicará, a pesar de que existan.

El principio *in dubio pro reo* sustituye el de la carga de la prueba en el primer caso, pero no en el segundo; más, sin embargo, lo complementa, puesto que bastará que la prueba del hecho exculpativo o atenuante de la pena suministre la duda sobre la existencia, para que sea necesario absolverlo". (Devis Echandía, Tratado de Derecho Procesal Civil, T. V. Pág. 452).

Podríamos resumir las principales pruebas de cargo —que juez y acusadores, deben introducir en el sumario— en las siguientes:

1^o) Que la infracción realmente existió;

(21) Por pruebas de cargo se conoce a las pruebas de los hechos e incumben al acusador. Las de descargo serían las que presente el sindicado desvirtuando los hechos que le imputa la acusación.

2°) Individualizar a quienes participaron en la misma a título de autores, cómplices o encubridores;

3° Las causas y más factores que influyeron en la perpetración del delito;

4°) Las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se cometió el ilícito;

Las características personales del sindicado, (22) su conducta anterior, y posterior al cometimiento del delito; sus antecedentes judiciales y de policía, etc.

6° Los daños y perjuicios causados por el delito.

Ese arsenal de datos —o sus contrarios— que deben introducirse al sumario, se conocen como "indicios" y conraindicios.

Para una rápida comprensión de lo que significan los primeros, recordemos que indicio viene de "**INDEX**" (dedo que señala) y que no deben ser confundidos con la presunción, pues los indicios pertenecen al mundo físico y la presunción al mundo de las ideas.

Con gran precisión dice el Dr. Lloré (ob. cit., P. 175) "**El indicio es el dato desde el que se parte para construir el razonamiento lógico que se llama presunción**".

Otra excelente definición de indicio es la que trae DELLEPIANE: "**Todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho**

(22) En Inglaterra —que se cree posee la mejor justicia de la tierra— se mantienen ocultos los antecedentes del acusado, a fin de que no influyan en la decisión de los jurados, siguiendo el justísimo principio de que el reo puede haber cometido otros delitos, pero no aquel por el cual se le juzga".

conocido o debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido" (23)

La presunción se levanta a base del indicio (dato constante en el proceso) por ello no es aventurado afirmar que el indicio está en el proceso y la presunción (juicio lógico) en la cabeza del juez.

Mittermaier (ob. cit. 371) decía que: "un indicio **es un hecho que está en relación tan íntima** con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por **medio de una** conclusión muy natural. Por **eso son menester en la causa** dos hechos: el uno comprobado, el otro no manifiesto aún y que se trata de demostrar racionando del hecho conocido al desconocido".

Y nos trae el siguiente ejemplo: "en el lugar del crimen se encuentra un pedazo de vestido perteneciente a "A" (indicio) y de esto se infiere que "A" pasó por aquel sitio (presunción).

El conraindicio —según Framarino de Malatesta— **"es una prueba que se opone al indicio, que lo debilita"**.

(23) Vishinnski (opus, P. 209) dice: "En el proceso criminal es posible aplicar la deducción: la aplicación del principio general al caso particular, el juicio que va de lo general a lo particular. El otro método de la lógica, la inducción es también tan perfectamente admisible en la investigación judicial como lo es en la investigación científica. La inducción nos lleva de hechos conocidos a lo desconocido, de lo particular a lo general, como conclusión de lo conocido y particular.

Un ejemplo de aplicación del método deductivo en el proceso judicial: Los hombres intachables, que disfrutaban de buena reputación, son testigos fidedignos que merecen confianza. Una persona es intachable; su declaración ante el tribunal es tenida por verídica y goza de la confianza del tribunal. Dicha persona declara esto y aquello por haber sido testigo presencial del acto que se investiga. El tribunal admite su declaración como un hecho, como una prueba fehaciente.

