

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

El testimonio anticipado como medio de prueba en delitos de abuso sexual

Estudio de casos

Marjorie Dayanara Yanes Sevilla

Tutor: Christian Rolando Masapanta Gallegos

Quito, 2021



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Marjorie Dayanara Yanes Sevilla, autor de la tesis intitulada “El testimonio anticipado como medio de prueba en delitos de abuso sexual: Estudio de casos”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

04 de Agosto de 2021

Firma:

Resumen.

El testimonio anticipado es un medio de prueba comúnmente utilizado en los delitos de naturaleza sexual, porque permite plasmar una prueba que favorece ampliamente a la víctima y que además es considerada preponderante para condenar; esta prueba en su evacuación vulnera el principio de contradicción, el derecho a la defensa y por tanto al debido proceso establecido en la Constitución de la República del Ecuador; es por ello que es fundamental que la normativa penal ecuatoriana especifique reglas bajo las cuales debe practicarse una prueba anticipada (TA), y con ello evitar la vulneración de derechos y principios fundamentales. La presente investigación busca determinar si con la evacuación del testimonio anticipado en delitos de abuso sexual se está vulnerando los derechos del procesado, como el principio de contradicción, derecho a la defensa y sobre todo al debido proceso, y con ello además identificar si con esta diligencia se está respetando al constitucionalismo del derecho penal. Para el efecto, se desarrolló una investigación descriptiva con un estricto enfoque en los derechos humanos, el garantismo penal, derecho constitucional, normativa y jurisprudencia nacional e internacional. Además, se presenta un análisis de un caso en concreto y mediante el método inductivo evidenciar como se está valorando al testimonio anticipado por parte de los jueces ecuatorianos. Los resultados de esta investigación revelan que, si bien el testimonio es una de las pruebas más utilizadas en materia penal, por la misma esencia del ser humano, que hace que creamos en lo que narra otra persona, no podemos olvidar que el testimonio anticipado nace siendo una fuente de prueba, que debe transformarse en un medio de prueba para mermar el principio de inocencia, y que esta transformación depende del respeto irrestricto a las garantías fundamentales; es decir esta prueba siempre deberá justificarla necesidad de su anticipo, deberá siempre garantizar la comparecencia del procesado o al menos de su abogado de confianza, y además asegurar la existencia de contradicción y defensa, siendo estas los únicos medios habilitantes para que esta prueba pase a ser valorada en juicio.

A mis Padres Marjorie y Marcelo, a quienes les debo todo, a mis hermanos Fernando y Lucy por ser un ejemplo imperecedero, y a mis queridos sobrinos por ser mi ánimo y alegría constante.

A todos a los que el sistema penal ha recaído con todo el peso, su voz ha sido callada pero la mía será una perpetua resistencia.

Agradecimientos

Agradezco a mi distinguido maestro Christian Masapanta Gallegos, por su invaluable ayuda, su inmenso conocimiento, pero sobre todo su don de gente y carisma imperecedero.

Tabla de Contenidos.

Abreviaturas.....	13
Introducción.....	15
Capítulo Primero.	17
El testimonio anticipado como medio de prueba en la realidad jurídica ecuatoriana	17
1.1. Concepto y naturaleza jurídica del testimonio anticipado	17
1.1.1. Antecedentes históricos.....	23
1.1.2. El testimonio anticipado como medio probatorio	25
1.2. El testimonio anticipado en el Ecuador	30
1.2.1. La prueba testimonial y la aplicación del testimonio anticipado	33
1.2.2. Fuentes normativas: constitucionales y legales.....	35
1.3. El testimonio anticipado y su relación con el garantismo penal.....	38
1.3.1. Derechos de los procesados y de las víctimas.....	42
1.4. El testimonio anticipado en el derecho comparado	44
Capítulo Segundo	49
El testimonio anticipado y su relación con los delitos de abuso sexual en el Ecuador ..	49
2.1. Los medios probatorios aplicables en procesos por delito de abuso sexual	49
2.2. El delito de abuso sexual: naturaleza jurídica y característica.....	51
2.2.1. Rol de los sujetos procesales	57
2.3. Forma en la que opera el testimonio anticipado en el Ecuador	58
2.3.1. Procedimiento para recepción de testimonio anticipado.....	62
2.4. El testimonio anticipado y su relación con los principios constitucionales.....	63
2.4.1. El rol de los operadores de justicia: vinculación con la tutela judicial efectiva y el debido proceso.....	67
2.4.2. Derechos del procesado.....	71
2.4.2.1. Vinculación con el derecho al debido proceso / defensa / contradicción	73
2.4.2.2. Vinculación con el principio de presunción de inocencia	76
2.4.2.3. Vinculación con el principio de favorabilidad	78
2.4.3. Derechos de la víctima	80
2.4.3.1. Vinculación con el derecho a la verdad.....	81
2.4.3.2. Vinculación con el principio de no revictimización	82
2.4.3.3. Vinculación con el principio de acceso a la justicia.....	86
2.5. Análisis de Casos en relación a la aplicación del testimonio anticipado en delitos de abuso sexual en el Ecuador.	87
2.5.1. Breve descripción del caso. “18282-2015-02499 delito de abuso sexual, seguido en contra de LRVO”	88
2.5.1.1. Aplicación del testimonio anticipado	91

2.5.1.2. Análisis crítico respecto a la observancia de derechos constitucionales durante el testimonio anticipado.....	92
2.5.2. Breve descripción del caso. “18571-2020-00436 delito de abuso sexual, seguido en contra de MNMA”.....	94
2.5.2.1. Aplicación del testimonio anticipado.....	96
2.5.2.2. Análisis crítico respecto a la observancia de derechos constitucionales durante el testimonio anticipado.....	97
2.6. Balance de la aplicación del testimonio anticipado y su relación con el garantismo penal ecuatoriano	98
Conclusiones.....	101
Recomendaciones.....	105
Bibliografía.....	107

Abreviaturas

ABS: Abuso Sexual.

CIDH: Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

COIP: Código Orgánico Integral Penal (Ecuador)

CRE: Constitución de la República del Ecuador

TA: Testimonio Anticipado.

Introducción

Dentro de esta investigación se pretende abordar al testimonio anticipado como un medio de prueba en delitos sexuales, entendiendo que este es un medio probatorio que se ha establecido dentro del Código Orgánico Integral Penal y que sin duda alguna intenta favorecer ampliamente a la víctima dentro del proceso. Bajo el criterio de la no revictimización se permite que se evacue esta prueba con antelación y que la misma sea introducida en juicio sin la posibilidad de ser controvertida, lo que sin duda alguna podría atentar las garantías básicas del debido proceso y el derecho a la defensa de la parte más débil del procesamiento penal (encausado).

El principio de contradicción se vulnera no únicamente en la etapa de juicio por ser una prueba que se introduce sin contradecirse, sino que desde su misma evacuación en etapa investigativa o en instrucción fiscal. Es común que se lleve a cabo la diligencia con asistencia del juez, del fiscal y defensa, y en el caso de que el abogado de la defensa no compareciere, se nombra un defensor público para evitar que el procesado quede en indefensión. Más sucede que muchas veces por no conocer la causa o a su defendido, aquel no ejerce contradicción de ningún tipo en el testimonio anticipado, a sabiendas de que esta prueba es preponderante para sancionar un delito de carácter sexual.

Esta investigación me va a permitir determinar si tal como se esta evacuando el testimonio anticipado de una víctima de abuso sexual puede generar una afectación a los derechos fundamentales de las partes procesales, además se justificará bajo la idea de determinar si en los casos concretos a analizar se respetan las garantías del debido proceso y de un juicio justo.

Por ello este trabajo se centrará en resolver las posibles tensiones que se generarán entre el derecho al debido proceso del encausado y el derecho de las víctimas a no ser revictimizadas. En aquel sentido la legislación ecuatoriana deberá establecer los lineamientos bajo los cuales el testimonio anticipado de la víctima debe ser realizado, porque ello marcaría parámetros claros para evitar que quede a discrecionalidad del administrador de justicia la convalidación de este medio probatorio, lo que lógicamente garantizaría los derechos de ambas partes.

La presente investigación se realizará bajo el método general inductivo pues partiremos del análisis de dos casos concretos, para evidenciar como se está evacuando y bajo qué criterios se está valorando al testimonio anticipado por parte de los administradores de justicia ecuatorianos. Además, por medio del método dogmático jurídico analizaremos el marco jurídico, la doctrina y la jurisprudencia, tanto del anticipo probatorio, así como de los delitos de abuso sexual, para buscar una manera de optimizar la evacuación del testimonio anticipado.

En igual forma, los casos serán analizados bajo el método cualitativo que va a permitir determinar cómo los jueces valoran al testimonio anticipado en el marco de la violencia sexual y específicamente en abusos sexuales, examinando si acogen los parámetros constitucionales para dotarle de rango probatorio a una diligencia de investigación.

En cuanto a la estructura de este trabajo, dentro del Capítulo I se hará un abordaje del testimonio anticipado como medio de prueba en la realidad jurídica ecuatoriana, para lo cual se contará con el aporte de la doctrina nacional e internacional vinculado con el testimonio como medio de prueba válida para posteriormente descender hacia un análisis del testimonio anticipado en la realidad ecuatoriana.

En el Capítulo II se va a realizar un abordaje del testimonio anticipado y su relación con los delitos de abuso sexual en el Ecuador considerando que es dentro de estos delitos en dónde se produce con mayor frecuencia el empleo de este medio probatorio; con este fin se realizará un análisis crítico de la normativa que regula este tipo de medio probatorio y de los vacíos normativos existentes en nuestro ordenamiento jurídico. En igual forma se analizará dos casos por delito de abuso sexual en los que se haya evacuado la diligencia de testimonio anticipado, demostrando mediante estos ejemplos en concreto las eventuales deficiencias y/o aciertos que la práctica de este medio de prueba alcanza en la sustanciación de un proceso penal público.

Capítulo Primero.

El testimonio anticipado como medio de prueba en la realidad jurídica ecuatoriana

Dentro de este primer capítulo, se abordará el concepto, la naturaleza jurídica y las características del testimonio anticipado, lo que nos va a permitir generar nuestra propia conceptualización de esta institución jurídica a través del análisis de las diferentes teorizaciones de autores nacionales y extranjeros; además se va a desentrañar su historia para conocer como el testimonio ha sido una de las herramientas más utilizadas dentro de procesamientos penales.

Es de interés además estudiar al testimonio anticipado como medio de prueba para poder evaluar la aplicación de este en la realidad ecuatoriana y conocer cómo debe evacuarse respetando los derechos fundamentales de las partes procesales, para ello además se debe hacer un recuento de los derechos tanto de la víctima como del procesado. Adicionalmente, se realiza un análisis de derecho comparado para establecer las semejanzas y diferencias en la configuración del testimonio anticipado en relación a legislaciones extranjeras, contrastándolas con lo que sucede en el Ecuador y si el mismo responde a las necesidades sociales contemporáneas.

1.1. Concepto y naturaleza jurídica del testimonio anticipado

Ignacio Tedesco, sostiene que “el proceso penal en términos de ritual judicial, es un mecanismo de interacción social que se asemeja a todo acto dramático. Que está compuesto por tres conceptos esenciales que son: espacio, palabra y público”¹. En esta parte de la investigación nos interesa el concepto de la palabra, “es aquel elemento a través del cual se encarna y se da sustancia al cuerpo del conflicto. Sin ella, nada se

¹ Ignacio Francisco Tedesco, *El acusado en el ritual judicial: Ficción e imagen cultural* (Buenos Aires: Editorial Puerto, 2007), 275.

puede expresar, ninguna verdad se puede establecer, ningún conflicto se puede dirimir”².

Y continúa explicando el autor argentino que la palabra “es una manifestación del ser, como una experiencia viva, un lazo síquico que nos liga al mundo y del que queremos obtener todos lo que nos pueda dar”³, por esa razón es la misma naturaleza humana está basada en una historia que es narrada, y que brinda un conocimiento del pasado por medio de alguien que testifica lo que conoció; lo que ningún ser humano se ha atrevido a cuestionar del todo, pues entonces exterminaríamos nuestra propia historia.

Esto es importante ya que a través de la palabra la humanidad ha podido comunicarse para poder construir y delimitar los modelos explicativos de su pensamiento, en especial del derecho, por ello para Genaro Carrió, el lenguaje tiene tres funciones: la primera, es la descriptiva, que tiene relación con el conocimiento científico. El segundo, es el que tiene relación con la forma de expresión de nuestros sentimientos, de su exteriorización, y por último, también se identifica con el uso directivo del lenguaje, en el cual se utilizan determinadas formulas con el fin de dirigir el obrar de otras personas.⁴ El primero será el que tenga relación con los testimonios en una forma de descripción de los hechos que observo la persona y que además van a ser utilizados dentro del proceso penal, el último es el destinado para el derecho en una forma prescriptiva de mandato, prohibición y permisiva.

Por ese motivo, la palabra que se expresa a través del lenguaje constituye el elemento esencial de la comunicación, que debe existir en la relación procesal penal, y que deben tener los sujetos procesales. Así mismo, el proceso penal es a través del lenguaje y comunicación esto primero va a determinar el objeto del proceso, y luego el espacio donde se discutirá el conflicto que se le pone ante un juez.

Los componentes de este objeto del proceso, según el Eric Pérez Sarmiento, son en primer momento, los hechos imputados, que se debe entender como las acciones u omisiones que se atribuyan a una persona, con todas las circunstancias de tiempo lugar y modo. Esto se conoce como la parte objetiva del proceso, el segundo componente

² *Ibíd.*, 276.

³ *Ibíd.*, 277

⁴ Genaro Rubén Carrió, *Sobre derecho y lenguaje* (Buenos Aires: Editorial Lexis, 1994) citado por Ignacio Tedesco, *ibíd.*, 277.

esencial es las identificaciones de las personas, que son consideradas imputados, acusados o sentenciados, esta es la parte subjetiva del proceso.⁵

Como se ha diseñado dentro de un sistema acusatorio, la manera en que los sujetos procesales discuten un conflicto es a través de la presentación de la prueba pues con ello además verifican la existencia o no de los hechos imputados, es decir la manera de proponer un debate dentro de un proceso, es en razón de los elementos que se aportan como prueba pues con ello la balanza ira sopesando de un lado al otro hasta que defina qué lado se inclina. Para Eric Pérez Ledesma, la prueba “es un estado de cosas, susceptible de comprobación y de contradicción, que tiene lugar en el proceso de conformidad con la ley, para producir convencimiento no solo en el juez, sino en las partes y en el público, sobre la veracidad o falsedad de los hechos del proceso.”⁶

Jordi Nieva Fenoll, considera a la prueba como la actividad que realizan los sujetos procesales para poder realizar la valoración en busca de la verificación de los hechos y la discusión será si los mismo se encuentran tipificados como delito en el código penal de la interpretación con el tipo penal.⁷

En el Ecuador existe como parte de la actividad probatoria para verificar los hechos imputados la libertad probatoria que tiene como únicos límites: la licitud de la obtención de la fuente de la prueba, la idoneidad y pertinencia de los medios de prueba, la utilidad de la prueba, y las reglas legales de prueba obligatoria y las prohibiciones de prueba.⁸ Con esos límites que también son recogidos por la normativa procesal ecuatoriana debemos explicar que según nuestra normativa procesal existen tres medios de prueba, la pericial, la testimonial, y la documental. En esta parte nos interesa la testimonial.⁹

Dentro de la prueba testimonial hay tres clases, el testimonio de un tercero, la víctima y del procesado. Así mismo, existen límites a la libertad probatoria y para ello en inicio se debe comprender las diferencias entre fuente de prueba, medio probatorio y elemento probatorio o hecho probado. La fuente es la persona, el documento o la evidencia de la cual se puede o debe obtener información relevante. El medio probatorio es lo que dice a través de la palabra y lenguaje comunicando lo que puede ser pertinente

⁵ Eric Pérez Ledesma, *Manual General de Derecho Procesal*, 4ta. edi. (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2015),187.

⁶ *Ibíd.*,242.

⁷ Jordi Nieva Fenoll, *Derecho procesal III. Proceso penal* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2017), 335.

⁸ Pérez Ledesma, *Manual general del derecho procesal*, 289.

⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, art. 498

y útil para la relevancia de carácter penal, y por último, el elemento probatorio este se relaciona con los dos anteriores por cuanto va a ser lo que se pretendió probar o verificar, es decir, lo que nos puede decir la víctima sobre lo sucedido (medio) con el fin de lo que se quiere probar que termina siendo el elemento de prueba.

Con base en ello, resulta fácil comprender que los seres humanos asociamos al testimonio con el descubrimiento de la verdad porque por naturaleza misma confiamos unos en otros y tomamos como verdadero lo que narra otra persona. Esto ha dotado de un fuerte contenido axiológico al testimonio logrando arraigar fuertemente a este dentro de la cotidianidad de la sociedad y dentro de los ordenamientos jurídicos estatales. Incluso, es por ello que el testimonio es un medio probatorio considerado como uno de los más idóneos¹⁰ en procesamientos penales, pues quien narra está brindando al juzgador conocimiento de su experiencia, lo que va a permitir que el receptor pueda hacer un traslado temporal a los hechos teniendo claridad al juzgar.

Para Cafferata “Testimonio es la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer por percepción de sus sentidos sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de estos”,¹¹ es decir, el testimonio es una prueba que le permite al participante de un hecho delictivo hacer una narración acerca de lo que conoce, para brindar un conocimiento exacto de los hechos al juzgador. He ahí la importancia de la credibilidad¹² veracidad de los hechos narrados pues mediante estos el juzgador va a infundir su decisión.

Por las características mismas del testimonio este suele ser sujeto de controversias, ya que depende muchas veces del testigo y de la manipulación que este hace a la información, lo que puede generar en un error para el juzgador pues el testimonio rendido con falta a la verdad puede convertirse en uno de los elementos claves al momento de dictar sentencia.

¹⁰ Según la epistemología, existe varios métodos que le ayudan al ser humano a conocer, el primero es el conocimiento científico, el cálculo y de la autoridad (este abarca los testimonios de los peritos, de los testigos, de la víctima y del procesado), estos son los más confiables, los menos confiables es la intuición y la fe.

¹¹ José Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, 3ra. ed. (Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1998), 94.

¹² Debemos aclarar que no se debe utilizar actualmente el termino de veracidad, sino de credibilidad, por ese motivo, lo que se busca actualmente en el testimonio que este sea creíble y que el Juzgador puede tener criterios objetivos, para que pueda valorar el mismo. Además, este autor nos indica que se pasó de la credibilidad del testigo a la credibilidad del testimonio. Es decir, se dejó de lado la importancia a los aspectos conductuales del declarante. Por lo que el contenido del medio de prueba que se está exponiendo con su declaración. Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, 219-20.

Para Jorge Arenas, “la condición del testigo se adquiere fácticamente desde cuándo se ha tenido conocimiento de un hecho y procesalmente cuando mediante providencia judicial se ordene a esa persona deponer en el proceso”¹³. Es entonces que esa condición de testigos obliga a comparecer a un proceso y decir lo que conocen para apoyar al esclarecimiento de la verdad o la verificación de los hechos que se pretende probar con relevancia jurídico penal, siendo este un deber ineludible cuando se ha presenciado un acontecimiento. Nunca un testigo está en la facultad de negarse a testificar sobre lo que conoce, y en los casos en que pese a ser llamado mediante providencia judicial este no comparece, los juzgadores están facultados a obligar a su comparecencia incluso con la fuerza pública pues los administradores de justicia deben buscar todos los medios idóneos para poder apoyar su decisión final.

Es entonces que el testimonio es un medio de prueba que va a permitir a un testigo expresar lo que ha percibido por medio de sus sentidos. Por lo general se realiza por medio de una narración en donde este puede expresar sobre lo que conoce y ponerlo en conocimiento del tercero imparcial (juez), pero esta narración no puede ser válida por sí sola, sino que necesita pasar por mecanismos que permitan evidenciar su veracidad, para que sean considerados elementos veraces de condena o de absolución.

En ese orden de ideas, la prueba es una actividad relevante y que va de la mano con la tipificación de la conducta humana en la ley penal. Incluso esta actividad viene unida como lo sostiene Jordi Nieva Fenoll, con la valoración, con los criterios objetivos en los que se debe sustentar el juez para darle credibilidad a la prueba testimonial y con ello lograr una sentencia con eficacia jurídica.

Este autor español, determina cuatro criterios: 1. La coherencia de los relatos, 2. La contextualización del relato, 3. La corroboración periférica, y 4. La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante¹⁴. Con estos criterios, lo que hace es sustentar su posición en cuanto a lo dicho, que se pasó de la credibilidad del testigo, que se refiere a los comportamientos de conducta como el estado nervioso, su actitud de inseguridad, es decir, que tiene relación con la psicología del testimonio, sino que más bien debe ser por la credibilidad de lo que puede aportar a través de su medio probatorio o narración.

¹³ Jorge Arenas Salazar, *Pruebas penales*, 2da. ed. (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2003), 121.

¹⁴ Nieva Fenoll, *Valoración de la prueba*, 224 – 29.

Con estos criterios el juez debe valorar la prueba testimonial que se práctica y se introduce a través del interrogatorio y del conainterrogatorio. ¿en qué consiste cada uno de estos criterios?:

1. Coherencia del relato

Esto tiene que ver como dice, el autor español que el relato tenga una buena estructuración desde el punto de vista lógico¹⁵, es decir, que debe ser respetando las reglas de la lógica sin contradicciones, comprensibles, pueden tener el aporte de la veracidad, pero, cuando unas declaraciones contrastan con otra del mismo sujeto, existe evidencia de que algo está fallando en esa declaración.

Explica Nieva Fenoll, que una declaración coherente no es sinónimo automático de veracidad, ya que se debe tener en cuenta que existe la memoria y la reconstrucción de los recuerdos que puede haber cuestiones que no tengan ninguna relación. Además, que si tiene demasiada perfección desde el punto de vista formal no se podrá tener como auténtica. La manera en que el Juez, debe valorar para determinar la coherencia en un testimonio o la falta de esta misma es lo que termina formando una hipótesis, que luego se trasforma en un elemento de prueba.