Un ejemplo de aplicación del método inductivo en el proceso judicial. Al ciudadano "A" se le acusa de hurto. Los objetos robados han sido hallados *en* casa del ciudadano "A". El hurto de los objetos es un término conocido (a); el hallazgo de los objetos en casa del ciudadano "A" es otro término conocido (b); la culpabilidad del ciudadano "A" es la conclusión a+b.

Aplicando la inducción, es decir, la regla del razonamiento o prueba, parte de los hechos conocidos (a+b) para llegar al hecho desconocido (culpable del hurto), se puede inferir que el culpable es el ciudadano "A".

Sin embargo no es difícil adivinar, que ésta es una lógica puramente formal de la prueba, que no toma en consideración todos los demás datos posibles (c, d, e, f, ...) capaces de influir notablemente (y a menudo en sentido contrario) en las conclusiones finales.

Como bien se supone, una prueba contraprobada pierde fuerza en la evaluación del juez.

A vuelo de pluma criticamos la errática costumbre de ciertos profesionales de invocar como pruebas determinados textos de la ley por desconocer que el derecho no se prueba excepto cuando se trata de normas extranjeras. El Derecho se invoca pero no se prueba.

Otro vicio frecuente en nuestra práctica procesal penal lo constituye la impertinencia de determinadas pruebas, por lo que vale recordar que aquello (hechos o actos) sobre los que verse la prueba deben guardar relación con la materia del proceso (Thema Probandum). Suele decirse que la prueba es impertinente cuando pretende probarse un hecho que aun demostrado, no serviría para influir en la decisión del asunto.

El Plenario.- Llamado indistintamente: debate, gran juicio, verdadero juicio, juicio oral, juicio de culpabilidad o reproche, etc., es la continuación del sumario.

Su meta es condenar o absolver a quienes el sumario le entrega como acusados, pues "Tiene por fin —afirma Guarneri, citado por el Dr. Lloré— utilizar el material acumulado en el sumario, depurarle y vaciarle **en el crisol de la discusión**".

Para Manzini: "**En el debate** (plenario entre nosotros) **se lleva** a cabo la instrucción oral, cribando y completando las resultancias de la instructoría anterior. Las partes que en él intervienen, tienen la máxima **libertad de prueba** y de discusión; y el juez tiene una función prevalentemente pasiva, a diferencia de lo que ocurre en la instrucción". (24).

Para el Dr. Zavala Baquerizo: "El plenario, pues, por **lo general, es una etapa del proceso penal que presupone las etapas del sumario y la intermedia**". "**Por tal razón es que si no se cumplen con las finalidades del sumario (comprobación de la existencia del delito e identificación de la existencia del mismo) el proceso no puede continuar, esto es, no pasa del sumario al plenario**". "**Podemos concluir, entonces, que la etapa del plenario del proceso penal ecuatoriano es la que tiene por objeto el juicio**

(24) Tratado de Derecho Procesal Penal, (Tomo IV, Pág. 390).

de atribuibilidad basado en una acusación legalmente formulada y notificada, que tiene por finalidad establecer la culpabilidad del procesado".

"Si la etapa del plenario no cumple esa finalidad, entonces el proceso no puede cumplir su fin inmediato que es el de imponer la pena al procesado". (Opus, IV, Pgs. 22-25).

En nuestro sistema, el juicio oral arranca con el auto de llamamiento a juicio plenario (Art. 253 C.P.P.) en el que el Juez declara que el sumario cumplió sus ya conocidos objetivos: la comprobación jurídica de la existencia del delito y la individualización e identificación de los partícipes en el mismo, por lo que dispone el pase al plenario.

El mismo Dr. Zavala Baquerizo, expresa que en el auto de llamamiento a juicio plenario *"El juez hace una declaración de certeza de la existencia del delito y de su adecuación típica y una declaración presuntiva de culpabilidad en el sentido de que la persona que fue sindicada dentro del sumario se presume sea autora, cómplice o encubridora del indicado delito"* (ob. cit. T. IV, 1^a Edición, Pág. 168).

Nosotros agregamos que el instructor no puede hacer la declaración de certeza de la culpabilidad, porque ésta no es de su incumbencia sino del Tribunal de lo Penal, ante el que se la ventila.

Así como dijimos que a nuestro sumario no puede catalogárselo como inquisitivamente puro, del plenario decimos lo mismo, pues en éste, el juzgador tiene —en determinados momentos— que descender de su pedestal de simple observador y disponer la práctica de ciertos actos procesales, circunstancia típica del procedimiento inquisitivo.

Pero esas excepciones no opacan el protagonismo de las partes activas y pasivas que en el plenario adquieren —utilizando el argot cinematográfico— la categoría de estrellas, mientras a los jueces corresponde la de actores de reparto, aunque al final del drama, al resolver, sus figuras alcanzan posiciones estelares.

Dice el Dr. Lloré que **"La sustanciación del plenario en la mayoría de las legislaciones se lleva a cabo en proceso oral porque, el procedimiento penal moderno ante los tribunales de sentencia está inspirado en**

los principios de publicidad, contradicción y oralidad, conquistas definitivas del Derecho de nuestros días".

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PLENARIO.-

"A nadie escapa que nuestro juicio oral no es un verdadero juicio que en él no se produce prueba sino que se incorpora, prácticamente la prueba producida durante el sumario, sin control de las partes, sin publicidad, sin inmediación". (25).

En la crítica anterior yace sintetizada la razón de ser del presente trabajo, pues en las audiencias públicas que he intervenido, a la izquierda o a la derecha del Tribunal, reparé que se reducen a la cansina lectura de lo actuado en la etapa intermedia: formalización de la acusación, dictámen fiscal, contestación del defensor del procesado, auto de apertura del plenario y, dentro de la fase probatoria, la repetición de las pruebas sumariales, principalmente de la testifical.

El momento "crucial" llega cuando con voz engolada el Fiscal impugna y redarguye de falso todo lo adverso y solicita la reproducción de lo favorable...? como si se lo tratara de un proceso civil.

En definitiva, el plenario ecuatoriano no cumple su función —en cuanto a pruebas se refiere— vicio que pone en riesgo la permanencia de los Tribunales de lo Penal, pues no se justifica su existencia con la lectura de lo acaecido en el sumario.

Con el propósito de que nuestras audiencias dejen de ser somnolientas sesiones y jueces y partes meros oidores de los secretarios "relatores", decidí escribir este ensayo.

Ahora bien, como el plenario es el juicio de la culpabilidad, debemos saber qué se entiende penalmente por ella, pues sólo así podremos conocer qué es lo que se debe probar y a quien corresponde —carga— hacerlo en esa suprema etapa del proceso penal ecuatoriano.

Antes recordemos que la comisión de un delito no es suficiente para

(25) "Proyecto de Código de Procedimiento Penal" de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Pág. IX.

imponer una pena, ya que previamente debe declararse culpable al acusado en obediencia al principio "NULLUM POENA SINE CULPA" (No hay pena sin culpa).

Debemos aclarar que consideramos al delito como un "acto típico y antijurídico", (26) separándonos del concepto tradicional que lo define como un "acto típico, antijurídico y culpable".

Es decir la culpabilidad no pertenece al delito, más bien está fuera de él, siguiendo fielmente en este trascendental problema al maestro Zavala Baquerizo.

Existen dos teorías respecto a la culpabilidad: La Sicológica y la Normativa.

La primera se reduce a establecer la vinculación anímica entre agente y delito. Por ejemplo el sujeto quiso matar y mató (nexo causal síquico) lo cual basta si el sujeto es imputable (mayor de edad, normal) para declararlo culpable.

Esta teoría predominó hasta que se observó no servía para resolver sutiles problemas como el de la culpa inconsciente (culpa sin representación) en la que no existe enlace síquico entre autor y resultado, pues qué enlace sicológico existirá -verbigracia- entre el guardavía que se duerme y el choque de trenes que su sueño ocasiona?