2. La contextualización del relato

Este criterio tiene referencia con el relato que hace la persona ofreciendo detalles de un marco o ambiente en el que se habrían desarrollado los hechos del relato. Esto quiere decir, que la contextualización debe describir datos del ambiente vital, espacial o temporal en el que los hechos tuvieron lugar.

Dicho de otro modo, es la manera en que el testigo se sitúa nuevamente en el hecho, y empieza a recordar detalles mínimos que, aunque parezcan sin importancia son los que permiten que el juez llegue a la convicción de un testimonio.

3. Las llamadas corroboración periféricas

¹⁵ *Ibíd*, 225.

Esto tiene que ver cuando el relato de un declarante debe ser corroborado por otros datos que, indirectamente, acreditan la veracidad de la declaración. Puede ser de otros testimonios o de hechos que pudieron suceder al mismo tiempo que el hecho principal que se está enjuiciando.

4. La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante

Es cuando se hace comentarios que pretende beneficiar a la persona sea este la víctima o el procesado. Ya que con ello pierden su objetividad, que pueden conducir a la falsedad.

En efecto cuando un testigo relata hechos que buscan favorecer a una de las partes, evidencia que su testimonio es parcializado, lo que le da al juez una idea clara acerca de la fuente de la prueba y la manera en que debe valorar a esta.

Con todo lo antes dicho entendemos que, bajo todos estos criterios, es que un juez hace un verdadero ejercicio de valoración de un testimonio, a fin de que este sea considerado como prueba verás dentro de un proceso, y que esta pueda ser un elemento fundador de condena o absolución. Pero antes de ello debemos desarrollar el origen histórico del testimonio anticipado.

1.1.1. Antecedentes históricos

Históricamente el testimonio es una de las pruebas más utilizadas por el derecho “por cuanto se trata de una consecuencia natural del empleo de la palabra hablada como forma de comunicación, entre los hombres. El testimonio es un medio de prueba tan viejo como la humanidad y el más antiguo junto con la confesión”¹⁶, lo que ha sucedido es que con el transcurrir de los años se ha ido estableciendo reglas para su evacuación y su valoración que han permitido que esta se vaya encuadrando a las necesidades del sistema judicial contemporáneo.

A pesar de que con el avance de la tecnología y la globalización han ido apareciendo medios electrónicos y tecnológicos que permiten la existencia de nuevos medios probatorios como es el caso de las pruebas periciales, el testimonio sigue siendo la prueba más utilizada, más aun en materia penal, en donde se entiende que el testigo

¹⁶ José Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, 3ra. Edición. (Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1998), 93.

puede expresar con claridad lo que percibió de manera directa, por lo tanto, es una prueba que brinda más claridad sobre los hechos, y permite al juez llegar a una certeza absoluta sobre la culpabilidad o la inocencia de una persona.

La prueba anticipada aparece en los códigos procesales italianos alrededor del año 1807, en el modelo de justicia penal acusatorio formal o mixto, su aparición se remonta a la idea de la equiparación de las diligencias de investigación con las probatorias, es decir se buscaba dotar del mismo valor probatorio a las diligencias hechas en una etapa de investigación en relación con las diligencias dadas en etapa de juicio.¹⁷

La prueba testimonial anticipada es “una institución que ya existía en el Derecho Romano, en el canónico y en el francés: tienen antecedentes en las leyes de partidas (Ley 2ª Título 16, partida 3a), la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, también la establece”.¹⁸ Este tipo de prueba ha existido desde el mismo derecho romano, lógicamente que la manera de recepción no estaba normada, a diferencia de lo que sucede hoy en día que en la mayoría de legislaciones se ha tratado de establecer parámetros básicos para la recepción de un testimonio anticipado pues esto puede resultar contraproducente para las garantías constitucionales.

Para Boris Barrios, la historia del testimonio debe estar sintetizado en tres etapas, la etapa de la presunción de la veracidad, la desconfianza, y la científica, la primera entendida como la etapa en donde se pensaba que quien estaba habilitado para declarar decía a verdad, entonces se especificaba quienes su testimonio no tenía validez probatoria, la segunda se debe definir como la etapa en donde ya no se confía en absoluta en las personas aptas para declarar por lo que se basan en el escepticismo para valorar esta prueba, y finalmente la etapa científica que es la que se vive hoy en días en donde por la globalización se ha ido desarrollando métodos para identificar que quien

¹⁷ Ignacio Flores Prada, *La prueba anticipada en el proceso Penal Italiano* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 42. Edición digital de Tirant lo Blanch.

Suele haber erradas conceptualizaciones que equiparan a la prueba anticipada y la prueba preconstituida; por lo que se deja claro que la primera es la que abarca todo tipo de diligencia irreplicable en etapa de juicio, por lo que se evacua con el ánimo de preservar la prueba; por ejemplo, un test de alcoholemia; en cambio la prueba anticipada es la que se da en los casos en los que hay imposibilidad de llevar a cabo esta prueba en juicio, o para evitar que se suspenda la audiencia de juicio, como por ejemplo el peligro de muerte de uno de los testigos. María Victoria Álvarez Buján, “Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español, referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n° 2180, (2015): 20. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5188644>.

¹⁸ Jairo Parra Quijano, *Manual de Derecho Probatorio* (Colombia: Editorial Ancon, 2005), 384.

rinde testimonio diga la verdad, así por ejemplo aparecieron técnicas para valorar factores externos de la persona o instrumentos tecnológicos como el polígrafo.¹⁹

La presunción de veracidad por obvias razones debió dejarse a un lado porque dotaba al ámbito probatorio de un tinte axiológico calificando a las fuentes de pruebas, es decir por ejemplo las prostitutas no eran testigos óptimas por la actividad que desempeñaban. En relación con la etapa de la desconfianza esta sin duda se vuelve ambigua porque ya no se puede partir de la confianza de quien declara en razón de que el juzgador puede estar en frente de un testimonio preparado y jamás descubrirá la verdad. Finalmente la etapa científica es la que guarda más coherencia porque ha permitido desarrollar un sinnúmero de mecanismos que permiten verificar los relatos de las personas que sirven como testigos, ya no solo se acude a la sana crítica de un juez, o a su mero criterio, sino que somete al testimonio a herramientas tecnológicas probadas, que descubren los errores o falseos en una narración, y como es lógico, no hace calificativos a las fuentes de prueba en razón de su apariencia sino únicamente en relación al contexto del relato

El testimonio anticipado como se conoce hoy en día y desde su nacimiento mismo especificaba que su realización sea con la citación del adversario, lo que para el procedimiento actual podría ser la notificación de la parte contraria, entonces deja en claro que ni con el pasar de los años y los avances normativos se puede obviar un derecho fundamental de que la parte contraria conozca o se le notifique cuando se recepta este tipo de prueba.

1.1.2. El testimonio anticipado como medio probatorio

Parra define a los medios probatorios como las herramientas que le permiten al administrador de justicia tener conocimiento de hechos que desconocía, entre los medios de prueba podemos encontrar la declaración, pericias, los testimonios, la inspección judicial, los documentos e indicios.²⁰

Al mismo tiempo, Jauchen analiza a la prueba como “el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez

¹⁹ Boris Barrios González, *El testimonio Penal* (Colombia: Editorial Ancon, 2008), 6.

²⁰ Parra Quijano, *Manual de Derecho Probatorio*, 283. Acerca de los medios de prueba véase también, Claudio Meneses Pacheco, “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, *ius et praxis*, n° 2 (2008): 4. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122008000200003&lng=es&nrm=iso&tlng=es.

conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio sobre la cual se debe decidir”²¹. Es decir, mediante la prueba el tercero imparcial va a conocer y a participar de un hecho en el que no estuvo presente y en base a este conocimiento deberá fundar una decisión. Este es un derecho fundamental, pero un derecho de garantías, es decir, las pruebas pueden practicarse en el margen del respeto a los derechos y garantías de las partes porque este no es un derecho absoluto e incondicional, sino que debe estar en acomodo con lo que dicta la ley.²²

La prueba es un derecho que poseen las partes de utilizar cualquier medio probatorio para lograr convencer a un juzgador acerca de lo que se discute en el proceso²³, entonces representa toda posibilidad de justificar una teoría alegada por cualquiera de los intervinientes, pero esa posibilidad no es absoluta porque es un derecho sujeto a derechos, es decir con limitaciones.

Dentro de estos límites podemos encontrar a los intrínsecos, los inherentes a la actividad probatoria, entre los que encontramos la pertinencia, utilidad y necesidad; 1) la pertinencia como la capacidad de aportar lo que logre convencer a los juzgadores y además lo que resulte coherente con los hechos materia del proceso, 2) la utilidad como la idea de que se aporten pruebas que contribuyan a esclarecer lo hechos, y 3) la necesidad entendida desde la idea de no aportar pruebas sobre hechos probados en abundancia, y los extrínsecos que tratan acerca de los requisitos legales de la prueba y dentro de estos encontramos a los límites 1) genéricos para todas las pruebas, que son los que tienen relación directa con las normas procesales, que además tratan del tiempo

²¹ Eduardo Jauchen, *Tratado de la prueba en materia penal* (Buenos Aires: Editores Rubinzal Culzoni, 1994), 19.

La prueba es un derecho que poseen las partes para lograr convencer a un juzgador acerca de lo que se discute en el proceso; entonces representa toda posibilidad de justificar una teoría alegada por cualquiera de los intervinientes; pero cuando se habla de toda posibilidad no como un derecho absoluto, sino como un derecho sujeto a derechos, es decir con limitaciones. Pedro Luis García Muñoz y otros, *Estudios sobre la prueba penal, volumen I, Actos de investigaciones y medios de prueba en el proceso penal: competencia objeto y límites* (Madrid; Editorial La ley, 2010), 29

²² Eduardo Urbano Castrillo, *La valoración de la prueba electrónica* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 11. Edición digital de Tirant lo Blanch.

En relación con la libertad probatoria no tratamos de una libertad sin medida porque todo medio de prueba y ánimo de recabar información, implica injerencia en un derecho del procesado, por lo tanto, debe siempre existir un campo de juego mismo que no puede sobrepasar el ánimo de investigación del Estado; por ello toda actividad probatoria debe estar autorizada en la ley de forma específica y taxativa (principio de reserva de ley). Gabriel Pérez Barberá, “Libertad probatoria y reserva de ley: “autodeterminación informacional “como derecho fundamental del imputado” en *Fundamentos del derecho probatorio en materia penal* (Directores Kai Ambos /Ezequiel Malarino, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 17. Edición digital de Tirant lo Blanch.

²³ Pedro Luis García Muñoz y otros, *Estudios sobre la prueba penal, volumen I, Actos de investigaciones y medios de prueba en el proceso penal: competencia objeto y límites* (Madrid; Editorial La Ley, 2010), 29

de presentación de la prueba o la ilicitud cuando se obtiene vulnerando derechos fundamentales, y 2) específicos para pruebas puntuales por ejemplo puede no evacuarse un testimonio, si hay una excepción al deber de declarar para una persona.²⁴

En un sistema garantista la prueba es el medio eficaz para llegar a la verdad material de los hechos y es el medio idóneo para que el juez tenga el convencimiento total de la existencia del hecho, en este modelo la prueba siempre deberá ser practicada acorde a las garantías básicas que dispone la Constitución, y valorada de acuerdo a su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado de aceptación científica.

Para Florián el objeto de la prueba “puede considerarse como posibilidad concreta de investigación, o sea como aquello que se puede o se debe probar, o que puede probarse en relación con un determinado proceso (objeto de prueba en concreto)”,²⁵ entonces así entendemos el deber ineludible de probar toda conducta (interna o externa) que se endilga a una persona, pues es ahí donde se va a encontrar la verdad como finalidad específica del derecho penal.

En relación con lo anterior, conviene tratar acerca de la carga probatoria, y es que en materia penal y específicamente en los delitos de acción pública esta carga le corresponde al Ministerio Fiscal, aunado a esto podemos decir que la producción de la prueba debe ser de tal magnitud que logre romper la condición natural de todo ser humano, que es la de ser considerado inocente en toda etapa del procesamiento penal, ya lo ha dicho Jauchen “Es el Estado que debe probar su culpabilidad para destruir el estado de inocencia, incluso debe investigar la posibilidad de que haya existido excusas y justificaciones alegadas por el imputado....”²⁶, esto de la mano con la obligación *sine qua non* que tiene Fiscalía de realizar una investigación objetiva que busque no solo los elementos de cargo sino además que encuentre los medios óptimos con los que pueda de alguna forma atenuarse la conducta atribuida.

Ahora bien, la prueba testimonial es uno de los elementos probatorios más utilizados dentro de un procesamiento penal por su facilidad de práctica, “el testimonio es el modo más adecuado para reconstruir los acontecimientos humanos sobre la base de una recordación más o menos fidedigna de lo acontecido”,²⁷ es el medio más eficaz en el

²⁴ *Ibíd.*,45-58.

²⁵ Eugenio Florian, *Elementos del Derecho Procesal Penal* (Barcelona: Ediciones jurídicas Olejnik, s/d), 311.

²⁶ Jauchen, *Tratado de la prueba en materia penal*, 39.

²⁷ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*, 2da.edi. (Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones, 2015), 429.

que una tercera persona trasmite el juez su conocimiento o percepción acerca de un hecho o de un acto delictivo del que tiene conocimiento.

No es menos cierto que hoy en día es una prueba que está en constante debate por ser generada por una persona física que puede optar por mentir para favorecer a una de las partes, ello acompañado de la poca moralidad y la misma naturaleza del hombre, le ha ido restando fuerza probatoria. La prueba testimonial ha dejado de ser un elemento suficiente para imponer una condena a un procesado, con lo que ha entrado en controversia la utilización del testimonio anticipado como medio preponderante para sancionar en delitos de connotación sexual, pues como es evidente se entendería que en algunos casos la ley puede considerarlo primordial y en otros no.

Por otra parte es necesario contextualizar acerca de los testimonios de la víctima, procesado y de un tercero, el primero es el de la víctima que comúnmente es llamada testigo víctima, sin embargo por obvias razones quien es víctima del delito sin duda no es un tercero ajeno al proceso, por lo tanto el análisis debería estar encaminado a quien es parte procesal, jamás es un testigo²⁸, por estas consideraciones es que el testimonio de la víctima es considerado un relato parcializado y requiere de mucha atención y ardua valoración.

Para Jordi Nieva Fenoll la valoración del testimonio de la víctima conlleva un análisis de valoración que comprende ausencia de incredibilidad subjetiva, existencia de corroboraciones periféricas y persistencia de la incriminación, que no es más que la víctima no caiga en contradicciones porque esto es lo que va a permitir la validez de este testimonio para su valoración en juicio. En relación con lo anterior, es fundamental analizar lo que el juez valora como corroboraciones periféricas, ya que no puede tener el mismo efecto de corroboración un examen médico o psicológico que indique afecciones, que un testimonio de un tercero que aporta muy poco al proceso y que además es referencial.

Cuando tratamos del testimonio del procesado, es común que lo explicado en líneas anteriores vuelva a suceder porque la parcialidad de este en el procesamiento es evidente, más aún cuando del testimonio rendido puede ser una prueba de descargo, pero en la generalidad y por el derecho que asiste al imputado de no declarar en contra de sí mismo o de acogerse al derecho al silencio²⁹ los jueces no suelen mostrar mayor

²⁸ Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, 247.

²⁹ Acerca del derecho al silencio podemos mencionar que está comprendido dentro del derecho a la intimidad, es decir comprende el derecho a rehusarse a pronunciarse sobre algún asunto. Efrén Rivera

atención sobre este testimonio, lo que innegablemente vulnera la equidad entre el testimonio de la víctima y del imputado.

Ahora bien, en relación al testigo desinteresado, el autor español Nieva es preciso en explicar que está dotado de objetividad, por lo tanto, muestra desinterés con el proceso y puede ser mucho más confiable a la hora de la valoración por parte del juez. No hay certeza alguna de que puede viciarse no por interés en el proceso, sino por efectos mismos de presenciar un hecho violento y por emociones propias querer que una de las partes sea la ganadora. Pero sobre estos hay que diferenciar entre los testigos directos, que son los que presencian los hechos de primer orden por medio de cualquiera de sus sentidos y vuelven un trabajo menos complejo para los jueces, y los testigos de referencia que son los que se les ha contado el hecho y como es lógico carecen de confianza para los jueces, llegando al punto de la obligación agotar en todo lo posible los testigos directos para evitar valorar a los de oídas.³⁰

El Código Orgánico Integral Penal del 2014³¹ garantiza como un derecho de la víctima, el evitar la confrontación visual con el procesado por lo que se permite la recepción del testimonio anticipado en cámara de Gesell, por video conferencia o por otros medios que garanticen este derecho siempre y cuando se respeten todas las garantías del debido proceso, empero por la naturaleza misma de este testimonio es muy común que se haga en la brevedad posible con lo que muchas veces se evacua sin apego irrestricto de las garantías constitucionales básicas.

La Corte Constitucional italiana ha analizado acerca de los casos en los que procede o no la prueba anticipada y ha indicado que la anticipación probatoria debe realizarse para casos específicos por ejemplo cuando la fuente de prueba testimonial (víctima o testigo) corre riesgo y también cuando la integridad del testimonio está en peligro, como por ejemplo con los testimonios de los menores de edad. Sobre otros delitos esta prueba no cumple su identidad es por ello que cuando se utiliza el testimonio anticipado de manera amplia para todo tipo de víctimas y para todo tipo de delitos se tergiversa la esencia de la utilización del testimonio anticipado que lo que busca es la protección psicológica del

Ramos, “El derecho y el Silencio” , *Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, n° 30 (2017): 68. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6553939>. Puede consultarse también en Cristian Ramirez Tagle, “Derecho a Guardar Silencio”, en *Ars Boni et Aequi*, n° 3 (2007): 68. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3273380>.

³⁰ Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, 271-78. Acerca de los testigos directos y de los testigos de referencia puede consultarse también María Ángeles Catalina, “la prueba de testigos y peritos y la intervención de intérpretes en el proceso”, 20.

³¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014.

declarante y preservar y evitar una pérdida de la prueba. En síntesis, se debe prestar mucha atención a su evacuación porque este tipo de prueba rompe la separación entre la etapa de investigación y la de juicio, que evidentemente no están dotadas de las mismas garantías.³²

1.2. El testimonio anticipado en el Ecuador

La legislación ecuatoriana ha previsto la libertad probatoria como un derecho a que todo lo que se tenga que probar pueda hacérselo por cualquier medio, siempre y cuando este no contravenga la Constitución y la ley en sus especificaciones. Sin duda alguna esto deja campo abierto al desarrollo de un sinnúmero de pruebas, sin dejar de lado que con el avance de la tecnología y la globalización no solo han aparecido más pruebas, sino otras han adquirido características que las vuelven más óptimas, como es el caso de las pruebas periciales que acompañadas de la tecnología cada día son más veraces.

En esta misma línea, también se han ido desarrollando pruebas que favorecen y garantizan los derechos de las partes procesales, es así que aparece la prueba anticipada que “es la práctica de un medio o elemento que servirá de prueba en un momento anterior al que corresponde”,³³ es decir, es una prueba que se permite sea evacuada con antelación a la audiencia en donde va a ser valorada. La idea principal sobre esta prueba es dotar a las diligencias probatorias desarrolladas antes de juicio de la misma validez de las de juicio.

En el Ecuador se ha establecido al testimonio como una prueba que puede realizarse con anticipación siempre y cuando se realice bajo reglas específicas. El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano en su artículo 502 numeral 2 determina que podrá receptarse el testimonio anticipado, de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de víctimas y testigos protegidos, de quienes deban salir del país, de informantes, agentes encubiertos, y de todas las personas que se muestren imposibilitadas de comparecer a la audiencia de juicio, siempre y cuando se respete los principios de inmediación y contradicción.³⁴

³² Ignacio Flores Prada, *La prueba anticipada en el proceso penal italiano* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011), 131 a 36. Edición digital de Tirant lo Blanch

³³ Rolando Bravo Barrera, “La prueba en materia Penal” (Tesis Diplomado en Derecho Penal, Universidad de Cuenca, 2010), 34. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/td4301(1).pdf

³⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, art. 502.

Estas excepcionalidades pueden llevarse a cabo única y exclusivamente con apego irrestricto a los principios establecidos, porque estos últimos son normas generales que son creadas a fin de lograr el máximo de la dignidad humana “son normas que sirven para resolver problemas jurídicos y por tanto, no deben tratarse como ‘normas frustradas’ o ‘pautas que aspiran a ser normas’. Empero, ni son normas expresamente formuladas por el ordenamiento jurídico ni son reconducibles a los criterios de validez formal en el establecidos”,³⁵ es decir, el espíritu de los principios se debe respetar porque buscan una equidad de derechos dentro del procesamiento.

Entre los principios³⁶ a los que debe apegarse una evacuación de testimonio anticipado encontramos el de inmediación, como una obligación del juzgador de llevar a cabo esta diligencia con la presencia directa y no interpuesta de todas las partes procesales, es decir de la víctima, del investigado, acusado o procesado y del juzgador, lo que garantiza que haya una participación en igualdad de condiciones entre las partes, lamentablemente esto no está sucediendo porque se permite la evacuación del testimonio anticipado de la víctima, en cualquier etapa del procesamiento penal.

De manera similar es lo que sucede con el principio de contradicción, porque siendo este un derecho fundamental del procesado, termina vulnerado en razón de que no se le ha permitido contradecir los elementos aportados por las otras partes en su contra, no solo por el hecho de la no asistencia a la diligencia, sino además porque no se verifica una verdadera defensa, tal y como se dejará evidenciado más adelante.

Por otro lado, la legislación ecuatoriana ha normado reglas bajo las cuales se rige el testimonio, entre estas encontramos por el ejemplo la prohibición de declarar en contra del cónyuge, pareja o parientes hasta en cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, además y en relación con el testimonio de terceros el código es claro en especificar que no se puede recibir declaraciones de personas que guarden un secreto profesional, es decir por ejemplo no está obligado a declarar un médico que guarda un secreto de su paciente revelado en consulta, así también trata del testimonio del procesado estableciendo que este no podrá ser obligado a declarar en contra de sí

³⁵ Olga Sánchez Martínez, *Los principios en el derecho y la dogmática penal*, (Madrid: Editorial Dykinson, 2005), 22. ProQuest Ebook Central.

³⁶ Los principios son normas generales, que son creadas a fin de lograr el máximo de la dignidad humana “son normas que sirven para resolver problemas jurídicos y, por tanto, no deben tratarse como ‘normas frustradas’ o ‘pautas que aspiran a ser normas’. Pero ni son normas expresamente formuladas por el ordenamiento jurídico ni son reconducibles a los criterios de validez formal en el establecidos”, es decir, el espíritu de los principios se debe respetar porque buscan una equidad de derechos dentro del procesamiento. Olga Sánchez Martínez, *Los principios en el derecho y la dogmática penal*, (Madrid: Editorial Dykinson, 2005), 22. ProQuest Ebook Central.

mismo, para lo cual no se toma este testimonio bajo juramento y sin penalidad de recaer en perjurio, sin dejar de lado además que como garantía básica le asiste el derecho a guardar silencio.

En paralelo, ha determinado que para que se rinda un testimonio anticipado y fuera de audiencia de juicio se debe verificar que el testigo se encuentra incapacitado físicamente a comparecer en la audiencia o cuando va a ausentarse del país o su domicilio esta fuera del mismo, comprobado ello deberá rendir el testimonio ante la autoridad competente respetando todas las garantías del debido proceso. Además, determina las personas que no son hábiles para declarar entre las que encontramos quien adolece de enfermedad mental o quien por su incapacidad física no resulte ser un testigo hábil, como los ciegos y los sordos. A su vez, el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 502 establece las reglas para recabar una declaración, especificando que la declaración deberá ser valorada acompañada de otras pruebas, es decir por sí sola no es suficiente para fundar una condena.

Ya en relación con el testimonio anticipado la ley prevé que los juzgadores puedan receptor este siempre y cuando sea para personas gravemente enfermas, físicamente imposibilitadas a asistir a la audiencia de juicio, y de quienes vayan a salir del país, de las víctimas y testigos protegidos, así como informante, agentes encubiertos, y en los casos en los que la recepción se dé fuera de audiencia de juicio deberá ser realizada bajo las mismas garantías del debido proceso que prevé cuando se realiza en juicio.

En el caso de las personas que residan en el exterior la declaración podrá ser rendida por medios telemáticos, la ley garantiza que nadie sea obligado a declarar en contra de un pariente, pareja, o familiar. Los menores de edad pueden rendir su testimonio sin que este sea bajo juramento *so pena* de las leyes previstas en el COIP, y siempre deberán estar acompañados de un curador o representante. Y en los casos en los que la persona que rinda testimonio no hable idioma castellano deberá nombrarse un traductor, si es sordomuda se recibirá por escrito y si no sabe escribir lo hará con ayuda de un intérprete. Está prohibido la interrupción de los testimonios salvo por objeciones de las partes procesales.

Para las personas que implique un riesgo el testificar o rendir testimonio deberán ser ingresadas al sistema de víctimas y testigos y mediante este mismo se deberá asegurar la integridad física al momento de comparecer a audiencia. El testimonio se debe practicar en audiencia de juicio, ya sea de forma directa o mediante video conferencia, la única excepción para ello es los testimonios anticipados, las personas que estén llamados a

rendir testimonio deberán informar sus nombres, domicilio, nacionalidad, estado civil, edad, profesión u ocupación, lógicamente con la excepción de testigos protegidos quienes por obvias razones no pueden revelar esos datos.

Dentro de la normativa también se detalla que el testimonio debe ser rendido bajo juramento y con conocimiento de las sanciones por el delito de perjurio, las partes procesales están habilitadas hacer preguntas u objetarlas, y el juzgador será quien resuelva las objeciones, además está prohibido que las partes realicen preguntas autoincriminatorias, capciosas, engañosas e impertinentes; así tampoco se permiten preguntas sugestivas en el interrogatorio, salvo en el contra examen.

Finalmente, y cuando se trata del testimonio de la víctima, el COIP prevé la posibilidad de esta de solicitar al juez la recepción del testimonio evitando la confrontación visual con la persona procesada, por lo que puede realizarse a través de video conferencia, en cámara de Gessel,³⁷ u otros medios apropiados para el efecto, lógicamente sin que se vulneren las garantías del debido proceso.

1.2.1. La prueba testimonial y la aplicación del testimonio anticipado

El Código Orgánico Integral Penal prevé tres medios de prueba los documentales, testimoniales y las periciales, en el caso de las testimoniales, y como se aseveró en líneas anteriores establece reglas específicas por las que deben regirse, esto para que no se vulneren derechos de las partes en el decurso de un procesamiento penal. En el Ecuador se ha desarrollado como prueba anticipada únicamente al testimonio, es entonces el testimonio anticipado una prueba por excepcionalidad se permite que sea evacuada antes de la etapa de juicio, e introducida sin la posibilidad de contradecirse en juicio.

Como se ha dicho en líneas anteriores el testimonio es el medio históricamente más utilizado dentro del derecho, por creer que es el medio más apto para acercarse a la

³⁷ El dispositivo Cámara Gesell fue creado por el psicólogo pediatra Arnol Gesell, y es una herramienta de uso forense y legal que facilita la realización de la entrevista única. Consta de dos habitaciones contiguas separadas con una división de vidrio espejada que permite mirar solamente por un lado y que tiene un sistema especializado de audio y video que permite que en una habitación se practique la entrevista de la víctima con el Psicólogo, y en la otra asistan de observadores los administradores de justicia, fiscales, abogados, y representantes de la víctima. Williams Alexander Robles Sevilla, “los desafíos de la entrevista única en cámara Gesell en el proceso penal peruano” en *Revista Derecho y cambio social*, n°59 (2020), 24. file:///C:/Users/User/AppData/Local/Temp/Dialnet-LosDesafiosDeLaEntrevistaUnicaEnCamaraGesellEnElPr-7219664.pdf.

verdad histórica de los hechos, sin embargo, gracias al avance tecnológico se han desarrollado medios de pruebas mediante métodos por lo general científicos que muestran un bajo margen de error, y sin duda son más idóneos. Al mismo tiempo se expresó, que se han desarrollado pruebas que están dotadas de mecanismos científicos que las vuelven más efectivas; pero no es menos cierto que en su mayoría logran probar únicamente la materialidad de un hecho delictivo; la responsabilidad queda en un campo mucho más complejo de probar y por lo general se termina probando con un testimonio.

En el caso específico de los delitos sexuales, el testimonio anticipado de la víctima se ha vuelto la prueba madre para probar la responsabilidad del acusado, y no solamente ello, sino que por la naturaleza misma de estos se ha vuelto la prueba más utilizada por el Ministerio Fiscal, a fin de evitar cualquier tipo de contacto entre la víctima y el acusado.

Por la gravedad y conmoción que causan estos los delitos en contra de la indemnidad sexual ante la mirada social, es común que se permita la evacuación de este tipo de prueba con antelación a la etapa de juicio y que sea ingresada, como medio de prueba, con la misma validez procesal de los testimonios que si fueron evacuados dentro de esta etapa; convirtiéndolo de inmediato en una prueba preponderante para sancionar.

A diferencia de otros medios de prueba que pueden ser rebatidos, el testimonio anticipado de la víctima es un medio de prueba que ha tomado una fuerza probatoria que otros medios carecen; incluso la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana en la sentencia N° 1432-2017³⁸ que trata acerca de la valoración de la prueba en delitos de violación ha determinado que este tipo de prueba tiene relevancia específica, en delitos sexuales, que por su naturaleza de ocultamiento no hay mejor testigo que la víctima misma para referir acerca del agresor, en tanto es suficiente por si solo para establecer la culpabilidad de una persona e imponer una sentencia condenatoria. Lo que no sucede con otros medios de prueba los que deben acompañarse entre ellos para poder equiparar esta fuerza probatoria.

Con lo antes dicho esta consideración de la Corte entra en contradicción notoria con las reglas bajo las cuales se rige el testimonio en la legislación ecuatoriana, ya que como

³⁸ “En cuanto al testimonio de la víctima, por tratarse de un delito sexual, tiene un estándar de valoración especial, ya que por la clandestinidad con la que suelen cometerse esta clase de infracciones, no es común que se presente multiplicidad de pruebas del hecho”. Ecuador Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia N°1432-2017, 31 de agosto del 2017. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Juicio_17721-2016-1150(1).pdf

se mencionó una de las reglas del art. 502 del COIP determina que esta prueba será valorada en contexto con las demás pruebas que versen del proceso, sin embargo, estos fallos son resultado directo de lo emanado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que ha sido pionera en dar este valor al testimonio de la víctima en delitos sexuales, no solo por el impacto social que causan los mismos sino por el daño que implica para la víctima el volver a enfrentarse a su agresor.

En concordancia con lo anterior amerita aludir lo establecido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el caso *Rosendo Cantú vs México*, en donde se pronuncia diciendo que precisamente cuando se trata de delitos sexuales y por darse estos sin presencia de testigos no se puede esperar que existan pruebas gráficas ni documentales, por lo que la declaración de la víctima es una prueba fundamental sobre el hecho.³⁹

El análisis bajo el cual se ha cuestionado la veracidad del testimonio como prueba, se ha ido dejando de lado en los testimonios anticipados de las víctimas de delitos ocultos, en razón de la carga moral de la víctima al momento de rendir el testimonio, y por ser un delito que se comete en la generalidad sin presencia de testigos. Esto la ha convertido en una prueba de convicción, que no necesita de diligencias de apoyo (test de credibilidad) para su verificación; entonces esta se habría convertido en lo que se puede denominar la prueba reina de los procesamientos penales de connotación sexual.

1.2.2. Fuentes normativas: constitucionales y legales

Dentro del artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador se garantiza el derecho de la víctima a no ser revictimizada, más aún en la obtención y valoración de pruebas, es por ello que el testimonio anticipado se ha vuelto uno de los medios probatorios más utilizados porque busca resguardar integralmente, el bienestar de la víctima dentro de un procesamiento penal.⁴⁰

Esto como una respuesta del Estado, para proteger a la víctima de los daños posteriores al cometimiento del delito, y es que la revictimización obliga a la víctima a

³⁹ Corte IDH, “Sentencia del 31 de agosto del 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso *Rosendo Cantú vs México*, 31 de agosto del 2010, párr. 89. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf. Véase también Corte IDH, “Sentencia del 20 de noviembre del 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso *Espinoza Gonzales vs Perú*, 20 de noviembre del 2014, párr. 150. Consultado el 28.03.2020 en [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/seriec_289_esp\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/seriec_289_esp(1).pdf)

⁴⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, registro oficial N.º 449, del 02 de octubre del 2008, art. 78.

atravesar dos etapas, la victimización primaria que es la que se somete cuando el victimario comete el delito, y la victimización secundaria a la que es sometida después por el mal manejo del sistema jurídico estatal, por la poca preparación y desinformación de los administradores de justicia o por factores externos como la situación social, cultural o económica.

Es primordial que el Estado busque mecanismos para lograr un sistema dinámico, en donde las víctimas no tengan que quedar en medio de la incertidumbre de la injusticia; erradicar el sistema cruel y anticuado, lleno de funcionarios poco aptos y preparados para tratar temas de esta índole. Lamentablemente los mecanismos aplicados hasta hoy no son los más adecuados, ni son los que han evitado la revictimización de las víctimas, los legisladores ecuatorianos deben entender que la búsqueda de garantías para la víctima no se encuentra en la restricción de derechos del procesado.

Entre las atribuciones de las que goza el fiscal podemos encontrar que está facultado a solicitar al juzgador la recepción de testimonios anticipados de víctimas de delitos sexuales, trata de personas y de personas víctimas de violencia intrafamiliar, siempre y cuando se apliquen los principios de inmediación y contradicción, más sin embargo, cuando revisamos el artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal este hace referencia a que el anuncio de la prueba deberá ser dentro de la audiencia preparatoria de juicio y se evacuará en la audiencia de juzgamiento, lo que no sucede con el testimonio anticipado que por excepcionalidad puede ser practicada fuera de esta etapa y ser incorporado en juicio.

De igual forma dentro de las reglas de la prueba hallamos la facultad que tiene el juez de recibir como prueba anticipada, los testimonios de las personas que demuestren estar imposibilitadas de comparecer a la audiencia de juicio, entre estos por ejemplo personas gravemente enfermas, víctimas y testigos protegidos, quienes van a salir del país y agentes encubiertos.⁴¹

Luego de revisada la normativa ecuatoriana se puede deducir que se está aplicando al testimonio anticipado como una garantía de la víctima a no ser revictimizada, en igual forma se trata de clarificar quien está facultado a solicitar, a receptar y a rendir este testimonio, sin embargo, nuestro marco jurídico no ha tipificado parámetros claros para la evacuación y la práctica de esta diligencia, lo que ha dejado campo abierto a la discrecionalidad de los administradores de justicia.

⁴¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, art. 502.

Esta discrecionalidad ha dado como resultado graves vulneraciones al debido proceso, y un sin fin de dificultades para la administración de justicia, creando una evidente necesidad de normar la evacuación de esta diligencia, que además debía venir acompañada de un protocolo de uso de cámara de Gesell que es la instalación adecuada para llevar a cabo un testimonio anticipado.

Es así que en el 2014 el Consejo de la Judicatura emite el protocolo N. 117-2014 para el uso de la Cámara de Gesell, en el que busca regular el uso y funcionamiento de la Cámara de Gesell apegado al debido proceso y por tanto a las garantías constitucionales.

Si bien en el numeral I del protocolo en donde se desarrollan las generalidades, consta la finalidad con la que fue creada la cámara de Gesell y es brindar un mejor servicio de justicia para las personas que “lo requieran” como textualmente lo establece, no es menos cierto que se ha abusado de la utilización de este mecanismo, lo que rompe por completo la finalidad con la que esta herramienta fue creada.

De igual forma, señala a los principios de intermediación, celeridad, confidencialidad y principios del debido proceso como la base para la realización de cualquier diligencia en cámara de Gesell, con lo que se entiende que bajo ninguna circunstancia podrá permitirse la vulneración del derecho a contradecir y defenderse por parte del procesado.

Dentro de las generalidades además se detalla los requisitos para la utilización de la cámara de Gesell, la estructura física de esta, que consta de dos cuartos el uno como área de entrevista, y el segundo como área de observación y reconocimiento. Define los usos que se pueden dar a la misma, las normas bajo las cuales debe realizarse una diligencia que son una breve descripción de las formalidades para asegurar un buen funcionamiento de equipos y mantenimiento del espacio físico.

Dentro del numeral dos, se prevé la gestión administrativa, tecnológica y de mantenimiento que comprende, la coordinación, manejo de agendamiento, supervisión, funcionamiento del equipo técnico, manejo, y encargado de manejo, en el numeral 3 se especifica los procedimientos para la utilización, cuando esta debe ser utilizada como sala de testimonios en donde se debe destacar la formalidades de la diligencia en donde el juez debe supervisar y autorizar el ingreso de las personas a la diligencia; además indica que será el único facultado a dar inicio a la diligencia, y que deberá garantizar que en el caso de niñas, niños y adolescentes o personas con discapacidad estos deberán

entrar con un representante o una persona quien haya sido autorizada por el juzgador o el fiscal.

Los parámetros de funcionamiento como sala de reconocimientos e identificación del sospechoso, comprende un momento previo a la diligencia en donde se explica que la víctima estará en la habitación de observación, junto con el juez, fiscal y demás intervinientes. En el área de entrevista deberá existir diez personas de similares características al procesado que serán llamados modelo, y deberán portar un mismo color de camiseta, y un número en orden de su ubicación, se repetirá el mismo ejercicio con cambios de números, así también especifica que luego de que la víctima reconozca por dos ocasiones al victimario el juzgador dará por terminada la diligencia. Se especifica además de la estricta necesidad de que la víctima con los operadores permanezca dentro del cuarto de observación para evitar contaminación de información, ahora bien, cuando desarrolla el momento posterior a la instalación de la diligencia, prevé el manejo de las grabaciones, y la falta de necesidad de transcribirlas por ser un proceso oral.

En igual sentido hay que acotar que la legislación ecuatoriana debe buscar mayor desarrollo normativo no solo en cuanto al testimonio anticipado, sino además en relación a la prueba anticipada. La idea sería crear una norma que establezca las reglas específicas bajo las cuales podría evacuarse la prueba anticipada, mismas que permitan garantizar el derecho tanto de la víctima y del procesado, pues la normativa actual no ha logrado establecer un equilibrio verdadero entre las partes a la hora de evacuar un testimonio anticipado. Además de este ajuste normativo, se debe buscar la capacitación de los administradores de justicia con la finalidad de generar verdaderos intérpretes de la ley, que puedan aplicar la normativa en favor de los derechos de ambas partes procesales.

1.3. El testimonio anticipado y su relación con el garantismo penal

El garantismo es una corriente que intenta forjar sistemas más justos y en favor de los derechos, este no solo busca juzgar a una persona sobre elementos claros que permitan llegar al conocimiento de la verdad, sino además que en el camino al conocimiento de la verdad se respeten las garantías básicas de la dignidad humana ya que por la esencia misma del derecho penal este suele ser abrupto y descontrolado

cayendo con todo su peso sobre la parte débil del procesamiento penal es decir sobre el encausado.

Tal como lo explica Ferrajoli “Las normas pueden formularse en términos de obligaciones y prohibiciones, esto es, como normas imperativas, o bien en términos de expectativas, esto es, como normas atributivas”;⁴² el derecho penal es imperativo, es decir crea deberes y muchas de las veces estos deberes limitan las normas de expectativa que son las normas que crean derechos. Por esta principal razón, es que el derecho penal debe siempre girar alrededor de las normas de expectativa es decir de los derechos, y ese es el espíritu del garantismo permitir la existencia de un sistema penal que imponga deberes y obligaciones, pero que estos no restrinjan en forma alguna los derechos.

Un sistema garante está dotado de principios que buscan dignificar al ser humano, estos principios son normas generales que deben adaptarse a cada realidad, y hacer efectivo el derecho en cualquier panorama que se presente. Con ello me refiero a que los principios siempre terminan generando derecho porque cuando un juzgador se encuentra frente a una norma injusta este pueda inaplicarla, y hacer alusión a un principio para dictar una resolución justa.⁴³

En la generalidad el principio debe ser considerado como un medio generador del derecho justo como el efectivizador de los derechos y el pilar fundamental del Estado garantista, es así que por ejemplo en aplicación al principio de contradicción los administradores de justicia podrían inadmitir como prueba un testimonio anticipado de la víctima en el cual no se ha presentado el procesado a contradecir, aun cuando la ley lo permita; porque de esta valoración resultaría una decisión injusta y en contra de lo que propone el garantismo. El garantismo en general propone un sistema penal mínimo, en donde se busque reducir en todo ámbito la excesiva manera de punir por parte del Estado; es decir, que la sociedad misma deje de buscar la intromisión del derecho penal en todo conflicto social que puede ser resuelto con un medio menos doloroso y violento.

En tal sentido hay que mencionar que la teoría garantista no solo debe irrumpir en el sistema jurídico estatal sino además lograr generar conciencia social a fin de que las personas dejen de exigir respuestas estatales más violentas y condenas más severas;

⁴² Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, 1ra.edi. (México: Editorial Fontamara, 2004), 158.

⁴³ Ramiro Ávila Santamaria, “En defensa del Neoconstitucionalismo transformador. Los debates y argumentos” Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina de Naciones: marzo 2012, 10, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Ávila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf.

como lo asegura el maestro Ferrajoli “El garantismo en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos”,⁴⁴ este conjunto no se logra únicamente con un ordenamiento jurídico constitucionalizado, sino además con una voluntad social integrada en donde todos sus miembros se vuelven actores de esta transformación.

Este modelo garantista propone además un nuevo papel en los administradores de justicia oponiéndose al que planteaba el positivismo en donde eran la boca de la ley y aplicaban estrictamente lo que preveía la norma, “un código fijo de leyes, que se deben observar a la letra, no deja más facultad al juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos si son o no conformes a la ley escrita”,⁴⁵ entonces la ley se vuelve el principio y el fin de un derecho porque los jueces no podrán decidir más allá de esta, y los vacíos y las ambigüedades deberán ser encontrados en las mismas normas. Para un positivista puro como es Hans Kelsen, el papel del juez gira alrededor de la norma y su interpretación no puede llegar más allá de una analogía de la norma que no es sino interpretarla textualmente.

Ahora bien, el panorama cambia por completo “con el advenimiento del constitucionalismo, el juez a la par asume una función primordial, la cual es ser garantista de los derechos y en la especie de los derechos contemplados en la Constitución de la República”,⁴⁶ es decir, que para el sistema garantista el juez cumple un rol primordial que es ser el guardián de los derechos por lo que este deberá adoptar sus decisiones a todo lo que resulte más favorable al ejercicio efectivo de los derechos y a la dignidad humana. De ello se desprende que el juez ya no tiene como límite la norma, su límite es hacer efectivo un derecho, entonces es allí cuando la capacidad del mismo se amplía para a más de hacer una verdadera interpretación de la norma, llenar vacíos y ambigüedades con su propio criterio. Y este es el modelo que hace al

⁴⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 1ra.edi. (México: Editorial Trotta, 2004), 158.

⁴⁵ Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas* (Madrid: Editorial Trotta, 2015), 258. Sobre el Garantismo puede consultarse también Miguel Revenga Sánchez, “Relación entre la Constitución y el Derecho Penal: una mirada desde la orilla constitucional”, *Derecho Penal y Garantías Constitucionales, una perceptiva iberoamericana* (coordinadores Gerardo Ruiz Rico y otros, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 221.

⁴⁶ Christian Masapanta Gallegos, “El juez Garantista: un nuevo rol de los actores judiciales dentro del Constitucionalismo ecuatoriano”, *Debate Constitucional*, Luis Fernando Torres (Quito: editorial Cevallos, 2010), 104.

administrador de justicia el tercero imparcial, permitiéndole valorar la prueba ingresada en juicio con el mayor equilibrio posible.

El sistema de garantías creado por la Constitución de la República del Ecuador establece un sinnúmero de principios que permiten sujetar los desbordamientos del poder penal entre lo que encontramos a la contradicción que “es el derecho a tener oportunidad para contraprobar ósea a procurar ofrecer pruebas que desvirtúen las ofrecidas en su contra”,⁴⁷ refutación que se puede ver mermada en la aplicación de testimonios anticipados en delitos sexuales en donde por lo general se notifica a Defensoría Pública para que ejerza una defensa técnica a favor del procesado, y se da por garantizado el derecho a la defensa, cuando en muchos de los casos el defensor público se remite a brindar únicamente presencia física en este tipo de diligencias ya que desconoce de la causa así como también a la persona a la que se encuentra defendiendo.