A resultas de ese y otros problemas -que no es del caso aquí analizar- se optó por agregar al ligamen psíquico entre autor y resultado, un reproche por cometer el acto típico y antijurídico, pudiendo proceder a-

(26) Como ejemplo de *que* el delito no necesita de la culpabilidad para existir, tomemos el caso de un robo perpetrado conjuntamente por un menor de edad (inimputable) y un adulto (imputable).

En este caso, el delito no desaparece a pesar de la minoridad del primero, salvo que alguien se atreva a sostener que un mismo acto es delito (para el imputable) y no lo es (para el menor), pues sólo en la Filosofía las cosas pueden ser y no ser a la vez o en el teatro, como en el dilema de Hamlet.

En el ejemplo propuesto, el delito existe tanto para el imputable como para el inimputable, pero sólo el imputable puede ser declarado culpable, porque la imputabilidad (condiciones biosíquicas que hacen al sujeto capaz de pena) es presupuesto de la culpabilidad. Al menor se le impone una medida de seguridad, que en teoría no es lo mismo que la pena.

corde con la norma, reproche al que se denomina "exigibilidad de la conducta".

A contrario sensu, nada se reprocha al sujeto si se comprueba que al momento de quebrar la norma, le fue imposible cumplir su exigencia, ausencia de reproche que se denomina "inexigibilidad de otra conducta".

Esto es, en síntesis, la teoría normativa de la culpabilidad, que podríamos sintetizarla mediante la ecuación $C = VS + R$ (Culpabilidad igual vínculo psicológico **más reproche**).

Ahora bien, es menester aplicar una u otra para dilucidar qué se debe probar y a quién corresponde hacerlo en el plenario.

En el Ecuador predomina la teoría sicologista, lo que es fácil comprobar espectando una audiencia del Tribunal de lo Penal y leyendo los fallos de casación, lo que revela lo rezagados que nos encontramos en materia de conocimientos, pues la teoría normativa es de muy viejo cuño, la creó en 1907. Reinhardt Frank y se ha impuesto en todo el Derecho Procesal Penal de Occidente, excepto el sajón.

Pero ambas, la psicológica y la normativa se adecúan perfectamente a la teoría causalista del delito que considera a la culpabilidad como un género contentivo del dolo, la culpa y la preterintención (mezcla de dolo y culpa).

Es decir, la teoría causalista del delito, siempre conserva dentro de la culpabilidad al dolo y la culpa; aunque cause escozor a ciertos finalistas que reclaman la exclusividad de la teoría normativa, nacida varios lustros atrás del finalismo.

La teoría de la acción finalista practica en cambio un vaciamiento de la culpabilidad, ya que le arranca el dolo y la culpa y los transplanta al acto y al tipo, reduciéndola a la imputabilidad, la conciencia de antijuricidad y la exigibilidad de la conducta.

Como la teoría causalista considera a la imputabilidad presupuesto de la culpabilidad y siendo el plenario, precisamente el juicio de la culpabilidad, resulta innecesario en esta etapa probar la imputabilidad

Salvo que la imputabilidad o su reverso la inimputabilidad no hayan sido probadas o lo fueran insuficientemente en el sumario y surja la necesidad eventual de probar una u otra en el plenario.

Como el sindicado litiga bajo la garantía constitucional de inocencia —que no lo abandona hasta que exista sentencia condenatoria firme— no existe para el encausado la carga de probar su inocencia, de lo que deviene falso lo que dice el Art. 261 del Código de Procedimiento Penal: **"En la etapa del plenario se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar la responsabilidad o inocencia del procesado a fin de condenarle o absolverle"**.

Probar la inocencia, significaría aceptar la desprestigiada prueba negativa, de la que Manzini decía: "La prueba negativa, la demostración de inculpabilidad, no es posible de ordinario: el pretenderlo representa en la mayoría de los casos un absurdo lógico y una manifiesta iniquidad. Esto está tan sentido por la sociedad moderna, que al acusar sin pruebas, si concurre dolo, constituye el delito de calumnia y de cualquier modo representa un hecho ilícito que importa responsabilidad civil". (Y penal, agregamos nosotros).