Por otra parte no olvidemos que “El COIP es eficientista, por eficientismo entiendo la técnica mediante la cual se busca un sistema penal y poder punitivo medido en sentencias condenatorias y en mayor número de personas privadas de la libertad logradas en el menor tiempo posible”.⁴⁸ El Código Orgánico Integral Penal fue conformado con un poder represivo y desmedido, es un código que mide resultados en base a sentencias lo que genera un sistema judicial que violenta el debido proceso, los derechos y las garantías y por tanto que es contrario al garantismo.

Para Baratta el eficientismo es “la enfermedad crónica que siempre ha acompañado al derecho, donde los administradores de justicia solo buscan resultados para demostrar sus logros y su trabajo”;⁴⁹ lo que se intenta con el eficientismo entonces es medir la productividad de los administradores de justicia, mediante número de sentencias, sin embargo, esta técnica no permite evaluar la capacidad, ni tampoco la calidad y conciencia con la que estos administran justicia. Es evidente que la desigualdad es un factor determinante dentro de un proceso penal, y es que quienes poseen recursos económicos cuentan con los medios adecuados para lograr una

⁴⁷ Jauchen, *Tratado de la prueba en materia penal*, 34.

⁴⁸ Ramiro Ávila Santamaría, *El COIP y su potencial aplicación garantista* (Ecuador: inédito), 7-8

⁴⁹ Alexandro Baratta en Grunauer Cristina, “El cumplimiento de los parámetros del debido proceso en el procedimiento directo del Código Orgánico Integral Penal” (Tesis Magister, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2016), 18, <http://hdl.handle.net/10644/4758>.

verdadera defensa, y entonces los carentes se vuelven el blanco perfecto del sistema penal, un sistema en donde no se plasma el verdadero garantismo.⁵⁰

Sin duda, los procesamientos por delitos sexuales resultarían menos agresivos si en el sistema penal ecuatoriano primara el modelo garantista. Con ello, no solo la evacuación del testimonio anticipado debería estar revestido por un sinnúmero de reglas que permitan que su evacuación no violente derechos fundamentales como el debido proceso y derecho a la defensa, sino además que tendríamos víctimas participes de un proceso judicial con menos dolor y más confianza en el sistema de justicia.

Bajo este criterio entonces, la aplicación del testimonio anticipado sin normativa o reglas específicas puede resultar contraproducente a un sistema completamente garante que busca por sobre todos los medios que la solución a un delito cause menos violencia que la causada por el mismo delito. El Estado ecuatoriano debe construir un mecanismo idóneo que vuelva a la prueba anticipada un medio equilibrado que no vulnere el debido proceso, pero proteja a la víctima de ser revictimizada.

1.3.1. Derechos de los procesados y de las víctimas

El constitucionalismo del derecho penal es una propuesta que busca garantizar el equilibrio entre las partes procesales, por ello cabe citar lo establecido por el Código Orgánico Integral Penal en el considerando número 3 que establece “El derecho penal tiene, aparentemente, una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas, por un lado protege los derechos y, por otro, los restringe”;⁵¹ es decir posee una doble función; por un lado debe resguardar los derechos de las víctimas, y por otro restringir excepcionalmente los derechos de las personas en conflicto con la ley, siempre y cuando ello lo amerite. Entenderíamos entonces que el Derecho Penal tiene que buscar un equilibrio en el que no se deje en impunidad un delito, pero tampoco que ello implique recaer en la venganza con un procesado.

El debido proceso está basado en principios que le permiten tener una correcta aplicación “los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el

⁵⁰ Ramiro Ávila Santamaría, *La injusticia Penal en la democracia constitucional de derechos*, Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina: Septiembre del 2010,137, <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CON-003-Ávila,%20R-La%20in>.

⁵¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014. Considerando N°3.

hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no”,⁵² con ello entendemos entonces que los principios son de cumplimiento irrestricto porque su existencia está justificada bajo la protección de un derecho, es entonces que son directrices para la aplicación de normas, por lo que es absurdo que sean minimizados por estas mismas normas, estos direccionan el procesamiento penal en pro de los derechos.

En relación con lo anterior, cuando se hace alusión al debido proceso es común tener arraigadas las ideas retrogradas de lo que el positivismo determinado acerca de este, que no era otra cosa que el simple legalismo, pero el debido proceso que propone el Estado Constitucional hoy en día es el que permite la existencia de procesamientos penales en donde se garantizan los derechos tanto de la víctima como de procesado.

Entre los principales derechos de las víctimas dentro de un proceso penal encontramos, la protección especial, para lo que se creó un sistema de protección a víctimas que es administrado por la Fiscalía General del Estado ecuatoriano, el derecho a no ser revictimizadas, es decir a no tener que revivir los hechos de violencia de los que fueron víctimas; aun cuando ello fuere necesario para generar una prueba dentro de juicio. Además, tienen derecho a ser reparadas en su integralidad, es decir que la reparación implique restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado y demás garantías propias de su condición.

Las garantías del debido proceso establecidas dentro del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador pueden ser entendidas como límites para evitar los desbordamientos del *ius puniendi*, y entre estas encontramos el derecho a ser considerado inocente, hasta que se declare lo contrario mediante sentencia ejecutoriada, el derecho a ser juzgado con la existencia de norma previa, nadie puede ser juzgado con pruebas obtenidas con violación a la constitución o la ley, todo conflicto de ley se resolverá en todo lo que resulte más favorable a la persona infractora, siempre deberá existir proporcionalidad entre la infracción cometida y la pena impuesta, toda persona tiene derecho a la defensa en toda etapa del proceso, y esta comprende tener el tiempo y los medios adecuados para defenderse, ser escuchado en el momento oportuno, y en

⁵² Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid; centro de estudios constitucionales,2001), 86-7.

igualdad de condiciones, tener acceso a todos los documentos que tengan que ver con su proceso, no ser interrogado, ser asistido por un traductor en los casos en los que el procesado no hable el mismo idioma, toda persona tiene derecho a contradecir las pruebas aportadas en su contra, nadie podrá ser juzgado dos veces por la misma causa, ser juzgado por un juez o jueza imparcial, toda resolución deberá ser motivada, y el derecho a recurrir de todo fallo que decida sobre sus derechos.

Dentro de la presente investigación es fundamental hacer alusión al principio de contradicción establecido en el artículo 454 numeral 3 del COIP que determina “las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen de forma anticipada”,⁵³ entendiendo a la contradicción como el derecho de toda persona de refutar con argumentos toda prueba presentada en su contra, entonces tanto como la víctima y el procesado están asistidos por este derecho, pero como es evidente con la evacuación e ingreso a juicio de un testimonio anticipado sin permitir la contradicción se termina por vulnerar los derechos del procesado.

1.4. El testimonio anticipado en el derecho comparado

El Código Orgánico de Procedimiento Penal colombiano ha tipificado la prueba anticipada, permitiendo que se practique por cualquier medio siempre y cuando cumpla con requisitos específicos entre los cuales encontramos que debe ser pedida por el fiscal y practicada ante un juez, que su práctica sea por motivos evidentes, además esta debe ser practicada en audiencia de juicio público,⁵⁴ similar a lo que sucede en Ecuador, pues como se explicó en líneas anteriores los requisitos que exige el Código Orgánico Integral Penal, son que sea solicitada de manera motivada por el fiscal, y que sea practicada ante el juez quien deberá verificar la identidad de quien rinde el testimonio.

La normativa en Colombia sobresale cuando establece que el anticipo puede ser por cualquier medio probatorio, lo que como es lógico deja a Ecuador detrás, pues en nuestro país únicamente se permite como anticipo probatorio al testimonio, dejando a las demás pruebas en la incapacidad de ser evacuadas antes de juicio.

⁵³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, art. 454.

⁵⁴ Colombia, *Código de Procedimiento Penal Colombiano*, Ley 906 de 2004, art. 284.

En México de igual forma ya se ha tipificado a la prueba anticipada, dentro Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 304, en donde se determina que antes de la audiencia de juicio se podrá evacuar cualquier medio de prueba pertinente siempre y cuando se haga ante un juez, la diferencia en la legislación mexicana es que ha ampliado la posibilidad de solicitar una prueba anticipada por cualquiera de las partes,⁵⁵ lo que no sucede en las dos legislaciones analizadas anteriormente ya que para Colombia y Ecuador, este anticipo probatorio debe ser solicitado únicamente por la Fiscalía.

Además, en México se ha previsto un requisito fundamental, y es que la parte solicitante justifique que el anticipo probatorio sea indispensable, y de extrema necesidad, lo que restringe de alguna forma que esta prueba sea solicitada para casos que no amerite, como es el caso de la legislación ecuatoriana que aunque prevé que la solicitud sea motivada no se exige mayor justificación para la evacuación de este tipo de prueba.

En el Código Procesal Penal de Paraguay, podemos encontrar al anticipo de prueba dentro del artículo 320, en donde expone que puede ser prueba anticipada, el reconocimiento, la reconstrucción, la inspección o pericia, y la declaración; teniendo estas que ser ante el juez, y con notificación a todas las partes, además de que puede ser solicitada por la Fiscalía o por cualquiera de las partes;⁵⁶ es importante señalar, que al igual que en la legislación mexicana, Paraguay ha dispuesto que esta prueba pueda ser solicitada por cualquiera de las partes, algo que puede ser un avance para la legislación pero también un retroceso para la protección de derechos y garantías, si repensamos que una prueba anticipada pueda eliminar la equivalencia de los derechos de las partes en la etapa de juicio.

Como segundo aspecto es fundamental subrayar que la legislación paraguaya determina que la evacuación de la prueba anticipada debe realizarse con la citación a las partes, lo que es una respuesta directamente proporcional a un sistema de garantías fundamentales bien estructurado; es decir, que la realización de una prueba anticipada depende de la citación de las partes, lo que garantiza el ejercicio pleno del principio de contradicción.

⁵⁵ México, *Código Nacional de Procedimientos Penales de México*, Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo del de 2014, art. 304.

⁵⁶ Paraguay, *Código Procesal Penal de la Republica de Paraguay*, Ley N 1286/98, del 14 de julio de 1998, art. 320.

Ahora bien la tipificación se contradice en el artículo posterior en donde se detalla que cuando la prueba es requerida por extrema necesidad o no se haya establecido la individualización del procesado podrá hacerse un pedido verbal por el Ministerio Público al juez, y realizarse sin las citaciones y convocando a un defensor público; contraponiéndose el espíritu de lo anterior; sin embargo, hay que acotar que esta tipificación está un paso adelante de la norma existente en el Ecuador, que no precisa acerca de la citación a las partes en esta diligencia, y únicamente establece el apego irrestricto a los principios de inmediación y contradicción, dentro de las cuales se sobreentiende que esta la notificación a la parte contraria.

Del análisis realizado a las diferentes legislaciones, se ha podido demostrar que en toda ley se ha previsto la prueba anticipada y no solo al testimonio anticipado como en el Ecuador, incluso se trata en general sobre el anticipo de todo medio probatorio. En algunos países como Paraguay y México se establece algunos requisitos específicos para su evacuación, pero este no es el caso de Colombia y Ecuador en donde no existen reglas o parámetros claros que especifiquen la manera de evacuación de la prueba anticipada, por ejemplo en el Ecuador queda a discrecionalidad de los administradores de justicia el establecer las reglas bajo las cuales va a ser practicado el testimonio anticipado, y muchas de las veces ello genera graves vulneraciones no solo del debido proceso sino de derechos fundamentales.

Luego de desarrollado todo lo que conlleva la prueba testimonial, y en específico el testimonio anticipado conjuntamente con el tratamiento que le dan otras legislaciones, en los siguientes apartados de la presente investigación se mostrará un abordaje claro de la aplicación de este para los delitos de connotación sexual, exponiendo un análisis no solo del delito de abuso sexual sino de la aplicación del testimonio anticipado de la víctima como la prueba madre para sancionar estas conductas penalmente relevantes.

Capítulo Segundo

El testimonio anticipado y su relación con los delitos de abuso sexual en el Ecuador

En este segundo capítulo se abordará acerca de los medios probatorios, lo cual nos permitirá hacer una ubicación exacta de lo establecido en la legislación ecuatoriana. Además, se analizará al delito de abuso sexual, su naturaleza jurídica y características, con lo que podremos entender de manera clara cuales son los elementos que lo conforman y el tratamiento del mismo en la legislación penal.

Es de interés además desarrollar el rol que cumple cada uno de los sujetos procesales dentro del procesamiento penal en el Ecuador, la forma en la que opera el testimonio anticipado, así como su procedimiento para recepción.

Conjuntamente con ello se determinará los principios constitucionales y los derechos de los que están asistidos tanto la víctima como el procesado, y hacer un análisis que permita evidenciar si la evacuación de esta prueba anticipada se da con apego irrestricto a los mismos y con ello valorar el nuevo rol que deben cumplir los jueces a la luz del garantismo penal.

2.1. Los medios probatorios aplicables en procesos por delito de abuso sexual

Entre las pruebas más utilizadas en este tipo de ilícito encontramos por ejemplo a la valoración psicológica, el examen médico legal, y el testimonio de la víctima, estos desde mi criterio son los elementos determinantes de la existencia de un delito sexual.

Para una mejor comprensión, vamos a partir de la conceptualización de los medios de prueba; decimos entonces que estos son instrumentos que permiten incorporar al proceso una fuente de prueba, y las normas procesales son las que determinan como hacerlo, para que estos lleguen a la etapa de juicio y sean valorados por el juzgador.⁵⁷

Vinculado a lo antes dicho es necesario precisar la diferencia existente entre un medio de prueba y una diligencia de investigación, el primero es un elemento que se

⁵⁷ Isabel Gonzales Cano, *La prueba, Tomo II, la prueba en el proceso penal* (España: Tirant lo Blanch, 2017), 43. Edición digital de Tirant lo Blanch.

evacua en juicio y que sirve para dirimir entre la culpabilidad y la inocencia, en cambio las diligencias de investigación buscan fuentes de prueba que dan vida a la acusación y al proceso como tal, pero nada tienen que ver con la resolución, y esto es lo que se intenta con la prueba anticipada, mediante esta figura se ha pretendido dar fuerza de medio de prueba a una diligencia evacuada en etapa anterior a la de juicio.⁵⁸

Los medios probatorios que resultan aplicables en procesos por delitos de abuso sexual en Ecuador, son los mismos mecanismos que se utilizan en todo tipo de delito; es decir, estos pueden ser documental, pericial, o testimonial. Ahora bien, en la generalidad de casos Fiscalía, como titular de la acción, apoya sus investigaciones en pruebas periciales como las valoraciones médicas y psicológicas, conjuntamente con pruebas testimoniales como es el testimonio de la víctima, y en razón de esto en el Ecuador se ha vuelto el testimonio anticipado en una de las pruebas más utilizadas en procesos de delitos sexuales. Con ello no se quiere afirmar que no es válida la utilización de otros medios de prueba que sirvan para probar tanto la materialidad como la responsabilidad de la infracción, sino más bien demostrar que esta prueba se ha vuelto un elemento esencial en la determinación de una condena.

Ya se ha dicho que a través de las diligencias de investigación es imposible fundar una condena porque estas no suponen una plena convicción de la culpabilidad, sino únicamente la probabilidad, es por ello que a través de estas únicamente se da medidas preventivas o se formula cargos; porque es indudable que la exigencia del principio de contradicción no es la misma en esta fase que en la de juicio oral.⁵⁹

Lo anteriormente expuesto ha generado un debate importante en razón de que es indudable que las garantías bajo las que se practica un medio de prueba en juicio son inmensamente distales a las que se respetan cuando se evacua una diligencia de investigación, por lo que vuelve peligroso dotar de fuerza probatoria al testimonio anticipado que es una fuente, no solo por los vicios que podría causar en el proceso sino porque además presumiría una ardua valoración por parte del juzgador.

En consecuencia, este peligro se evidencia con más fuerza en los procesos de connotación sexual, pues como se explicó anteriormente el testimonio anticipado de la víctima es la prueba madre de estos procesamientos, por lo tanto, a esta fuente de

⁵⁸ Pedro Luis García Muñoz y otros, *Estudios sobre la prueba penal, volumen I, Actos de investigaciones y medios de prueba en el proceso penal: competencia objeto y límites* (Madrid; La ley, 2010), 29

⁵⁸ *Ibíd.*, 142-43

⁵⁹ Isabel Gonzales Cano, *La prueba*, 41.

prueba que muchas de las veces vulnera garantías básicas del proceso, es convertida en un medio de prueba sin mayor valoración, permitiendo que funde condena acompañada de otras pruebas o aun sin estas, lo que genera inseguridad jurídica y una evidente violación a los derechos.

Permitir que el testimonio anticipado de la víctima sea un medio probatorio exige que en la evacuación de este se respete estrictamente las garantías de inmediación, contradicción, publicidad y oralidad, tal y como se haría en la etapa de juicio, es decir no se puede obviar por ejemplo la notificación o la no asistencia del procesado, porque ello le resta fuerza probatoria, y porque terminaría dejándola en la categoría de fuente de prueba con lo que no se puede fundar una condena.

2.2. El delito de abuso sexual: naturaleza jurídica y características.

En el Ecuador a partir del año 2015 se empieza a visibilizar la violencia sexual especialmente encasillada en el ámbito escolar, por lo acaecido entre otros casos en el caso Principito y caso Aampetra⁶⁰. La conmoción social que vivía el país y presión hacia la justicia para investigar y sancionar estos delitos da como resultado que en el 2018 se lanza una consulta popular acerca de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales, en donde la respuesta ciudadana fue declarar la imprescriptibilidad de los mismos por todo el horror social que causan y por el tratamiento ineficaz que estaba dando el Estado frente a estas conductas hasta ese momento.

Allí empieza una ola de denuncias en contra de abusadores sexuales en donde se funda estigma social, etiquetamiento y pena de banquillo en contra de los investigados por estos delitos, ya que con toda la presión social que se estaba y que se sigue viviendo en el Ecuador alrededor de estos ilícitos se empezaron a infundir procesos en los que la justicia no solo debía ser diligente y efectiva sino alígera, porque el Estado no ha encontrado otra respuesta que la agresividad del poder penal a un problema de estructura social.

⁶⁰ Caso el Principito, agresión sexual a un menor de 4 años por parte de su maestro de natación, mediático por el estrato social de la víctima. Caso Aampetra, abuso sexual a 41 estudiantes por parte de su profesor, quien solicitó a los representantes de los estudiantes poner cortinas en el aula para cubrir del sol a los menores, sin embargo, ello sirvió como escondite para perpetrar los hechos.

Ya dentro del tipo penal, para Álvaro Bustamante “El vocablo abuso deriva del latín *abusus*, significando *ab*: contra; y *usus*, uso”,⁶¹ es decir que se puede entender que el abuso debe ser interpretado como un uso en contra de la voluntad del sujeto pasivo.

El abuso sexual es una agresión sexual que comprende constreñir a una persona mediante violencia o intimidación, a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.⁶² En líneas generales, debe tratarse de un acto que afecte la libertad de autodeterminación en el ámbito sexual con lo que se impone una conducta sexual no querida es decir, que se somete a una persona a un contexto sexual no consentido, pero en este ámbito siempre deberá valorarse la naturaleza sexual del hecho, siempre debe ser una acción que lesione o ponga en peligro a la integridad sexual.⁶³

Según lo determina Alberto Donna, en el abuso sexual debe existir una relación directa entre víctima y victimario, por lo que es común los tocamientos en las partes íntimas sin consentimiento de la víctima, hay una manipulación sexual del cuerpo de la víctima, del victimario o de un tercero.⁶⁴

Existen dos tesis que tratan perspectivas diferentes acerca del abuso sexual, la doctrina subjetivista que hace un análisis de la finalidad del perpetrador del hecho es decir, que el victimario debe tener la intención de lograr algún tipo de satisfacción sexual por medio del acto que ejecuta en contra de la víctima; en cambio en la tesis objetivista se afirma que no se debe encontrar ese ánimo del autor para determinar la existencia de un abuso sexual pues este debe ser entendido como la ejecución de cualquier acto que violenta la integridad sexual de la persona.⁶⁵

El analizar la tesis subjetivista plantea un panorama muy complejo, y es que propone que la existencia del delito dependa de la determinación del dolo del sujeto activo, lo cual procesalmente es casi imposible porque entonces se debería probar que el victimario perpetuó el acto con el ánimo de lograr alguna satisfacción sexual, es decir, entonces se deja de lado el análisis de la lesividad causada a la víctima, a lo que se podría decir que esta tesis propone una valoración de la conducta penalmente relevante con desplazamiento total de la víctima.

⁶¹ Álvaro de Gregorio Bustamante, *Abuso Sexual Infantil denuncias falsas y erróneas* (Argentina: Omar Favale, 2004), 26.

⁶² Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal, parte especial* (Valencia: Tirand lo Blanch, 2019), 206

⁶³ Esteban Pérez Alonso, “Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, *Indret Revista para análisis del derecho*, n°3 (2019): 11.

⁶⁴ Alberto Donna, *Delitos en contra de la integridad sexual* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, s/d), 19.

⁶⁵ Bustamante, *abuso infantil*, 31.

Entonces, se debería pensar que bajo esta teoría podría dejarse en la impunidad un delito de abuso sexual porque si bien este es un delito de resultado,⁶⁶ este no debe depender del resultado del victimario porque ello distorsiona el bien jurídico de libertad sexual que busca proteger esta tipificación y termina vulnerando gravemente los derechos de la víctima.

Por consiguiente, la tesis subjetivista lo que debe hacer es un acompañamiento en el razonamiento de la naturaleza sexual del acto, esto dicho en otras palabras sería determinar el ánimo libidinoso de la persona para enlazarlo con la conducta, con lo que se podría llegar a penar un verdadero acto de naturaleza sexual en razón de que existen actos que no tienen un carácter sexual claro como son los besos o los tocamientos en partes que no son los órganos sexuales, o los actos equívocos o con fines terapéuticos, jocosos, de venganza o burla⁶⁷ que como es lógico no cumplen con los elementos del tipo penal de abuso sexual.

En opuesto, la tesis objetivista gira alrededor del hecho y de lo que esta le causa a la víctima, determinando la lesividad, es decir, el grado de incomodidad que puede producir a una persona el someterle a un acto de naturaleza sexual sin su consentimiento y esto es lo que se valora para la configuración del tipo penal.

Por otro lado, la legislación ecuatoriana ha tipificado al delito de abuso sexual en su artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal y lo define como “la persona que en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre si misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”,⁶⁸ entendiéndose que esta tipificación busca sancionar una conducta encaminada a violentar la voluntad de la persona y la integridad sexual de la misma, mas no a determinar el afán del agresor porque se sobreentiende que es doloso.

Vinculado a la tipificación cabría hacer un análisis del tipo penal de abuso sexual desde los elementos objetivos:

Sujeto Activo: No calificado, la persona que.

⁶⁶Los delitos de resultado son los que han causado un evento material, como consecuencia de la acción, este evento puede ser en diferente tiempo y espacio del de la ejecución de la acción. Son delitos que para su consumación se requiere que produzcan un resultado es decir una afectación al bien jurídico protegido. Olave Albertini, “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”, *Política criminal*, n°13 (2018): 175-207.

⁶⁷ Muñoz Conde, *Derecho penal parte especial*, 207.

⁶⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral*, Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, art. 170.

Sujeto Pasivo: No calificado la persona a la que se le vulnera su integridad sexual.

Verbo Rector: Ejecute u obligue a ejecutar. La palabra ejecutar según el diccionario de la Real Academia de la lengua española es poner por obra algo.⁶⁹

Objeto Jurídico: Integridad sexual.

Objeto Material: Cuerpo del sujeto pasivo, la misma víctima.

Elementos Normativos: no hay.

Elementos valorativos: acto de naturaleza sexual.

Otros elementos: sin que exista penetración o acceso carnal.

Y desde los elementos subjetivos debemos mencionar que este es un delito que se comete con dolo, es decir, con el elemento cognitivo y volitivo, el conocer y el querer ejercer una conducta sexual en contra de una persona sin que medie el consentimiento de esta última; no cabe hablar de este tipo desde la culpa porque la ley no prevé el tipo culposo de abuso sexual.

Por otro lado, es indispensable abordar acerca del bien jurídico protegido en delitos sexuales, y es que históricamente era considerado un delito en contra de la honestidad y lo que se protegía era la honra de los varones allegados a la víctima. Esta conceptualización queda de lado con la nueva contextualización del bien jurídico llegando a definirlo como la integridad sexual.⁷⁰ Hoy en día se habla del bien jurídico libertad, entendida como un derecho a decidir sobre como determinarse y desenvolverse, la libertad sexual es la manera de decidir como autodeterminarse en el ámbito sexual el decidir si participar o no hacerlo en eventos sexuales.⁷¹

Ya en el delito de abuso sexual, tal y como está determinada por la legislación ecuatoriana tenemos a la integridad sexual, comprendida como un todo que abarca la libertad sexual e incluso la dignidad propia del ser humano, esta tipificación debe estar encaminada a prevenir que una persona en ejercicio pleno de sus derechos se le respete su capacidad de decidir si ejecutar un acto o no hacerlo porque detrás de este bien jurídico tenemos derechos garantizados constitucionalmente como el derecho a una vida libre de violencia o el derecho a elegir nuestra autodeterminación.

⁶⁹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <https://dle.rae.es>.

⁷⁰ Alberto Donna, *Delitos en contra de la integridad sexual*, 12.

⁷¹ Vivian Bullemore y Jhon Mackinnon, *Curso de derecho penal, tomo III, parte especial* (Chile: LexisNexis, 2005), 175-77

En razón de esto podemos definir que de alguna forma la integridad sexual, es una aproximación a la definición de libertad sexual que trata la legislación española; lamentablemente en el Ecuador se ha previsto este bien jurídico con una conceptualización añeja, porque la idea de su protección debe ser en razón de la libertad de una persona de decidir si participar en una actividad sexual, o no. Cuando se habla de integridad sexual, puede llegar a confundirse con la indemnidad sexual de menores de edad, que es la que trata España, que presupone una protección sobre menores de edad que no pueden consentir participación en actos de naturaleza sexual, lo que como es lógico deja en evidencia que con la conceptualización de integridad sexual se puede llegar a presumir esa falta de capacidad para consentir en adultos, por lo tanto sería conveniente que en el Ecuador se establezca esta diferenciación.

Toda tipificación debe precisar el bien jurídico protegido dentro de la misma sobre todo en ilícitos en los que siempre interviene la carga moral, más aún en países en donde la sexualidad sigue siendo un tabú, en sociedades conservadoras como la nuestra, se construyen tipificaciones con elementos muy generales, fundando un sinnúmero de interpretaciones y arbitrariedades.

La sociedad ecuatoriana y en general la latinoamericana, es un tipo de sociedad en la que la violencia contra la mujer es percibida con total normalidad, y ello a consecuencia del tan arraigado patriarcado que según lo determina Herrera ⁷²“ es el dominio del varón (Valcárcel, 1991) en el que las mujeres son vistas como parte de sus bienes activos o propiedades”; es una sociedad injusta que desconoce por completo los niveles de violencia contra la mujer, que justifica o peor aún culpa a las propias víctimas de ser abusadas. Una sociedad que implanta que las diferencias entre hombres y mujeres son abismales, que las mujeres son cosas y “ellos” son sujetos de derechos, pero sobre todo es una sociedad que ha infundado en los hombres un absurdo sentido de pertinencia sobre las mujeres y los ha convencido que son dueños de sus decisiones, de su sexualidad e incluso de sus vidas.

Lo anterior incluso encaja con el sistema de roles que se vive socialmente en donde se asignan actividades según la edad y especialmente dependiendo del sexo, en donde se ha justificado durante años la dominación sexual del hombre frente a la mujer, en un contexto de violencia generalizado que las juzga de víctimas provocadoras. Esto ha generado poca conciencia a la hora de valorar el bien jurídico protegido en conductas

⁷² Ana Lucia Herrera Aguirre, Romo María Paula & otros, Los derechos de las mujeres en la mira (Quito: Iedit, Corporación Humana, 2014), 76

penalmente relevantes en el ámbito sexual porque se cuestiona la libertad sexual y de decisión de las víctimas, el derecho a elegir que actos le resultan cómodos e incómodos, el derecho a transitar sin el peligro a ser sometidas/os y en sí a no ser víctimas y esclavas de las perversiones de un ajeno.

Tal y como las mujeres han sido excluidas del pensamiento centro que es el androcéntrico, han sido los niños dentro del pensamiento del adultocentrismo en donde estos son una otredad, un grupo ajeno, aislado y subordinado frente a los adultos.⁷³ En esta subordinación existente entre adulto, niño/a es en donde se desarrolla fácilmente una relación de desventaja que puede dar origen a abusos sexuales hacia niños/as por parte de adultos de su entorno y es por ello la importancia de que el tipo penal busque no solo penar sino erradicar la violencia sexual de un contexto social.

En resumen, el abuso sexual es la perpetración de un acto sexual sin penetración o acceso carnal sobre una persona que no ha prestado su consentimiento para participar del mismo, que reprime su libertad de mente y de cuerpo quedando sometida a la voluntad de un ajeno, vulnerando su libertad sexual, pero sobre todo la libertad de autodeterminarse⁷⁴. Por otra parte, es necesario precisar que se entiende como un acto de naturaleza sexual, cual es el contexto social y cultural en el que se da para con ello incluso cerrar más el tipo penal y evitar penar actos sin significado sexual.

Esto debido a que problema surge dentro de los actos que son moralmente aceptados en la sociedad y que no pueden ser asociados con la sexualidad, para estos actos se debe probar el dolo del sujeto activo, caso contrario este hecho se entendería por permitido y por tanto no podría ser penado.⁷⁵ Entre estas conductas podemos encontrar al beso, al abrazo, al acercamiento sin finalidad sexual, actos que deben cumplir con elementos necesarios para ser encontrados como abuso sexual. Hay quienes discrepan de la teoría objetiva por el desplazamiento que causa a la víctima tal y como se precisa en líneas anteriores; para este tipo de conductas es fundamental encontrar la

⁷³ Mariano Pussetto, “Entre niñez, Estado y adultocentrismo”, *Revista de conflictos sociales latinoamericanos*, n° 2 (2016), 8, https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=el+adultocentrismo

⁷⁴ Acerca del abuso sexual puede consultarse también Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal parte especial*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), p. 216. Edición digital de Tirant lo Blanch.

⁷⁵ Carlos Parma, *Abuso Sexual. Enfoque interdisciplinario de los lineamientos normativos actuales. Estudio sobre la víctima y el victimario* (España: ASC Libros Jurídicos S.A ,2005), 29

finalidad con la que ejecuta el hecho el sujeto activo y esta finalidad además debe ser dolosa a fin de que se configure el delito.

Cabe recalcar además que esta tipología es característica de un resultado tal y como expresa el profesor Carlos Parma aseverando que la idea de que este delito existe en grado de tentativa cala en inseguridad jurídica porque en resumen sería pasar a un sistema penal que castiga pensamientos y no hechos. El abuso sexual es un acto con finalidad sexual, no un pensamiento o una insinuación sexual, de eso se ocupa el acoso sexual.⁷⁶

Sobre esta base además resulta ambiguo mencionar que el abuso sexual es un delito en contra de la integridad sexual como bien jurídico, ya que se vuelve casi imposible determinar la lesividad para este bien jurídico, es por ello que se debe tratar como un delito en contra de la libertad porque cuarta la libertad a decidir y por tanto se va en contra de la dignidad humana como principio parte del *ius cogens*.

2.2.1. Rol de los sujetos procesales

Ya dentro de este apartado es necesario definir quienes son los sujetos procesales en un procesamiento penal, así encontramos a la víctima, procesado, y el juez, la primera es la persona sobre la cual recae la conducta penalmente relevante, es decir, es persona a la que se lesiona el bien jurídico protegido y que en el ámbito procesal es la que activa el sistema penal. El procesado en cambio es la persona que realiza el tipo penal o la que trasgrede el bien jurídico protegido, incluso es quien estará sujeto a la persecución penal. Finalmente, el juzgador que es el tercero imparcial que va a velar por el equilibrio en el proceso de estos dos últimos.

Ahora bien, en el decurso de un proceso penal cada uno de los intervinientes tiene una participación importante, en el caso de la víctima y del victimario son fuentes de prueba fundamentales ya que por la característica misma de los delitos ocultos estos se vuelven únicos testigos, por lo que su rol es fundamental para el descubrimiento de la verdad. Cuando la víctima es una fuente de prueba se debe ahondar cuidadosamente sobre lo que este aporte, pues muchas de las veces son pruebas vejadas por el trauma que causa intervenir en procesamientos de connotación sexual, y no permiten el esclarecimiento de la verdad de los hechos.

⁷⁶Ibíd., 31.

El procesado en cambio tiene un rol más pasivo, sin hablar en casos en los cuales no ejerce defensa y se le asigna un defensor de oficio a fin de que brinde una defensa técnica lo que muchas veces no le permite aportar ningún elemento de descargo a la imputación formulada por Fiscalía, convirtiéndolo en mero espectador de los causes del poder punitivo.

Ahora bien, uno de los papeles más importantes en el procesamiento es el rol que cumplen los jueces, estos se vuelven los guardianes de los derechos de los intervinientes en el proceso, su papel está encaminado no solo a efectivizar las garantías del debido proceso sino además a valorar el sinnúmero de pruebas que van a ser aportadas por las partes y a determinar si estas se han practicado acorde a las garantías legales básicas para que puedan ser tomadas de base para establecer una condena o una absolución.

Relacionado a lo anterior y como una de las actividades fundamentales que realiza un juez es la valoración de la prueba, que es una actividad de discernimiento de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en el procesamiento para acercarse en lo más posible a la verdad.⁷⁷

2.3. Forma en la que opera el testimonio anticipado en el Ecuador

El testimonio al igual que todos los medios de prueba debe ser evacuado en la etapa procesal determinada en la norma, es decir, dentro de la audiencia de juicio, siendo esta la etapa procesal en donde va a ser practicado, admitido y valorado, empero, en el caso del T.A aplica una excepción. Cadena sustenta al testimonio anticipado “como prueba que por excepcionalidad se permite que sea evacuada antes de la etapa de juicio, para luego ser incorporada en el proceso; es un tipo de prueba muy utilizada en delitos de connotación sexual para evitar que la víctima establezca algún tipo de contacto con el agresor”⁷⁸, tal y como lo expone la autora si bien el no establecer contacto con el agresor es una garantía de la víctima a no ser revictimizada, ello no implica que esta es una prueba que por excepcionalidad pueda ser evacuada con vulneración a los principios fundamentales ya que al igual que toda prueba el testimonio anticipado, tiene

⁷⁷ Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, 34.

⁷⁸ María Belén Cadena, “Procedimientos y aplicación de la cámara de Gésell en el Ecuador, en relación al testimonio anticipado (urgente) en los delitos de violación” (Tesis Maestría Derecho Procesal. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2016), 56, <http://hdl.handle.net/10644/4741>

que cumplir con principios procesales como oportunidad, inmediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia, exclusión, y la igualdad de oportunidad.⁷⁹

En efecto, esta es una prueba que le permite a la víctima rendir su testimonio sin confrontación con su victimario intentando de uno u otro modo evitar la revictimización⁸⁰, no obstante, se debe analizar los casos en los que procede o no este tipo de prueba porque si es evacuada en todos los casos sin diferenciación hay riesgo de que se convierta en un medio de prueba plasmado que termina restringiéndole a la víctima de su derecho a participar dentro de todo el procesamiento penal.

En el artículo 444 el numeral 7 del Código Orgánico Integral Penal se indica que dentro de las atribuciones del fiscal se encuentra el solicitar al juzgador con las solemnidades y formalidades del caso la recepción del testimonio anticipado en víctimas de delitos en contra de la integridad sexual y reproductiva, trata de personas, violencia contra la mujeres y miembros del núcleo familiar, tomando en cuenta el principio de contradicción e inmediación,⁸¹

A partir de la existencia de este artículo en el Código Integral Penal ecuatoriano se ha abierto la posibilidad de que el testimonio anticipado sea utilizado para tomar los testimonios de víctimas de delitos sexuales antes de la etapa de juicio, con lo que no solo se busca evitar el enfrentamiento de la víctima con el procesado en la audiencia de juicio sino la revictimización en todos sus grados. La prueba anticipada puede ser considerada como un procedimiento adecuado para garantizar los derechos de las víctimas siempre y cuando se haga un buen uso de la misma, lo que implica garantizar los derechos de la víctima entre los que encontramos la preservación del testimonio⁸².

Aquí yace el problema ya que bajo la idea de materializar el testimonio de la víctima, el fiscal hace el requerimiento el mismo que el juez da paso y convoca a las partes al cumplimiento de esta diligencia, la misma que se cumple en la generalidad con

⁷⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, art. 454.

⁸⁰ Revictimización o victimización secundaria, “entendida esta como las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal; suponen un choque frustrante entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional, involucrando una pérdida de comprensión a cerca del sufrimiento psicológico y físico que ha causado el hecho delictivo dejándolas desoladas e inseguras y generando una pérdida de fe en la habilidad de la comunidad, los profesionales y las instituciones para dar respuesta a las necesidades de las víctimas”⁸².

*Angela Cristina Tapias y otros, *Reparación o Revictimización* (Bogotá: editorial USTA, 2016). Loc. 229. Edición para e- libro.

⁸¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, art. 444.

⁸² Esther Grau Arberola y otros, “La Prueba Preconstituida”, *Información Psicológica*, n° 114 (2017), 140, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6350817>.

ausencia del procesado, ausencia que es cubierta con la asistencia de un abogado de oficio que lo que permite es instalar la diligencia y el cumplimiento de las formalidades, sin embargo, no permite hacer efectiva la contradicción y el derecho a la defensa, dejando en una incuestionable desventaja al procesado.

Al analizar el artículo 502 del Código Orgánico Integral Penal, se puede evidenciar que se desarrollan un sinnúmero de reglas bajo las cuales debe llevarse a cabo el testimonio, así encontramos que el testimonio sea valorado en todo su contexto y en relación con las demás pruebas presentadas, la posibilidad de recibir testimonio anticipado de personas gravemente enfermas, físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de víctimas o testigos protegidos y de todas aquellas que demuestren que no van a poder comparecer a juicio. En el caso de las personas que vivan en el extranjero se deberá proceder según las reglas internacionales que promuevan cooperación judicial, nadie podrá ser obligado a declarar en contra de familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, excepto en delitos de violencia intrafamiliar, sexual o de género, los niños, niñas y adolescentes podrán declarar sin juramento, pero siempre en compañía de su representante o curador, en el caso de las personas que no hablen el idioma castellano el juzgador deberá garantizar la presencia de un traductor, en los casos de personas sordomudas se deberá recibir los testimonios por escrito y en el caso de que no sepan escribir con ayuda de un intérprete o alguien cercano que le entienda.

Los testimonios no pueden ser interrumpidos, salvo las debidas objeciones de las partes, en el caso de las personas que corran riesgo deberán estar ingresadas al sistema de víctimas y testigos para que estén sujetas a resguardo para garantizar que rindan testimonio en juicio, los testimonios siempre deberán darse en audiencia de juicio sea de manera presencial o por video conferencia, salvo los testimonios anticipados, en el caso de los funcionarios de Corte Nacional que gocen de fuero podrán rendir testimonio mediante informe juramentado, las personas que rindan testimonio deberán siempre proporcionar sus datos personales, con excepción de agentes encubiertos, o quienes estén en riesgo. Quien rinda testimonio deberá hacerlo bajo juramento y so pena de las penas de perjurio, las partes procesales pueden hacer preguntas u objetarlas, y esto se resolverá bajo la dirección del juez, están prohibidas las preguntas auto incriminatorias, engañosas, capciosas o impertinentes, está prohibido hacer preguntas sugestivas en el

interrogatorio, excepto si es una introductoria y finalmente pueden hacerse preguntas sugestivas en el contra interrogatorio.⁸³

Dentro de estas reglas destaca la del numeral 2 que determina que testimonios pueden ser tomados anticipadamente y que lógicamente se deben realizar con respeto al principio de inmediación y contradicción, garantías básicas que permiten ejercer defensa. En consecuencia, se ha determinado que el testimonio anticipado sea recibido por un juez con antelación para casos en las que las personas por diferentes circunstancias físicas o situacionales no puedan rendir el mismo en juicio, empero, dentro de esta descripción no se ha contemplado la posibilidad de que se lo haga en víctimas de delitos sexuales por lo tanto esta atribución se le ha dejado en manos de la Fiscalía, quien por no ser un ente imparcial puede de alguna forma crear una ventaja en la producción de la prueba.

En ese orden de ideas, el T.A es una fuente de prueba que busca transformarse en medio de prueba para ser valorado en juicio y en razón de ello debe practicarse con respeto irrestricto a las garantías básicas del derecho a la defensa; no obstante y como veremos en los casos prácticos más adelante esto entra en tela de duda cuando se evacua la diligencia sin permitir un libre ejercicio de la contradicción so pretexto de que se instalan diligencias con o sin la presencia del procesado e incluso sin su abogado de confianza, permitiendo la práctica del T.A con la sola notificación a Defensoría Pública, sin que esa defensa haya sido consentida o pactada con el procesado; en consecuencia el defensor de oficio por no conocer la causa o su defendido presta únicamente presencia en la diligencia sin preguntar o contradecir todo lo aportado en esa prueba a sabiendas de que es preponderante para condenar.

Con ello, no solo entra en duda la igualdad de armas, tal y como define Ignacio Flores, el principio esencial en esta diligencia es la contradicción por lo que se debe asegurar la presencia de Fiscalía y del abogado del imputado; y en el caso de que uno de estos intervinientes falte es obligación del juez aplazar la diligencia más aún cuando se haya señalado un abogado de oficio porque con el aplazamiento se permite una defensa eficaz y evita una nulidad.⁸⁴

⁸³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, art. 502.

⁸⁴ Ignacio Flores Prada, *La prueba anticipada en el proceso Penal Italiano* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 221. Edición digital de Tirant lo Blanch.

Tal y como define el Código Penal ecuatoriano este tipo de testimonio debe respetar la inmediación y contradicción, porque lo que se intenta con la prueba anticipada es generar un medio de prueba que, si bien es producido fuera de juicio, debe tener la misma validez de lo actuado en juicio y por tanto debe respetar las garantías básicas para que sea dotado de la fuerza que necesita en juicio.

2.3.1. Procedimiento para recepción de testimonio anticipado

Para Parra “La prueba anticipada es la que se practica ante el juez de control de garantías, fuera de la audiencia de juicio pero en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para las pruebas en aquel, cuando se tema la pérdida o alteración de la prueba”,⁸⁵ podemos definir entonces que el anticipo probatorio no es sinónimo de vulneración de garantías, es por ello el carácter fundamental que tiene esta prueba de que la parte contraria sea notificada para la práctica de una diligencia de testimonio anticipado para que pueda ejercer su derecho a defenderse y controvertir este testimonio, caso contrario se sobreentendería que esta es una prueba que no puede ser utilizada dentro de la etapa de juicio como un elemento para sancionar porque no se ha realizado con estricto apego a las garantías del debido proceso.

El procedimiento de recepción del testimonio anticipado no se encuentra normado o establecido por una ley específica del ordenamiento ecuatoriano, lo que ha optado por realizar el Consejo de la Judicatura es prever el protocolo N. 117-2014 para el uso de la Cámara de Gesell que es el lugar que se ha destinado para la toma de los testimonios anticipados. Este documento ha servido para determinar cómo debe estar constituida físicamente la cámara de Gesell, los ámbitos de aplicación, los requisitos y las normas para utilizar la misma, entre las que destacan la calificación de las preguntas por parte del juez para evitar confusiones y discusiones, que además las mismas no podrán ser sugestivas o revictimizar a la víctima, incluso se ha previsto también que las partes que son intervinientes deberán ser notificadas con antelación a la diligencia.