Sobre éste tópico el Dr. Zavala Baquerizo (27) dice: "Lo dicho no quiere decir que le esté vedado al procesado introducir dentro de la etapa del plenario los actos procesales que ratifiquen su situación jurídica de inocencia, que fortalezca la misma. Lo que queremos decir es que el plenario no debe tener por objeto el practicar actos procesales para "comprobar" la inocencia del procesado porque no se puede partir de aquel superado principio de que aquel que "no prueba la inocencia frente a la acusación es porque es culpable", ya que la inocencia se la presume presente hasta que se pruebe lo contrario, esto es, la culpabilidad".

Dicho de otra manera lo que tiene que probarse en el plenario es el vínculo psicológico entre sujeto y resultado. Es decir que el resultado el agente lo provocó dolosa o culposamente, carga que corresponde al acusador particular y al Fiscal, pues no debe olvidarse que por ser el plenario un proceso acusatorio los jueces casi no aportan prueba alguna.

(27) El Proceso Penal, T. IV, P 20.

El Dr. Walter Guerrero Vivanco (28) dice: *"Si el agente Fiscal y el acusador particular se duermen en sus laureles y no actúan prueba en el plenario, puede el tribunal dictar sentencia absolutoria, si estima que no se ha probado plenamente la responsabilidad del procesado"*.

Como ya expresé, en las audiencias la parte acusatoria repite lo actuado en el sumario, principalmente la prueba de la existencia del delito, lo que es innecesario pues el sumario estableció para siempre que el delito existió.

Mientras —más por intuición que por conocimientos— intentan probar el nexo causal síquico, mediante testigos que suelen establecer la autoría del sujeto, sin que ello necesariamente signifique prueba de la relación causal síquica, sino de la relación mecánica entre sujeto y resultado.

Por ejemplo en el error esencial e invencible, que se suscita por ejemplo cuando un cazador mata a un hombre confundiéndolo con una pieza, no existe vinculación síquica entre el cazador y el resultado.

Según la naturaleza de la infracción tiene que probarse si el agente actuó con dolo o culpa y que no medió ninguna circunstancia que le autorizara quebrar la norma.

Por el contrario, corresponde a la defensa del acusado probar ya inexistencia de dolo, ya que la acción fue culposa cuando la infracción es dolosa; ya que la acción u omisión no encaja en el tipo penal en que se fundamenta el auto de llamamiento a plenario, o lo que es lo mismo, que no existe adecuación matemática de la conducta que se juzga al tipo penal, por ejemplo por la falta de un elemento normativo, de un elemento subjetivo de lo injusto, de un elemento descriptivo, etc.

Ello es de extraordinaria importancia, pues va en relación directa con la inexistencia del cuerpo del delito (Corpus Delicti) consistente en la adecuación del acto al tipo, según la teoría del Dr. Zavala Baquerizo, de gran aceptación dentro y fuera del Ecuador, teoría que desecha la vieja creencia de que el cuerpo del delito era la prueba material de la infracción, como el cadáver en el homicidio (objeto de la infracción) o el arma homicida (instrumentos o medios con los que se perpetró el delito).

Por supuesto que para elaborar defensas de aquella solera se requieren conocimientos técnicos que sólo se adquieren en los libros.

Como dice el Dr. Zavala B. (ob. cit. T. IV, P. 55): **"con mayor razón si el trabajo profesional en una audiencia pública es mucho mayor que el que puede desarrollar con calma, sin angustias, sin presiones, desde la comodidad de su gabinete de trabajo cuando se trata de la defensa escrita"**.

También Carnelutti alude a las emociones que se viven en una sala de jurados y de la necesidad de la defensa técnica: **"cualquiera que tenga cierta experiencia en cuestiones del proceso penal, sabe que para el acusado, y también para las otras partes, tan sólo la emoción les priva del dominio de sí mismos"** (29).