El protocolo contempla el uso de la cámara de Gesell como sala de testimonio estableciendo entre las formalidades, la verificación de que los sistemas de grabación se encuentren óptimos. El secretario deberá verificar la presencia de las partes, verificar que la víctima y el procesado no coincidan en la diligencia; el psicólogo, psiquiatra, deberá informar a la víctima o al procesado sobre la diligencia que va a practicarse, en

⁸⁵ Parra Quijano, *Manual de Derecho Probatorio*, 819.

igual forma ya en el momento de la diligencia el juez debe dar inicio a la misma y conceder la palabra al fiscal y a la defensa para que realicen las preguntas de manera ordenada, además estas preguntas deben ser dirigidas a este para que este decida sobre su procedencia y en el caso de ser procedentes este deberá transmitir al psicólogo para que este proceda a preguntar a la víctima, finalmente el juez debe consultar si no hay más preguntas por parte del fiscal o la defensa y de verificarlo dar por terminada la diligencia para finalmente elaborar un acta resumen de la misma por la secretaria o secretario, acta que debe estar suscrita por el juzgador.⁸⁶

Sin embargo, este protocolo es una directriz de buen uso de cámara de Gesell, empero, no es una norma expresa que permita determinar claramente el ámbito de aplicación de la prueba anticipada, los límites y las garantías básicas exigidas y mediante las cuales se asegura que esta sea una prueba legal y lícita. Si bien dentro del ordenamiento se puntualiza que esta prueba debe regirse bajo las mismas directrices en las que se basan los demás medios probatorios, esto entra en contradicción cuando se tiene testimonios anticipados como los tomados en Ecuador.

Se debe acotar también que los delitos de connotación sexual, por su naturaleza misma son delitos cometidos sin presencia de testigos, por lo que los denominamos también delitos ocultos⁸⁷ que son un tipo de delitos en el que es casi imposible encontrar terceras personas que puedan contribuir con conocimiento de los hechos, y es por eso mismo que el testimonio de la víctima es considerado una pieza fundamental dentro de un procesamiento por un delito sexual, es por ello que el testimonio anticipado se ha convertido en una herramienta vital para la investigación y persecución de estos delitos.

2.4. El testimonio anticipado y su relación con los principios constitucionales

Joan Picó I Junoy sostiene que después de lo sucedido en la Segunda Guerra Mundial, en Europa nace una idea de constitucionalizar los derechos fundamentales, y de crear garantías mínimas de las que debe estar dotado un proceso judicial, entendiéndose que estas garantías son mecanismos para efectivizar los derechos de las

⁸⁶ Ecuador, Resolución 117- 2014 del Pleno del Consejo de la judicatura, 10.

⁸⁷ La doctrina en temas de carácter sexual, es reiterativa en sostener, que los delitos sexuales de cometen en la clandestinidad, en reserva y sin testigos (...), y a eso nos referimos cuando puntualizamos acerca de delitos ocultos. Ecuador Corte Nacional de Justicia sala especializada de lo Penal, penal militar, penal policial y Transito. “sentencia”. En juicio 1158~2013. 23 de julio del 2003.

personas.⁸⁸ Dicho efecto logró influenciar a las constituciones latinoamericanas, y en específico la Constitución del 2008 del Ecuador con el llamado neoconstitucionalismo,⁸⁹ han desarrollado un sin número de principios, que aparecen o pueden ser considerados garantías que permiten la efectivización de los derechos de todo ser humano.

Los principios son una parte fundamental del ordenamiento, estos sirven para que las normas puedan estar conectadas a los derechos y a las garantías básicas. Resultaría impensable la existencia del derecho sin principios porque no solamente estos son una conexión para efectivizar derechos, sino que sirven de luz y de guía para la interpretación de las normas.⁹⁰

Además, cumple funciones fundamentales entre las que encontramos la función interpretativa, que conlleva dar un significado a la norma según lo más apegado al principio, la función integradora que muestra una manera a los juzgadores de resolver los conflictos que carecen de una norma, la función de garantía de las situaciones jurídicas positivas que hace referencia a que son guardianes de los derechos en específico de la libertad, autonomía y de la dignidad de las personas. La función limitadora del actuar de los poderes públicos, es decir que limitan las actuaciones que restringen derechos y que implican desbordamiento del poder, la función de información y sistematización del orden jurídico, entiende que los principios son la base sobre la que se forma todo un ordenamiento jurídico, la función antiformalista, en donde se entiende que se puede no aplicar una norma cuando esta contradice⁹¹ el espíritu de un principio y la función prescriptiva desde la que se entiende que estos son de aplicación directa y que resuelven conflictos en casos en los que la norma no lo haga.

⁸⁸ Joan Pico I Junoy, *Las Garantías Constitucionales del proceso*, 2da.edi. (Barcelona, Bosh Editor, 2012), 30.

⁸⁹ El neoconstitucionalismo es una corriente que ha tomado una inusitada fuerza en nuestra región. Sus promotores admiten que es una teoría en construcción y en contante tensión. Para unos es una superación del positivismo jurídico, para otros es una nueva teoría. Lo cierto es que es una tendencia que promueve cambios en la concepción formal y tradicional del derecho. Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador, El Estado y el derecho en la Constitución del 2008*, 1ra.ed. (Quito: Ediciones Abda Yala, 2011), 53.

⁹⁰ Rodolfo Piza Escalante y otros, *Principios Constitucionales*, 1ra.edi. (Costa Rica: Editorial Investigaciones jurídicas, 2008), 55.

Los principios constitucionales forman un conjunto homogeneizado por el dato capital de su supremo valor normativo dentro del ordenamiento jurídico, están dotados de la misma fuerza normativa de la Constitución y se entienden por sobre las demás normas del ordenamiento. Mario García Canales, "Principios Generales y Principios Constitucionales" en *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, n°9 (2010): 149, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/REPNE_064_133.pdf.

⁹¹ *Ibíd.*, 105-18

Estos no solamente están recogidos en la Constitución de cada Estado, sino gozan de una importante protección supranacional, que es la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la misma que desde esa fecha ya trataba acerca de principios de protección a los derechos, no solo acerca de la libertad o integridad física, además, de garantías judiciales, legalidad, irretroactividad entre otros.

En esta misma línea el autor Pico I Junoy explica que los principios constitucionales desarrollan un modelo de tutela jurídica que implica que sean aplicados directamente en actuaciones procesales con la finalidad de hacer efectivos los derechos fundamentales aun cuando la norma procesal no lo establezca, pues ahí se encuentra su carácter suprallegal. Dentro del amplio catálogo de principios constitucionales se debe analizar las que giran alrededor de los derechos de protección, que lo que buscan es evitar un desbordamiento del poder del Estado en contra de una persona y que esta pueda reclamar o defender sus derechos por medio de estos mecanismos.

Con referencia a lo que determina el Art. 76 de la CRE que hace alusión a las garantías para hacer efectivo el debido proceso entre las que pueden destacar, el derecho a ser considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario, el principio de legalidad del que se desprende que nadie podrá ser juzgado por una acción que al momento de cometerse no estuviere tipificado, la invalidez de toda prueba que se ha obtenido con vulneración a las garantías constitucionales, así también el principio de favorabilidad que trata acerca de la aplicación de la ley según lo más favorable al reo y el principio de proporcionalidad.⁹²

Resulta de especial atención las garantías constitucionales que buscan efectivizar el derecho a la defensa contenidas en el numeral 7 *ibídem*, entre las que se encuentran, el derecho a la defensa en cualquier etapa del proceso, contar con los medios y el tiempo necesario para la preparación de la defensa, ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, publicidad de los procesos salvo excepciones, no ser interrogado sin presencia de un abogado o un defensor público y ser asistido por un traductor o intérprete sino comprende el idioma en que se da el procedimiento.⁹³

El derecho a la defensa da la posibilidad a las partes de sostener sus posturas y de rebatir los fundamentos alegados por la parte contraria,⁹⁴ comprendido ello entonces

⁹² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, registro oficial N.º 449, del 2 de octubre del 2008, art. 76.

⁹³ *Ibíd.*, art 76.

⁹⁴ Pico I Junoy, *Las Garantías Constitucionales del proceso*, 121.

entendemos que el derecho a la defensa intuye un catálogo de garantías que permiten a las partes tener una participación activa y en igualdad de armas dentro de un procesamiento, abriendo la posibilidad de aportar cuanto elemento fuere necesario para legitimar o descargar un proceso.

En esta misma línea cabría realizar la siguiente interrogante: ¿se respetan las garantías constitucionales en la evacuación del testimonio anticipado?, la respuesta puede resultar ambigua, pues si de normativa se trata es claro el COIP en establecer que la recepción del testimonio anticipado debe evacuarse en respeto irrestricto a los principios de contradicción e intermediación, como garantías del debido proceso; sin embargo, ya en aplicación de este medio probatorio, suele vulnerarse principios fundamentales como se expondrá más adelante.

Investigar hechos que pasaron para lograr construir un proceso que logre fundar una sentencia siempre implica vulneración de derechos y por tanto ejercicio de poder estatal, ahí se encuentra la esencia de que exista apego irrestricto a los derechos fundamentales toda producción de prueba. En el sistema probatorio actual las garantías procesales llegan a tener un nuevo alcance y sentido, buscan la verdad con un respeto irrestricto a los derechos del procesado.⁹⁵ La práctica del testimonio anticipado de la víctima presupone la citación de ambas partes, si se permite la falta de una de ellas a la diligencia se estaría vulnerando el debido proceso y una prueba producida en el marco de estas faltas sería una prueba de poca calidad con la que de permitirse fundar la culpabilidad se estaría además violentando al principio de inocencia del procesado.

No se puede olvidar además, que la práctica del testimonio anticipado de la víctima prevé una contradicción como si fuera en juicio oral en donde se permite formular preguntas al testigo, empero, al realizar una diligencia de toma del testimonio con anticipación no permite el curso de una contradicción normal, primero porque se realiza en un espacio cerrado (Cámara de Gésell) y muchas de las veces por medio de un profesional de la Psicología que trasmite las preguntas a la víctima, lo que puede cambiar el contenido de las mismas, segundo porque no hay el debate del contrainterrogatorio del que se puede sacar inconsistencias, tercero porque a ese momento procesal no se ha obtenido todos los elementos probatorios con los que se

Para que se practique la prueba anticipada, el solicitante siempre debe justificar la razón de la antelación, y en el caso de que proceda se entiende que es un medio de prueba que fue realizado con todas las garantías de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción. María Ángeles Catalina, *la prueba de testigos y peritos y la intervención de intérpretes en el proceso*, 52.

⁹⁵ Isabel Gonzales Cano, *La prueba, Tomo II, la prueba en el proceso penal* (España: Tirant lo Blanch, 2017), 17-8. Edición digital de Tirant lo Blanch.

pueda rebatir esta prueba como sucede en las audiencias de juicio y cuarto porque en el caso de los abogados de oficio no han establecido contacto con su defendido lo que implica que no pueden ejercer contradicción de un hecho que desconocen.

En esencia, la toma de T.A. de la víctima no puede ser igual a la toma de un testimonio normal en etapa de juicio, en razón de que este medio de prueba lo que busca es proteger a la víctima de la agresividad que suele darse en los interrogatorios y los conainterrogatorios del juicio. Sin embargo, por la misma dificultad de conservar el curso normal de la contradicción y por lo perjudicial que puede resultar esto para el proceso, el juez debe velar porque se garantice la participación del procesado en esta diligencia, y, además de ello, realizar un ejercicio de valoración mucho más técnico y profundo en este tipo de prueba.

La vulneración de las garantías no solo son irregularidades, sino la quiebra de la legitimidad del *ius puniendi* del Estado⁹⁶, en otras palabras, permitir la persecución de un delito limitando otro (procesado) genera además de inseguridad jurídica, una desconfianza en la tutela judicial y un quebranto en la idea del Estado de derechos y justicia.

2.4.1. El rol de los operadores de justicia: vinculación con la tutela judicial efectiva y el debido proceso

El papel del juez es de suma importancia en el Estado Constitucional porque es el centro de las transformaciones que propone este nuevo modelo, no solamente al cambio pragmático entre el legalismo y el constitucionalismo, sino en general al funcionamiento de un sistema que gira alrededor de una Constitución entendida como un núcleo duro de los derechos, y no solamente ello, sino que cambia la concepción tradicional del juez, en donde era un mero aplicador de la ley pasando a tomar un protagonismo teniendo que materializar el derecho.⁹⁷

En esta misma línea Ansuátegui refiere que el juez es responsable de garantizar la Constitución y de ser el intérprete de la misma, tratando de mantener un equilibrio entre la fuerza jurídica de sus decisiones y la influencia que causa sobre el aspecto

⁹⁶ Gonzáles Cano, *La prueba, Tomo II, la prueba en el proceso penal* (España: Tirant lo Blanch, 2017), 25. Edición digital de Tirant lo Blanch.

⁹⁷ Francisco Javier Ansuátegui Roig, "Jueces constitucionales (garantía de la Constitución y responsabilidad)." *Estudios Socio-Jurídicos* 14.2 (2012): 13–33. Web, 27–9.

político.⁹⁸ La figura del juez en un Estado Constitucional de derechos y justicia es de suma importancia porque adquiere el deber de proteger los derechos y las garantías plasmados en la Constitución, lo que en otras palabras sería materializar o traer a la realidad el espíritu del texto constitucional. En materia penal más aun porque el juez adquiere el compromiso ineludible de velar por las garantías a fin de que el *ius puniendi* del Estado tenga límites y no recaiga con todo el peso.

Hoy en día los jueces son considerados verdaderos intérpretes de la Constitución, porque dejan de interpretar el frío texto de la ley y más bien deben recurrir a valores y principios para garantizar una efectiva aplicación del derecho y búsqueda de justicia.⁹⁹ La nueva figura del juez es muy criticada en cuanto a su legitimidad, pero en ello es preciso el profesor Christian Masapanta en expresar que la verdadera legitimidad constitucional se logra en la medida en que efectivizan las garantías constitucionales.¹⁰⁰

Por lo tanto, el juez en este nuevo modelo es el llamado a proteger el derecho a la tutela efectiva que comprende el acceso a una justicia gratuita, el derecho a una justicia dotada de jueces imparciales que protegen los derechos de ambas partes respetando la inmediación y la celeridad, pero sobre todo nunca dejando en indefensión a los sujetos procesales y más que ello la tutela judicial efectiva vislumbra un sinnúmero de derechos y garantías procesales que conforman al debido proceso.

El debido proceso no únicamente comprende que el proceso sea legal o conforme a la norma porque en muchas ocasiones la norma no es justa, se trata de entender de que el proceso justo es el que protege los derechos, concibiendo que la palabra debido es entendido como el proceso apropiado para hacer efectiva la dignidad del hombre¹⁰¹ por lo tanto, se puede llegar a deducir que dentro del derecho a la tutela efectiva tenemos las garantías que también comprende el debido proceso porque al final todos conforman un sistema garante que busca la justicia.

Bajo la idea del debido proceso se debe comprender que toda persona sin importar lo que haya cometido se le debe respetar en el sometimiento a un proceso, no porque la ley así lo prevé sino por su condición intrínseca de ser humano, por la idea de un valor superior al de la norma, como es la dignidad humana. Según lo determina la

⁹⁸ *Ibíd.*, 27-9.

⁹⁹ Christian Masapanta Gallegos, “El juez Garantista: un nuevo rol de los actores judiciales dentro del Constitucionalismo ecuatoriano” en *Debate Constitucional*, Luis Fernando Torres (Quito: Editorial Cevallos, 2010), 96.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, 106.

¹⁰¹ José Daniel Hidalgo Murillo, *Debido Proceso Penal en el sistema acusatorio* (México: Flores Editor y distribuidor, primera edición, 2011), 84.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, el debido proceso intuye “que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con los otros justiciables”¹⁰².

Ya en relación con la prueba, el fair trial, como lo denominaban los anglosajones define que debe haber una justa aplicación al derecho a la prueba, igualdad de oportunidad entre las partes, una justa distribución de la carga de la prueba y la prohibición de exigencias innecesarias para la prueba.¹⁰³

Allí yace la importancia del papel del juez, pues su actividad está encaminada a hacer efectivos los derechos, por lo tanto, sobre las garantías procesales la idea y la fuerte figura de este en el garantismo lo muestra como el caballero empoderado que hace justicia sin importar que la norma sea contraria, su deber es hacer justicia y en ello sirven de aliados los principios, el juez puede acudir directamente a las garantías como la tutela efectiva o el debido proceso para incluso inaplicar una norma, porque o no es acorde al espíritu de la constitución o porque en la aplicación de estas mismas no se logra hacer justicia.

Sin duda, dentro de la tutela efectiva resaltan aún más las atribuciones del juez, porque dentro de este derecho fundamental se encuentra implícito el derecho a que un tercero imparcial conozca del problema y pueda otorgarle a este una solución no solamente acorde a derecho, sino que se apegue a lograr la justicia y a que la resolución sea eficaz, pero medida desde la realidad social y no en el cumplimiento de la norma. El derecho a la tutela judicial efectiva es aquel que tiene toda persona para acudir al sistema judicial y que este a través del debido proceso y las garantías mínimas dicte una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones.¹⁰⁴

¹⁰² Corte Interamericana de los derechos Humanos. Opinión Consultiva OC- 16/99. 1 de octubre de 1999. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Sobre “el derecho a la información sobre la asistencia Consular en el marco de Garantías del Debido Proceso”, 76, <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/0102.pdf>.

“El derecho al debido proceso comprende el derecho de toda persona a un proceso en el que se le respeten los principios y garantías de naturaleza procesal consagrados constitucionalmente: imparcialidad del juez, posibilidad de asistencia del abogado, prohibición de dilaciones indebidas y utilización de los medios de prueba pertinentes” Diccionario Español Jurídico Real Academia Española, <https://dej.rae.es/lema/derecho-al-debido-proceso>.

¹⁰³ Martín Agudelo Ramírez, “El debido Proceso”, *revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, n°3 (2006): 91, <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDebidoProceso-5238000.pdf>. Sobre del debido proceso puede consultarse también Julián Andrés Gaitán Reyes, “el debido proceso: La carga de la prueba en el proceso jurisdiccional transicional en Colombia”, *Diálogos de saberes, investigaciones y ciencias sociales*, n°46 (2017): 166, [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDebidoProceso-6260869\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDebidoProceso-6260869(1).pdf).

¹⁰⁴ Jesús Gonzáles Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional* (Madrid: Civitas, 2001), 56. Sobre Tutela Judicial efectiva véase también, María Victoria Cuartero Rubio, “Prueba del derecho extranjero y la tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, n°14 (2000),

La Corte Constitucional ecuatoriana ha determinado que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la libertad de acceso a la justicia, eliminando todo tipo de obstáculo procesal que pueda impedirlo, el obtener una sentencia motivada y fundada en derecho sobre normas jurídicas vigentes y que esta respuesta sea acorde a la verdad procesal y la justicia, pero sobre todo que busque satisfacer el interés de las partes.¹⁰⁵

En esta misma línea entonces el ejercicio probatorio se vuelve una parte fundamental del proceso para garantizar la tutela efectiva porque a partir de pruebas es como se puede producir una respuesta motivada y sustentada por parte de los juzgadores¹⁰⁶. Sentado lo anterior, el derecho a aportar prueba dentro de un proceso y que esta se practique bajo los principios que permiten que sea válida (contradicción e inmediación) es lo que en conjunto va a lograr una tutela judicial efectiva.

En efecto entonces, la función del juez a la luz del garantismo y en relación con el tema de investigación, supondría en primer orden analizar si cabe o si hay necesidad inmediata de evacuar el testimonio anticipado, así mismo garantizar la comparecencia tanto de la víctima y del investigado-procesado o su abogado defensor al TA de la víctima, porque sobre esta asistencia se asegura la contradicción e inmediación en la producción de prueba como garantías del debido proceso, lo que le dotaría de fuerza probatoria a una fuente de prueba que finalmente terminará por fundar una decisión motivada y congruente con lo que podrá verificarse la tutela efectiva.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DialnetPruebaDelDerechoExtranjeroYTutelaJudicialEfectiva-182018.pdf>.

¹⁰⁵ Corte Constitucional del Ecuador, “*Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional*” (Alfredo Ruiz Guzmán, Pamela Juliana Aguirre Castro y Dayana Ávila Benavidez, Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2016), 110-11.

El Tribunal Constitucional español acerca de la tutela judicial efectiva; determina que este derecho comprende que los justiciables tengan una respuesta congruente, motivada y fundada en derecho por parte de los órganos judiciales; en relación con la motivación, una sentencia debe tener elementos y razones de juicio que fundamenten o sostengan la decisión; que sea fundada en derecho es decir que sea consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento y no de una decisión personal arbitraria o de un error. En conclusión, los órganos judiciales tienen la obligación de dar respuestas motivadas en derecho, con verdadero contenido jurídico, no arbitrarias y en relación con los hechos materia del litigio. España Corte Constitucional española. “Sentencia N°50/2014, de 7 de abril. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23901>.

¹⁰⁶ “la prueba es el elemento estructuralmente esencial para la construcción de la motivación de las sentencias, y subyacentemente responde a una de las derivaciones conceptuales o materiales necesarias que hacen posible la concreción de la tutela judicial efectiva” Jairo José Guzmán García, “Prueba Procesal, presupuesto de la tutela judicial efectiva”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n°11 (2018): 123, [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/prueba_guzman_AFDUA_2018\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/prueba_guzman_AFDUA_2018(1).pdf)

2.4.2. Derechos del procesado

Para adentrarnos en el análisis de los derechos del procesado es preciso entender cómo se concibe a este dentro de un procesamiento penal, entonces se entendería que una persona adquiere la calidad de procesado desde el momento que se le imputa el cometimiento de un delito, pero desde la puesta en curso de un procesamiento penal formal en su contra. Más explícita es la autora María Inés Hortviz Lennon, quien explica que la calidad de imputado no debe depender de la formalidad del procesamiento, sino más bien debe estar sobreentendida desde el mismo momento de que se le endilga una conducta penalmente relevante a una persona, con lo que se deja de lado la idea del procesamiento, para pasar a comprender que desde las acciones básicas de investigación por parte del titular de la acción penal o de la policía ubican a una persona en la condición de procesado y por tanto se activa la capacidad del mismo de ejercer sus derechos de protección para evitar que el poder punitivo recaiga con todo el peso sobre él.¹⁰⁷

Esta condición entendida desde un inicio puede ser percibida como una actuación en pro de la protección de los derechos del procesado, pues a partir de esta se entiende la verdadera concepción de una defensa en igualdad de armas¹⁰⁸ en la que supondría que no hay ventajas de ninguna de las partes del procesamiento penal, es decir no hay privilegios que puedan suponer una neutralización de la defensa del procesado.