Por su parte Altavilla (30) expresa que: *"Muchas veces en la audiencia (el abogado) corre el peligro de verse derrotado ante una pregunta inesperada, ante una objeción del adversario. Y como no tiene la posibilidad de consultar o de meditación, debe tener conocimientos jurídicos que pueda utilizar, y debe conocer la más reciente jurisprudencia, pues una sentencia tiene sobre el juez mayor eficacia que la que puede significar la voz más autorizada. A esta preparación debe añadirse una más compleja: el abogado puede verse obligado a saltar de una cuestión jurídica a una peritación, y de un problema de contabilidad a una cuestión siquiátrica"*.

"Es una especie de talento adivinatorio, que se adquiere con la práctica asidua de tomar las cosas al vuelo, de comprender dónde está el lado débil o de asimilar los pensamientos ajenos, de adquirir los mismos fundamentos, de sintetizar y de aplicar".

En la misma obra de Altavilla (P. 998) *"No es fácil comprender en que consiste la asistencia de un abogado al debate público; acaso es una hora de angustia intelectual en que el cerebro se concentra en un esfuerzo de intuición, de adivinación. Una pregunta que se formule o se deje de formular a un testigo puede hacer que una causa se salve o se pierda"*.

A esta altura del discurso y especialmente para los estudiantes que

(29) "Lecciones del Proceso Penal", T. I, P. 163

(30) Sicología Judicial V. II, P. 980.

aspiren a la carrera de abogados penalistas, refiero dos anécdotas elocuentes respecto al ingenio y la astucia que a veces ha menester en esta profesión, anécdotas extraídas de las "Defensas Penales" de uno de los más célebres penalistas de todos los tiempo, Enrico Ferri.

El abogado Dupian había asumido tardíamente la defensa del Mariscal Ney, el legendario oficial de caballería de Napoleón.

Dupian intentó alegar la incompetencia de la justicia francesa para juzgar a Ney, sosteniendo que éste había nacido en territorios que el tratado de 1815 había arrebatado a Francia.

Apenas el abogado bosquejaba esta tesis, cuando el mariscal Ney lo interrumpió: *"No, señor –dijo poniéndose las manos sobre el pecho– yo soy francés y sabré morir por los franceses. Agradezco a mis generosos defensores cuanto han hecho y cuanto quisieren hacer, pero les pido que se callen antes que defenderme en esta forma. ¡Haré como Moreau y apelo a Europa y a la posteridad!". La impresión fue inmensa. Las palabras, la mirada, los ademanes del acusado acreditaron la nobleza de su arranque...*

Pero Dupian en sus memorias cuenta que tal escena fue ideada y concertada en el consejo de los defensores, cuando tenía perdida la esperanza, y que al Mariscal Ney no sólo se le hizo aceptar tal programa, sino que se le sugirieron hasta las mismas palabras, que éste escribió para pronunciarlos después en la audiencia pública".

La otra es una estratagema sugerida por el abogado Pilio a unos albañiles enjuiciados por una piedra que hirió a un transeúnte que no hizo caso a los gritos de ¡peligro! con que los albañiles lo alertaron.

"El defensor les aconsejó que no respondieran palabra alguna al juez que en la audiencia pública les debía interrogar. Y así lo hicieron uno a continuación de otro. Por lo cual el abogado, para solucionar el resentimiento del juez por tal actitud, declaró con acento conmovido que sus clientes eran todos sordomudos...

En aquel momento el querellante, sorprendido e indignado, de improviso prorrumpió y dijo: "No, no es cierto. Les oí gritar ¡peligro! ¡peli-

gro!... "En esa forma el abogado utilizó tan precisa confesión y los acusados fueron absueltos".