Entonces, el separar al proceso de la cualificación de procesado nos permite comprender que desde las actuaciones previas hasta el formal procesamiento se debe respetar el derecho a la inocencia del encausado o “casi encausado” y es que un derecho no puede depender de la incidencia de un formalismo, pues los derechos son cualidades axiológicas de las que viene dotado un ser humano por el hecho de serlo, ya que no son meros enunciados dotados por un sistema normativo.

¹⁰⁷ María Inés Horvizt Lennon y Julián López Masle, *Derecho Procesal Chileno, Tomo I Principios Sujetos Procesales, medidas cautelares, etapa de investigación* (Santiago: Editorial Jurídico Chile, 2002), 225.

¹⁰⁸ Pico I Junoy, *Las Garantías Constitucionales*, 160. El derecho a la igualdad de armas tiene por objeto evitar una situación de privilegio o supremacía de una de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos.

El modelo del sistema penal ha cambiado de un modelo de sistema inquisitivo a un sistema penal acusatorio, lo que ha permitido que el procesado cambie su condición o status dentro de un proceso penal, antiguamente este era considerado como un objeto de imputación que servía de centro para dirigir todos los causes del poder abusivo del Estado. Actualmente el principio de inocencia del que se le ha dotado es un límite a los excesos punitivos y este ha permitido que se le pase a considerar una parte con activismo dentro del proceso penal.

Tal y como se ha precisado anteriormente los derechos de los que se encuentra asistido el procesado son los que se encuentran previstos en el art 76 de la CRE, además de lo tipificado en el art. 5 del Código Orgánico Integral Penal que entre los principios del derecho penal y garantías que buscan proteger los derechos del procesado podemos encontrar, el de legalidad, el de favorabilidad, el de duda a favor del reo, el principio de inocencia, el de igualdad, la prohibición de empeorar la situación del procesado, la prohibición de la autoincriminación, prohibición del doble juzgamiento, intimidad, el de contradicción, el de inmediación, motivación, imparcialidad, y el de objetividad.

Sin embargo, el afán de la investigación no es hacer una innecesaria descripción de cada uno de los derechos de los que se encuentra asistido el procesado, sino más bien centrar claramente el análisis en el principio de inmediación y contradicción que está dentro de los derechos a la defensa y al debido proceso, para generar un propicio debate que nos permita comprender claramente cuál es su ámbito de protección y alcance de estos. Especial atención merece el art 76 numeral 7 literal h que determina el derecho a presentar de manera verbal o escrita todo tipo de argumento del que se crea asistido el procesado para poder contradecir lo aportado por la otra parte, así como el derecho a presentar pruebas y a contradecir las aportadas en su contra, así también el principio de inmediación y el de contradicción contenidos en el art. 5 numeral 12 y 17 del COIP, de los que puntualizaré en el siguiente apartado.

En razón de lo anterior entonces, entre todos los derechos de los que esta asistido Constitucionalmente el procesado resaltan por sobre todo el derecho a ser considerado inocente, el derecho al debido proceso que comprende el derecho a contradecir cuanto elemento se aporte en su contra, así también la inmediación como un ejercicio de participación en todo el proceso que lo que permiten es un verdadero ejercicio de defensa.

En base a ello, se hace vital destacar que en la evacuación del testimonio anticipado de la víctima, el procesado es una parte fundamental de la diligencia, y que no solo se debería asegurar su presencia o la de su abogado de confianza, sino que el juez debería valorar si hay un verdadero ejercicio de defensa en la contradicción, es decir, permitir que se hagan preguntas en equivalencia de condiciones, siempre y cuando estas preguntas no sean para desacreditar o atacar y revictimizar a la víctima, sino que más bien busquen el esclarecimiento de los hechos y la verdad material, que se implante un debate que busque ejercer defensa para el procesado, y no causar dolor en la víctima.

De modo similar se debe aplicar en los casos en los que se designa un abogado defensor público, el juez en mira de la tutela efectiva debería suspender la diligencia y conceder un tiempo prudencial para que este pueda tomar contacto con el procesado o a su vez informarse de la causa para poder ejercer defensa técnica mínimamente eficaz, y poder intervenir

2.4.2.1. Vinculación con el derecho al debido proceso / defensa / contradicción

Dentro del derecho al debido proceso podemos encontrar la garantía del derecho a la defensa y dentro de este último a la garantía de contradicción como un medio para lograr un ejercicio de defensa, es decir que el derecho a la defensa y el derecho a la contradicción son mecanismos que permiten hacer efectivo el debido proceso. Sin afán de volver un trabalenguas a la explicación, podríamos decir que la defensa y la contradicción son principios básicos que permiten el ejercicio pleno del debido proceso¹⁰⁹, que no es otra cosa que una protección de los derechos fundamentales de las personas participantes en un proceso penal.

El derecho a la defensa comprende el derecho a defenderse de una acusación formulada en contra y este puede estar conformado por el derecho a conocer de la acusación, el derecho a acogerse al silencio y el derecho a no ser obligado a declarar en

¹⁰⁹ Según lo determina la Corte Interamericana de los Derechos Humanos “el debido proceso, consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlo”, Corte IDH, “Sentencia del 24 de Octubre del 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Nadege Dorzema y otros vs Republica Dominicana, 24 de octubre del 2012, párr. 195. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/seriec_251_esp(1).pdf.

contra de sí mismo¹¹⁰. Este es un derecho de rango constitucional que refuerza el derecho a la libertad frente al ejercicio del poder penal del Estado.¹¹¹

En esta misma línea, y cuando se hace referencia al derecho a la defensa, es importante destacar que esta comprende la defensa material y la defensa técnica, la material como el derecho a que se le permita ejercer toda garantía a un proceso justo y a intervenir y alegar todo cuanto sea posible para desvirtuar la imputación venida en su contra y la técnica como el derecho a ser asistido por un profesional del derecho desde el inicio mismo del procesamiento.¹¹²

Es común que la defensa técnica se confunda mucho con la defensa material, haciendo pensar que la mera asistencia de un abogado a una producción de prueba es defensa técnica letrada y es que si bien el procesado tiene derecho a señalar un abogado de confianza de no hacerlo se le puede designar uno de oficio (defensor público), sin embargo, esta defensa de oficio no puede ser obligación sino que debe ser aceptada por el encausado caso contrario su mera asistencia para validar todas las diligencias de un proceso vuelve una caricatura a la defensa técnica letrada.¹¹³

Por ello, al referirnos al derecho a la defensa como derecho del procesado en la presente investigación, se hace alusión a una defensa tanto material y técnica, la primera ejerciendo el derecho a no solo ser convocado a cuanta diligencia se practique en el proceso, sino a que no se lleve a cabo la misma cuando no haya la presencia del procesado; y la segunda no solo el derecho de que sea asistido por un abogado de confianza, sino que de no tenerlo y de designársele uno de oficio este tenga la capacidad de suspender las diligencias cuando no haya tenido contacto con el procesado, cuando no conozca el caso, y cuando no esté posibilitado a ejercer una defensa mínimamente idónea.

La defensa técnica no solo deber ser una designación formal de un abogado, sino que debe existir una defensa eficiente y mínimamente idónea porque es la única manera de equiparar la intervención con el fuerte aparataje de la acusación (Fiscalía).¹¹⁴Y no

¹¹⁰ Vicente Gimeno Sendra, “El derecho de defensa” en *Constitución y proceso* (Madrid: Tecnos 1988), 100.

¹¹¹ Joaquín Álvarez Ladente, “El derecho a la defensa como derecho devaluado” en *Jueces para la democracia*, n°15 (1992): 1, <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDerechoDeDefensaComoDerechoDevaluado-2533636.pdf>.

Sobre el derecho a la defensa puede consultarse también en Lavinia Mihaela Vladila y otros, “el derecho de defensa” en *Revista de la Inquisición: Intolerancia y derechos humanos*, n°15 (2011): 244, <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDerechoDeDefensa-3821722.pdf>.

¹¹² Horvitz Lennon y López Masle, *Derecho Procesal Chileno*, 229.

¹¹³ Hidalgo Murillo, *Sistema acusatorio mexicano*, 193.

¹¹⁴ Horvitz Lennon y López Masle, *Derecho Procesal Chileno*, 249.

solo ello, sino que, si el procesado no se encuentra presente en la diligencia de evacuación de una prueba mal se podría aseverar la contradicción porque la presencia de este asegura la contribución de todos los elementos necesarios para defender sus derechos e intereses.¹¹⁵

Pero ¿en qué consiste la contradicción?, la contradicción es el derecho de toda persona que ha sido sometida a imputación penal a rebatir las pruebas proporcionadas en su contra y además a aportar elementos que permitan desvirtuar las de la parte contraria. La palabra contradicción viene del latín *contradictio* del verbo *contradicere* que es igual a contradecir, este encuentra su entidad jurídica apoyado en el derecho a la defensa adecuada según el cual determina que todo trámite procesal debe estar guiado en la idea de debate, de la oportunidad de contradecir, de una lucha de contrarios.¹¹⁶ Empero, la contradicción no solo debe ser concebida como el debate que se forma en la audiencia de juicio, este principio debe ir mucho más allá de la etapa final pues para que este se encuentre dentro del derecho a la defensa es fundamental que la contradicción se ejerza en todas las etapas en donde se produce la prueba, por ejemplo en la evacuación de un testimonio o una pericia que se da con anticipación a la audiencia de juicio, porque la participación activa de las partes va a permitir que la prueba este dotada de las suficientes observaciones, argumentos y preguntas que aseguren su validez.¹¹⁷

¹¹⁵ Dalia Berenice Fuentes Pérez y Ricardo Alberto Ortega Soriano, “El derecho a la defensa adecuada en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en *El Derecho Humano al Debido Proceso* (coordinadores Carlos Pérez Vásquez, México: Tirant lo Blanch, 2014), 181. Edición digital de Tirant lo Blanch.

¹¹⁶ Cristian Norberto Hernández Aguirre, “Reflexiones sobre el principio de contradicción en el proceso penal acusatorio” en *Prospectiva Jurídica*, n°10 (2014), 62-3. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DialnetReflexionesSobreElPrincipioDeContradiccionEnElProc-6222475.pdf.

¹¹⁷ Hidalgo Murillo, *Sistema acusatorio mexicano*, 63.

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional español tiene una conceptualización muy amplia sobre el derecho a la presunción de inocencia, es por ello que la vulneración o los déficits en la contradicción en la producción de pruebas preponderantes para fundar condena, no solo vulneran el debido proceso, sino que consideran una evidente vulneración al derecho a la presunción de inocencia; además han considerado que el derecho a interrogar y hacer interrogar a los testigos de la acusación es contradicción, por ello es que debe dotársele de un momento oportuno al acusado en el momento de la declaración o después de esta para que debata la misma; con lo que las declaraciones prestadas antes de juicio no vulnerarían el debido proceso si se le doto del momento oportuno para interrogar (contradicción). Rafael Alcácer Guirao, “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”, *Indret Revista para análisis del derecho*, n°4 (2013), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4481132>.

Bajo este argumento entendemos lo vital que resulta tanto la comparecencia del procesado a la diligencia de TA de la víctima, así como también la designación de una verdadera defensa porque esto va a permitir una auténtica contradicción, que es la base de la defensa tanto material como técnica, entendiéndose además que esta es la única forma de que una prueba haya sido evacuada con respeto al debido proceso, lo que inmediatamente la validaría para ser ingresada en la etapa de juicio.

2.4.2.2. Vinculación con el principio de presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un principio de especial trascendencia en favor del imputado, no solamente porque permite que el curso del procesamiento mantenga un margen de actuación limitado, sino que además garantiza a toda persona que esté sometida a persecución penal a estar dotada de su condición de inocente durante toda etapa del proceso con lo que endilga la responsabilidad a la parte acusadora de obtener los suficientes elementos a fin de destruir esta presunción.

Esta garantía no solamente tiene rango Constitucional, sino que además está regulada por instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art 11, y en la Convención Americana sobre los derechos humanos en su art. 8.2, entendiéndose que este derecho está integrado como parte de los derechos del *ius cogens* por ser considerado un mecanismo de protección de un bien jurídico esencial.

La presunción de inocencia comprende por un lado el ser considerado inocente en cualquiera de las actividades procesales y extraprocesales porque concibe al procesado como un sujeto de derechos y no como un objeto del proceso, y por otro lado este principio tiene una fuerte influencia sobre la prueba porque primero funda la responsabilidad de la prueba sobre la parte acusadora, con lo que se sobrentiende que el procesado no debe probar que es inocente, incluso concibe la idea de que la condena debe estar basada en pruebas legítimas y suficientes.¹¹⁸

La presunción de inocencia supone la búsqueda de la verdad, la reconstrucción de un hecho presumiendo una participación que debe dotarse de fuertes elementos a fin de que la duda sobre la participación se vuelva una certeza y permita llegar a establecer una culpabilidad que rompa con el status de inocencia.¹¹⁹ Los elementos a los que se hace

¹¹⁸ Pico I Junoy, *Las Garantías Constitucionales del proceso*, 191

¹¹⁹ Horvitz Lennon y López Masle, *Derecho Procesal Chileno*, 80.

referencia son las pruebas que debe obtener el Estado quien está a cargo de la acusación y del *onus probandi*, el yerro, es la falta de determinación de que tipo y que número de pruebas son necesarias para romper con el principio de inocencia, llevando ello a resaltar el papel tanto de las pruebas producidas, así como el papel del juez en la valoración de las mismas.

Esto además produce otra interrogante que es en relación a la prueba anticipada, pues se debe determinar si la condición de inocente de una persona puede romperse con la evacuación de esta como única prueba y además cuando esta última ha vulnerado el principio de contradicción. Allí yace la importancia de la determinación de un juez de que una prueba no sea únicamente legal, sino que además debe ser una prueba que no resulte lesiva para los derechos, que cualquier elemento que resulte un menoscabo para estos no sea interpretado como agilidad en el proceso sino como un quebranto al fin de la justicia.¹²⁰

En esto es preciso el autor Joan Picó I Junoy en definir que la presunción de inocencia solo puede destruirse si está basada en pruebas practicadas en juicio oral y que hayan respetado los principios de contradicción, igualdad, publicidad, oralidad e inmediación, sobreentendiendo que toda prueba basada en vulneración a los derechos fundamentales es ilícita y por tanto no puede fundar una condena.

En razón de ello, ¿Puede el testimonio anticipado de la víctima romper la presunción de inocencia?, el testimonio de la víctima por sí solo no debería constituir una prueba suficiente para condenar en razón de que la víctima a diferencia de los testimonios de terceros, no es un tercero imparcial porque es la persona sobre la cual recae la afectación al bien jurídico, incluso esta cualificación de fuerza probatoria es la que puede producir revictimización, porque para la defensa del procesado la víctima se vuelve el centro de contradicción y la estrategia por lo general es la desacreditación de la misma.

Con todo lo antes dicho es un deber ineludible de los juzgadores hacer un análisis pormenorizado y valorar la prueba en conjunto, al mismo tiempo que en los casos en los que esta prueba vulnere los principios de contradicción, igualdad, publicidad, oralidad e inmediación debería ser considerada ilícita y no tener validez alguna en la etapa de juicio, menos aún poder infundir una sentencia condenatoria. Cuando el testimonio de la

¹²⁰ José María Tijerino Pacheco, *Debido Proceso y Pruebas Penales* (Costa Rica, revista de Ciencias Penales n° 7) citado por José Daniel Hidalgo Murillo, *Debido Proceso Penal en el sistema acusatorio* (México: Flores editor y distribuidor, 2011), 289

víctima haya que valorarse como única prueba, contraponiéndose al testimonio del procesado, estas pruebas deben ser valoradas por separado aplicando métodos que permitan definir cuál es más creíble, sin embargo, si no existe corroboraciones que apoyen el testimonio de la víctima, esto puede producir una absolución inmediata del procesado bajo aplicación de la presunción de inocencia.¹²¹

No es menos cierto que este tratamiento al testimonio puede variar en los delitos en los que la víctima es la única que presenció el delito como es característico de los delitos sexuales, en estos casos el testimonio puede llegar a tener un grado de validez importante, sin embargo el juzgador deberá buscar apoyo de un perito psicológico que determine credibilidad del testimonio de la víctima porque sin duda este análisis excede la capacidad de todo juez de mantenerse imparcial en la valoración del testimonio.¹²²

En consecuencia en los casos de abuso sexual esta prueba puede enervar el principio de inocencia, pero no puede extinguirlo por sí sola, es necesario que en base a este testimonio se dispongan más diligencias que lleven al convencimiento del juez sobre los hechos, su persistencia por si sola pone en duda la imparcialidad del juzgador, y además la relevancia de los derechos del procesado porque en los casos en los que se evacua con apego a las garantías del debido proceso, resulta insuficiente y en los casos en que estas no se cumplen resulta ilegítima.

2.4.2.3. Vinculación con el principio de favorabilidad

Con respecto al principio de favorabilidad y como lo define Jorge Paladines el principio de favorabilidad tiene relación directa con el principio de legalidad que lo que busca es evitar los excesos punitivos estatales, con este además se entiende que es delito todo lo que este establecido en la ley y que todo lo que quede derogado de la ley o sea reemplazado deja de ser punible.¹²³

Cuando se trata de favorabilidad se hace alusión a una aplicación favorable al procesado, con lo que se entendería que en el caso en que dos normas choquen y se tenga duda sobre cual aplicar siempre se aplica lo más beneficioso para el procesado, y no solo ello, tal como insiste Jorge Paladines la verificación de este principio debe darse antes de iniciar el proceso penal, durante el proceso y después de emitida una sentencia,

¹²¹ Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, 249

¹²² *Ibíd.*, 249- 51

¹²³ Jorge Paladines, Marlo Brito, y Ernesto Pazmiño “Guía para la aplicación del principio de favorabilidad para las Personas condenadas por delitos de drogas” (Quito: Defensoría Pública, 2014), 10.

lo que significaría que el principio de favorabilidad lo que intenta es que toda la actividad procesal sea resuelta en función de lo menos dañino al procesado. Este principio ha sido considerado incluso en tratados internacionales como, por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica y la Declaración Americana de los Derechos Humanos; con lo que en el caso del Ecuador podría decirse que este principio tiene rango supra constitucional, por tratarse de un derecho humano.

Asimismo el principio de favorabilidad hace parte de lo establecido dentro del debido proceso, por ello se ha hecho constar en el art 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador; incluso tiene relación con el *indubio pro reo*, que tal como lo define Joan Pico I Junoy este se da en el momento de la valoración probatoria, cuando a pesar de que hay prueba el juez tiene una duda racional sobre los elementos objetivos y subjetivos del delito.¹²⁴

Pero entonces, ¿el principio de favorabilidad puede ser aplicado en la valoración de la prueba?, es decir ¿en los casos en los que se tenga duda sobre si validar una prueba como de cargo y no hacerlo es posible que por favorabilidad el juez pueda declarar inválida esa prueba por ser lo más favorable para el procesado?, la respuesta es que sí, porque lo que intenta la favorabilidad es que en todas las etapas del procesamiento se resuelva lo más favorable al reo, es decir en el caso específico de la diligencia del testimonio anticipado de la víctima y aun cuando esta prueba genere dudas al juzgador sobre la responsabilidad del procesado pero si en su evacuación no ha respetado garantías básicas del debido proceso, podría invalidar esta prueba.

En ese orden de ideas la favorabilidad debe observarse en tres etapas, en investigación, instrucción y etapa de juicio, lo que supondría que por ejemplo en el caso de las investigaciones por delitos de abuso sexual sobre las cuales no se tenga suficientes elementos debería resolverse que en favor del reo no se dicte instrucción fiscal en su contra al menos hasta que se reúnan elementos que alimenten la presunción de la existencia material del delito. Ya refiriéndonos a la etapa procesal, bajo el principio de favorabilidad, se entendería que el juez no permita la evacuación de pruebas que cuarten derechos del encausado, y finalmente y luego de emitida la sentencia, en procesamientos por abusos sexuales el juez que revisa la sentencia estaría en la capacidad inmediata de declarar la nulidad de verificar que se ha emitido sentencia en razón de una prueba ilícita

¹²⁴ Pico I Junoy, *Las Garantías Constitucionales del proceso*, 201.

De modo similar y relación con el principio de *indubio pro reo*, el juzgador en la valoración de la prueba podría hacer efectivo este principio al momento de determinar que si bien una prueba como la del testimonio anticipado de la víctima ha generado dudas acerca de la responsabilidad del encausado, esta duda no logra romper con el principio de inocencia por tanto podría resolver a favor del reo y emitir una sentencia absolutoria.

2.4.3. Derechos de la víctima

Históricamente hablando las víctimas carecían de un protagonismo en el proceso penal esto en razón de que antiguamente el monarca era quien decidía como castigar un delito por ser considerado como un acontecimiento que robaba la paz del Rey por lo que se le quitaba toda capacidad de respuesta a esta. Cuando cambia el Estado absolutista al Estado democrático, van cambiando además los sistemas punitivos y por ende la figura de la víctima en un procesamiento.¹²⁵

Hoy en día, el papel de la víctima en el proceso penal acusatorio adquiere relevancia porque lo que intenta este modelo es dotar de las garantías suficientes para que esta pueda salir de su situación de injusta marginación, por ello se le ha dotado de un sinnúmero de derechos y garantías que permitan resarcir los daños causados por la vulneración a su bien jurídico protegido.