Los consejos del incomparable Ferri me traen a la memoria la figura señera y respetada del Dr. Carlos Puig Vilazar, de quien tuve la fortuna de ser alumno en los entonces venerados claustros de la única Facultad de Derecho que por entonces existía en esta ciudad, la de la Universidad de Guayaquil.

El Dr. Puig -leyenda viviente pues había sido actor el 15 de Noviembre de 1922, el de "Las Cruces sobre el Agua" de Joaquín Gallegos Lara -gustaba matizar sus exposiciones con anécdotas de su vida profesional, principalmente de sus batallas jurídicas con el Dr. Arroyo del Río, otro grande del foro nacional.

Después de enseñar el "truco" jurídico, el Dr. Puig siempre remataba con las siguientes palabra: "Se las enseño no para que la hagan sino para que no se las dejen hacer".

Como estoy seguro que a estas alturas del discurso el lector no especialista estará algo confundido, recapitularé en lenguaje sencillo y claro lo medular del problema de la carga de la prueba en el plenario.

El plenario es el juicio de la culpabilidad; por lo tanto debemos saber qué se entiende por ésta.

Existen dos teorías : la sicologista que considera a la culpabilidad como un mero vínculo sicológico entre autor y resultados, y la normativa que agrega al vínculo sicológico la necesidad de que al momento de delinquir el agente se encontrare en condiciones de actuar conforme a las normas, requisito al que se denomina "Exigibilidad de la conducta".

Cuando al agente no se le puede exigir un comportamiento acorde con la voluntad de la norma, no es posible declararlo culpable.

Eso es, en uno u otro sentido, lo que deben probar las partes en el plenario, y no limitarse a reproducir las pruebas sumariales, pues ellas llevaban otro objetivo, establecer la existencia de la infracción y los nexos físicos entre sospechosos y delito y la identidad de los mismos.

Además, nuestro proceso debe limpiarse de vicios vergonzosos como proponer como prueba la ley, ignorando que el Derecho no se prueba, excepto cuando se trate de normas extranjeras.

Librarse también del fárrago de pruebas impertinentes que no guardan relación con el hecho ni con los sujetos y que jamás influyen en la decisión del juez.

Ahora bien, el Dr. Zavala Baquerizo en el IV Tomo, del "El Proceso Penal" estructura un plenario y una culpabilidad diferentes de la por nosotros delineada, diferencias resultantes de la filiación finalista del Dr. Zavala.

La diferencia entre una y otra culpabilidad radica principalmente en su contenido, proyectándose a lo que debe probarse, existiendo en cambio identidad en cuanto a la carga.

Dice, el Dr. Zavala Baquerizo (31) "Cada acto procesal que se **practica en el plenario dice** relación con el juicio de atribuidibilidad que debe hacer el juez para llegar **a la convicción cierta de la culpabilidad del** sujeto pasivo del proceso".

A la atribuidibilidad, creada por Reinhardt Maurach, se la considera base común de la culpabilidad y la peligrósidad.

La atribuidibilidad distingue dos grados: a) la responsabilidad por el hecho (todo el que ejecuta un hecho típico y antijurídico es responsable aun cuando no pueda hacersele reproche alguno, por ejemplo, el loco, el niño) y b) la culpabilidad, grado más elevado que la responsabilidad, pues contiene los supuestos de ésta y además un reproche al agente por la comisión del delito.

Consecuencia de la responsabilidad es la sumisión a medidas de seguridad. Consecuencia de la culpabilidad, la imposición de una pena.

El Dr. Zavala, afina la atribuidibilidad de Maurach, cuando dice: *"Alrededor, pues, de dos juicios es que se desenvuelve todo el objeto del*

(31) Opus, Tomo IV, Pág. 23.

plenario. En primer lugar, -sobre la capacidad del procesado para cumplir con la norma jurídica penal que le exigía un comportamiento pre-determinado.

Si el procesado es capaz el juez no puede quedar satisfecho y a base de ello imponer una pena; ese primer juicio que elabora sobre la capacidad del procesado sólo lo lleva a la convicción sobre la imputabilidad del mismo por el hecho típico, lo que, como sabemos, no basta para imponer la pena.

Además, del juicio de desaprobación que hace el juez al procesado que estuvo en capacidad de cumplir con la norma jurídica penal, es necesario en segundo lugar, que el juez conozca si es que, habiendo sido capaz el procesado para cumplir con la exigencia normativa en el caso concreto estuvo en posibilidad de hacerlo, esto es, no actuaron ciertas circunstancias que hicieron imposible que el procesado pudiera cumplirla. En consecuencia, si el juez llega a la convicción de que el procesado, siendo capaz, pudo haber cumplido con la norma, le reprocha esa conducta al procesado porque, debió haber actuado conforme a la norma, no lo hizo, por lo que lo declara culpable". (ob. cit., Tomo IV, Pág. 23-24).

Pero en definitiva las diferencias entre mi concepción sobre lo que debe ser objeto de prueba en el plenario y la del Dr. Zavala no son inconciliables.

Como consecuencia de mi filiación al causalismo, la culpabilidad con que trabajamos considera a la imputabilidad su presupuesto, lo que torna —como ya se dijo— innecesario probarla en el plenario, salvo el caso en que la defensa del acusado desee insistir —por ejemplo— sobre la minoridad del agente o una enfermedad mental del acusado.

Por el contrario, el "si estuvo en posibilidad" que encarna la teoría normativa de la culpabilidad, asumida por el neocausalismo queda igual. (32).

Estimo que por estar la culpabilidad finalista integrada por la imputabilidad, la conciencia de antijuricidad —que se arranca al dolor- y

(32) El neo-causalismo es el causalismo clásico, menos el acto acromático e incoloro (mecánico) que es reemplazado por el acto humano. Además, acepta la teoría normativa de la culpabilidad pero con sustanciales diferencias que los finalistas.

la exigibilidad de la conducta, aunque el Dr. Zavala no lo refiera, en el plenario finalista debe probarse también la conciencia de antijuricidad.

Mientras, la culpabilidad neo-causalista, lo repetimos para mayor abundamiento, sólo exige la prueba del nexo causal síquico y la exigibilidad de la conducta, pues dentro de ese nexo causal síquico, permanecen el dolo, la culpa y la preterintención, y dentro del dolo, la conciencia de antijuricidad, que volvemos a decirlo, los finalistas arrancan al dolo para reenviarla a su culpabilidad.

En último resumen, repetimos que en el plenario los jueces casi están desprovistos de cargas probatorias por el rumbo acusatorio que asume esta fase del proceso.

Las cargas se reparten preponderantemente entre los acusadores particular y fiscal. Como el acusado comparece al plenario bajo estado de inocencia no soporta la carga de probar aquella. Si los acusadores permanecen estáticos y si la defensa del acusado lo prefiere, puede asumir postura igual, pues técnicamente no se puede condenar a base de lecturas de piezas sumariales.

La reproducción de lo favorable y la impugnación de lo adverso constituye una barbaridad que sirve a los Fiscales para escudar su incompetencia y molicie.

Si en una audiencia las "pruebas de cargo" se limitan a la lectura de la sumaria] y a la reproducción e impugnación, el plenario no ha cumplido su objetivo, pues sencillamente no ha actuado ninguna prueba encaminada a establecer el nexo causal síquico entre el agente y el resultado, peor la coyuntura de que al traspasar la frontera de la ley no existía impedimento alguno para que el agente la rompa (exigibilidad de la conducta).

Si se diera el ideal de que la acusación supiera lo que tiene que probar, y lo hiciera, la defensa debe moverse en procura de confirmar su inocencia.

¿Como?. Podría ser estableciendo que el sujeto es ininputable (caso excepcional). O que hubiere actuado por error invencible y esencial. O por coacción. O por último que la acción u omisión imputada no encaja exactamente en el tipo penal por lo que estaría aplicándose la analogía, que sabemos es prohibida, etc.