Entre los derechos consagrados constitucionalmente a favor de la víctima podemos encontrar los establecidos en el art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador entre los que constan, el derecho a presentar acusación particular, el derecho a participar y dejarlo de hacer en cualquiera de las etapas del procesamiento penal, el derecho a la reparación integral, derecho a una protección especial, derecho a no ser revictimizada, derecho a ser asistida por un abogado defensor y a tener un traductor de comprender el idioma en el que se sustancia el proceso, derecho a ser ingresada en el sistema de protección a víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, derecho a recibir atención de profesionales en el curso del proceso, derecho a que se le informe por parte del fiscal sobre el proceso, o sobre la investigación, derecho a ser

¹²⁵ Noemi Pereda Beltrán y Josep Tamartit Sumalta, *Victimología teórica y Aplicada* (Barcelona: Huygens editorial, 2013), 297.

informada del resultado el proceso aunque no hubiere participado del mismo y derecho a ser tratada en condiciones de igualdad.¹²⁶

La víctima tiene derecho a decidir cómo participar dentro de un procesamiento, es decir puede hacerlo en calidad de denunciante, de acusadora particular, incluso como fuente de prueba, además tiene derecho a que se le informe la resolución y de establecer recursos sobre estas mismas, aunque su figura es imperante en el proceso penal, está siempre estará representada por el Fiscal quien es el dueño de la acción penal pública.¹²⁷

Aunque en otro sentido, la dificultad se presenta al momento en que la víctima en búsqueda de resarcir el daño causado por el victimario, colabora en la investigación con la errada y represiva idea de que el procesado no puede estar dotado de derechos o garantías procesales porque entonces se siente víctima de un sistema injusto, cuando en realidad el sistema penal esta dotado de garantías que protegen los derechos de ambas partes y que es deber de jueces y fiscales buscar un mecanismo alternativo de resolución de un conflicto pero que esto no implica desventaja o abandono a la víctima sino más bien una resolución más favorable pronta y oportuna.¹²⁸

Es motivo de análisis en los siguientes apartados los derechos que comprenden el derecho a la verdad, el derecho a la no revictimización y el derecho al acceso de justicia.

2.4.3.1. Vinculación con el derecho a la verdad

El derecho a la verdad tiene un apareamiento en Latinoamérica frente a las graves violaciones a los derechos humanos que suscitaban en la época de las dictaduras por las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzosas, las vulneraciones y los sometimientos acaecidos en razón de estos regímenes, esta vieja configuración con el paso del tiempo ha ido tomando distintos matices y ha desarrollado nuevos marcos de aplicación para hoy en día establecer que toda víctima de una vulneración de un bien jurídico protegido tiene derecho a conocer la verdad.

El derecho a la verdad debe ser considerado como una garantía que asiste a la víctima y que comprende una investigación eficaz por parte del Estado, un acceso a la justicia con información real de los hechos y el derecho a la información tanto

¹²⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, art. 11.

¹²⁷ Hidalgo Murillo, *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal*, 176.

¹²⁸ *Ibíd.*, 177.

individual y colectiva, la individual como la información de la verdad de los hechos a la víctima y a sus familiares y la colectiva como la información a la sociedad de los hechos que vulneraron un derecho fundamental. El derecho a la verdad forma parte de los derechos fundamentales, obliga al Estado a investigar de manera correcta y a brindar una verdadera justicia por medio de sus instituciones.¹²⁹

Así mismo el derecho a la verdad tiene una íntima relación con el derecho al acceso a la justicia y el acceso a la información porque lo que se busca en los casos de vulneración de derechos es investigar, buscar y recibir la suficiente información para poder sancionar a los victimarios y poder resarcir a la víctima, este derecho comprende un acceso a conocer la verdad íntegra de la vulneración de su derecho.¹³⁰

En esta misma línea, se concibe al derecho a la verdad como derecho de la víctima a conocer todos los hechos sin limitación alguna. Este derecho puede ser considerado implícito en el derecho a la reparación de la víctima pues de la alguna forma el derecho a conocer todo sin restricción alguna puede brindar a la víctima un grado de tranquilidad y de confianza en el sistema, por entender que se ha logrado hacer justicia en base a hechos reales y a una tutela judicial efectiva.

Para ilustrar si este derecho se hace efectivo con la evacuación del testimonio anticipado de la víctima, hay que recordar el papel ineludible de la Fiscalía frente al proceso penal, ya que lo que debe buscar por sobre todos los medios es el bienestar y la integridad de la víctima, entendiendo que está en ánimo sanar su dolor incurre en procesos penales que se vuelven más dolorosos, o peor aún, muchas veces están frente a un sistema de justicia eficientista que busca medir resultados mediante la emisión de sentencias pero que no persigue el conocimiento de la verdad de los hechos, y la reparación integral de esta.

2.4.3.2. Vinculación con el principio de no revictimización

El principio de no revictimización es un derecho fundamental que se ha desarrollado ampliamente y que se ha ido tipificando en normativas de carácter internacional, haciendo hincapié al necesario reconocimiento de un tratamiento óptimo

¹²⁹ Jhoel Marlín Escudero Soliz, *El problemático reconocimiento del derecho a la verdad. Los derechos de las víctimas* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación Editora Nacional, 2012), 39, <http://hdl.handle.net/10644/3331>.

¹³⁰ Jhoel Marlín Escudero Soliz, “La violación de derechos en la crisis bancaria de 1999 en Ecuador y el derecho a la verdad” (Tesis previo a la obtención de título de doctor en derecho UASB sede Ecuador, 2016), 233, <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/TD077-DDE-Escudero-La%20violación.pdf>,

para la víctima, no solo en relación con su victimario sino en relación con el Estado y con el sistema judicial de cada país, con la idea de evitar un sufrimiento subsistente en la víctima.

Entre los instrumentos que resaltan por tratar acerca de la víctima, sus derechos y en específico la no revictimización, podemos encontrar a la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, y en cuando a derechos de las víctimas específicamente cuando estas son mujeres a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará, la misma que hace un profundo análisis para prevenir las vulneraciones de derechos con una especial atención a las víctimas por violencia sexual que tiene un trasfondo de género.

Es importante señalar lo que establece el Código Orgánico Integral Penal acerca de la revictimización y es que en su artículo 11 numeral 5 prevé como un derecho de la víctima a no ser revictimizada particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, así como tampoco en la obtención de su versión, además se le deberá proteger de cualquier amenaza o intimidación por lo que se podrá registrar esta prueba mediante mecanismos tecnológicos.¹³¹

Es primordial desentrañar el concepto de revictimización y para ello se debe abordar a la victimización entendiendo que comprende todos los efectos que causa en una persona la vulneración de un bien jurídico como consecuencia de un delito, estas consecuencias están divididas en victimización primaria que es la consecuencia directa del cometimiento del delito, la victimización secundaria que es a la que está sometida la víctima frente al Estado y por la que se ha normado el principio de no revictimización para corregir estas evidentes fallas del sistema y la victimización terciaria que es la manera en que la víctima enfrenta la situación de víctima y logra superar sus secuelas, esta puede estar generada por los estigmas sociales que se crean a través del etiquetamiento.¹³²

En otras palabras, el derecho a la no revictimización comprende la victimización secundaria que está a cargo del Estado y los aparatos de justicia, percibiendo que es este

¹³¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, art. 11 num. 5.

¹³² Ruth Karina Moscoso Parra, *El derecho constitucional a la no re-victimización de las mujeres víctimas de violencia sexual durante la fase de obtención de la prueba en el proceso penal* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2016), 32, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/T2084-MDE-Moscoso-El%20derecho(1).pdf

el responsable de que sus sistemas judiciales, de administración de justicia y demás, instauren mecanismos que permitan a la víctima participar en el decurso de un procesamiento sin mantenerla en estado de víctima permanente, sino que mediante sistemas adecuados le permitan recuperarse de los daños causados en primer orden.

La idea del derecho de la víctima a no ser revictimizada trae consigo un fortalecimiento del sistema de administración de justicia que dignifique la participación de la víctima, que no la amedrente con retardos y equivocaciones injustificadas, que se dote de personal óptimo con profundos conocimientos para que no hagan del proceso judicial un viacrucis. La idea es vigorizar un sistema con sensibilización hacia el tratamiento con víctimas, pero sobre todo formar un sistema penal que desarraigue la idea del despojo del conflicto a la víctima, porque no solo causan más sufrimiento, sino que además se pierde toda confianza en la justicia.

Por lo mismo, cuando hablamos de este derecho como una amplia garantía de la víctima es básico conocer cuál es la delgada línea que permite establecer límites a este derecho a fin de no vulnerar los derechos de defensa o del debido proceso que tiene el procesado, porque la interrogante surge alrededor de los valores agregados a cada uno de los derechos, y porque el derecho a no ser revictimizada puede sobreponerse sobre el derecho a la defensa, si su valor es equitativo, o de por sí, si el uno prevalece sobre el otro. De ser así el principio de igualdad de las partes procesales se vuelve letra muerta o una mera expectativa porque entonces los derechos tienen un valor agregado dependiendo de la persona a la que pertenezcan, lo que como es lógico supondría los derechos de la víctima en un valor superior a los del procesado.

Cuando de violencia sexual se trata la víctima suele estar dotada de una carga emocional significativa por lo que esto vuelve al proceso y al recabo de pruebas una tarea sumamente complicada por la facilidad con la que puede llegar a revictimizarla, es por ello la importancia de la preparación del personal de investigación a fin de que en meras de descubrir la verdad de los hechos no terminen por trasgredir nuevamente a la víctima. La idea no es vulnerar a la víctima en interrogatorios o preguntas repetitivas que hagan recordar los hechos, sino establecer un parámetro de valoración de prueba anticipada que permita a los administradores de justicia hacer un profundo análisis de esta prueba y llegar a determinar la verdad material de los hechos.

Por otro lado, cabe recalcar que los juzgadores deben dar paso al testimonio anticipado siempre y cuando este sea acompañado de una pericia de credibilidad, que sirve de sustento para valorar esta prueba, porque si la parcialidad del testimonio entra

en juego la manera de volverlo imparcial es mediante una pericia de un psicólogo externo que verifique que la declaración se apega a la verdad de los hechos y por tanto puede ser incorporado a juicio, sin que ello implique vulneración de los derechos del procesado.

El afán de esta investigación es demostrar la necesidad de crear un mecanismo que permita ser objetivo con el procesado, y que esto no sea interpretado como una vulneración a los derechos de la víctima o una idea de sometimiento de la misma, sino como una idea de respeto al ideal del Constitucionalismo del derecho penal y de respeto irrestricto a los derechos de ambas partes porque así se ensimisma el ideal de todo sistema de hacer justicia.

De acuerdo a la manera en la que se están evacuando los testimonios anticipados estos no evitan la revictimización de las víctimas, que es en inicio para lo que se pensó esta diligencia, en razón de que los testimonios son tomados de manera tan somera que muchas de las veces se encuentran inconsistencias que deben ser resueltas por los jueces convocando a la víctima a la audiencia de juicio, en donde debe rendir nuevamente el testimonio o a su vez declarar la nulidad de lo actuado y someter a la víctima nuevamente a la misma diligencia de T.A, tal como se podrá corroborar con el análisis de casos más adelante.

El T.A no logra evitar la revictimización secundaria de la víctima porque esta participa en un sistema judicial con funcionarios sin preparación en el tratamiento de víctimas, porque además es común que el mismo sistema condene a la víctima o cuestione por haber sido abusada¹³³. Tal y como precisa Ramiro Ávila en nuestro país “nacer y ser mujer u hombre, es una condición que marca una diferencia y también marca la vida, las aspiraciones, la libertad, los sueños, las oportunidades y los riesgos”¹³⁴, la cultura Patriarcal en la que se ha basado nuestra sociedad y nuestro sistema de justicia, no puede ser combatido con una diligencia de adelanto probatorio, porque vivimos en un contexto de violencia normalizado que no puede ser evitado con la toma de un T.A.

¹³³ Ruth Moscoso Parra, “El derecho constitucional a la no revictimización de las mujeres víctimas de violencia sexual durante la fase de obtención de la prueba en el proceso penal” (Tesis Magister, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2016), 87 <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5354/1/T2084-MDE-Moscoso-El%20derecho.pdf>

¹³⁴ Ramiro Avila Santamaria & otros, *El género en el derecho. Ensayos Críticos* (Quito: Iedit, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 20

2.4.3.3. Vinculación con el principio de acceso a la justicia

El derecho de acceso a la justicia de la víctima comprende garantías como la posibilidad de hacer una denuncia y acceder al sistema de justicia y que este esté en la capacidad absoluta de brindar una pronta solución y reparación a la misma, no solamente establecimiento mecanismos más ágiles y efectivos, sino garantizando durante todo el procesamiento el contacto con personal capacitado, apto para dar un tratamiento adecuado que evite por todos los medios la revictimización. La interconexión entre el derecho a la no revictimización y el derecho de acceso a la justicia comprende no solo la posibilidad de la víctima de proponer una denuncia, sino de acceder a un sistema especializado con capacidad de tratamiento óptimo.

En igual forma, el acceso a la justicia no solamente tiene relación con la eficacia de los resultados (sentencia), la víctima muestra un especial interés en ser tratada con sensibilidad desde la misma investigación para sentir que el Estado se preocupa por su dolor y situación. De la misma forma el acceso a la justicia es un derecho primordial que obliga al Estado a brindar una atención a los ciudadanos cuando estos buscan protección por una amenaza de vulneración o por un menoscabo de un derecho, este se halla comprendido dentro del debido proceso.¹³⁵

Una de las muestras más evidentes con las que el Estado garantiza el acceso a la justicia de una víctima es por ejemplo el reconocimiento de esta en un proceso, así como su voluntariedad en la participación del mismo, la asistencia obligatoria en delitos de acción penal pública por parte de la Fiscalía, el ingreso a sistemas de protección a víctimas y testigos, sin dejar de lado las que más han resaltado en el Ecuador en los últimos años como es la asistencia obligatoria de Defensoría Pública para víctimas para audiencias de juzgamiento por delitos sexuales o de violencia intrafamiliar.

El acceso de la víctima a la justicia intuye el derecho de la misma a ser oída, pero en condiciones creadas por el Estado para que esta desarrolle confianza en la justicia, inclusive este derecho percibe la reparación del bien jurídico lesionado que comprende un pago a manera de indemnización por el daño causado y sobre todo el derecho a aportar prueba sin que sea revictimizada.

¹³⁵ Patricia Balbuena, “La justicia no tiene rostro de mujer. Obstáculos para el acceso a la justicia de las mujeres”. En: *Aportes Andinos No.12*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Programa Andino de Derechos Humanos, diciembre 2004, 3, <http://hdl.handle.net/10644/680>.

En consecuencia, el testimonio anticipado es un mecanismo que intenta que la víctima acceda a la justicia sin ser revictimizada, pero este intento solo evita la confrontación de víctima y procesado, más no evita la revictimización que produce el sistema judicial con jueces y funcionarios sin sensibilidad en el tratamiento de víctimas de delitos sexuales y tampoco evita una revictimización que produce el estigma social de un contexto violento en un Estado despreocupado por imponer políticas públicas que combatan el problema de raíz.

2.5. Análisis de Casos en relación a la aplicación del testimonio anticipado en delitos de abuso sexual en el Ecuador.

Se abordará el análisis de dos casos concretos de delitos de abuso sexual, el primero signado con el número 18282-2015-02499 en el que el Tribunal de Garantías Penales de Tungurahua cantón Ambato, emite sentencia condenatoria en base al T.A. de la víctima en el mismo que no se ejerce contradicción por parte de la defensa del procesado y el segundo signado con número 18571-2020.00436 en el que el Tribunal de Garantías Penales de Tungurahua cantón Ambato, emite sentencia ratificatoria del estado de inocencia en favor del procesado por cuanto pese a estar el T.A. rendido se presento a la víctima a la audiencia de juicio la misma que contradujo lo vertido en el T.A. permitiendo absolver.

El primer caso ha sido escogido por ser un abuso sexual en donde en primera instancia el tribunal emite una sentencia condenatoria en contra del procesado pese a que consta del audio que el defensor público asignado en la evacuación del testimonio anticipado no realiza preguntas en el mismo; en tal sentido hay una evidente vulneración del principio de contradicción y pese a ello los jueces hacen una valoración sobre la prueba testimonial anticipada de la víctima determinándola como uno de los elementos relevantes para sancionar.

El segundo caso fue escogido para esta investigación en razón de que si bien se evacua la diligencia de T.A y se permite que ejerza contradicción el abogado del procesado se convoca a la victima a la audiencia de juicio para que esta rinda su testimonio nuevamente en donde se retracta de lo dicho en el T.A. colaborando con ello como prueba para declarar la inocencia del procesado, es decir hay una evidente vulneración al derecho a la no revictimización de la víctima, que es usado como estrategia de la defensa para lograr la absolución.

2.5.1. Breve descripción del caso. “18282-2015-02499 delito de abuso sexual, seguido en contra de LRVO”

El Tribunal de Garantías Penales del cantón Ambato avoca conocimiento de la causa signada con el número 18282-2015-02499 misma que tenía como antecedente un auto de llamamiento a juicio emitido por el juez Dr. Fabian Altamirano por un presunto delito de abuso sexual tipificado y sancionado en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, en contra del señor LRVO, ecuatoriano de 62 años de edad, casado, docente jubilado y domiciliado en el cantón Ambato provincia de Tungurahua, en razón de que Fiscalía toma conocimiento de un presunto delito sexual ocurrido en la Unidad Educativa Francisco- Flor Gustavo Eguez, por parte del profesor LRVO en contra de la menor de nombres EAYF de 12 años de edad, quien manifiesta que el día 22 de enero del 2015 se encontraban recibiendo clases de lengua y literatura con el Profesor Vicente León Ramos y que el mismo les pide que salgan al patio y que procedan a realizar un trabajo.

La menor de edad aduce no haber sabido la respuesta de algunas preguntas por lo que le dice a la amiga que le acompañe a preguntarle, en efecto se dirigen las dos menores a la sala de inspección donde se encontraba el profesor, ingresa la menor de edad y dice que mientras el profesor le explicaba, le iba tocando las piernas y seguía subiéndole la falda, que después le pide a la víctima que se acerque a él y empezó a subir sus manos por las piernas, tocando sus partes íntimas y que incluso metió sus manos en el interior y le tocó su vagina, luego de eso suena el timbre y la menor de edad sale corriendo, se dirige al aula para recibir la clase de inglés, horas después el profesor se acerca y le da el trabajo hecho y en la exposición le pone de calificación 10, por lo que la menor se sentía aturdida y decide contarle a una amiga y después a la profesora de matemáticas con lo que se le informa al director y este hace conocer al distrito de educación, quien presenta la denuncia en la Fiscalía de Tungurahua cantón Ambato.

La Fiscalía en calidad de titular de la acción penal inicia la investigación misma que se le hace conocer al encausado, este designa un abogado defensor de nombres Rodrigo Gamboa. Trascorrido el tiempo de la investigación y evacuadas la pericia psicológica a la menor, así como el reconocimiento del lugar de los hechos y el peritaje de entorno social, Fiscalía decide formular cargos para lo que el abogado de confianza

renuncia a la defensa aduciendo no tener contacto alguno con el procesado VLR, por lo que se designa a un defensor público y se da paso a la audiencia.

Ya en la fase de instrucción fiscal se solicita la evacuación del testimonio anticipado de la víctima, al mismo al que asiste otro defensor público, la evacuación del testimonio se da en presencia del juez, fiscalía y el abogado designado de oficio, en este la menor hace alusión a los hechos sucedidos y expresa que la persona que realizaba esos actos era el señor VLR, acto seguido y cuando el juzgador da paso a la defensa del investigado este manifiesta “que no va a realizar ninguna pregunta”, finalmente, el juez da por terminada la diligencia y queda levantada el acta por secretaria incorporando el cd de grabación.

Pasada la etapa de instrucción fiscal, fiscalía presenta un dictamen acusatorio y se da la audiencia preparatoria de juicio en la que se presenta un defensor público, el mismo que no presenta prueba en la audiencia aduciendo que no conoce ni ha tomado contacto con el procesado por lo que no cuenta con elementos que le permitan ejercer la defensa; en razón de lo anterior el juez dicta auto de llamamiento a juicio en contra de LRV.

Posterior y cuando el caso llega a conocimiento del Tribunal de Garantías Penales de Tungurahua en etapa de juicio, el procesado encontrándose detenido por otra causa designa un abogado de confianza a fin de que comparezca en su defensa para la audiencia de juicio, fiscalía entre las pruebas con las que cuenta presenta el informe psicológico de la víctima, el testimonio anticipado, el informe de reconocimiento de los hechos, el peritaje de entorno social, más testimonios de la madre y profesores de la menor. Con estos medios de prueba Fiscalía manifiesta haber probado la materialidad y la responsabilidad del procesado a más de haber establecido el nexo causal entre estos, también menciona en reiteradas ocasiones que en este tipo de delitos de carácter sexual es preponderante el testimonio de la víctima y que se debe tomar en cuenta ello pidiendo el máximo de la pena por ser este un delito agravado.

La defensa (abogado particular) presenta como pruebas el testimonio del procesado, testimonio de docentes del instituto educativo y alega que no se le ha permitido hacer uso efectivo de la defensa por cuanto se le había nombrado un abogado defensor público al procesado mismo que además de no solicitar ninguna diligencia para lograr elementos de descargo en la audiencia preparatoria de juicio no había realizado ningún tipo de contradicción, ni pregunta en el testimonio anticipado, solicita además dejar constancia que cuando el juzgador le pide que haga preguntas al defensor público

dentro del testimonio anticipado este manifiesta que no va a realizar ningún tipo de pregunta a sabiendas que es el obligado a brindar una defensa eficaz.

Finalmente en la sentencia el Tribunal hace alusión a que se ha probado la existencia de la infracción con el testimonio del perito psicólogo que sustentó el informe psicológico de la menor EAYF, con el reconocimiento del lugar de los hechos en la Unidad Educativa Francisco Flor, con la cédula de la menor que determina que su edad es de 12 años es decir menor de 14, y con el testimonio de la madre de la víctima, la responsabilidad para el Tribunal queda probada en base del testimonio anticipado de la víctima, manifestando que por ser estos delitos ocultos que no se cometen en presencia de testigos, el testimonio de la víctima se vuelve un elemento fundamental para determinar la responsabilidad y para dictar sentencia condenatoria, pues este puede destruir por completo el principio de inocencia.

En cuanto a lo manifestado por la defensa de que el procesado ha carecido de una efectiva defensa y por tanto violado el debido proceso, el Tribunal manifiesta que eso debió tratarse en la audiencia preparatoria de juicio ya que esa es la etapa oportuna para determinar los vicios del proceso, así mismo mencionan que se había designado un defensor público desde el inicio de la instrucción fiscal para que este ejerza la defensa, en tanto este nunca se encontró en estado de indefensión en ninguna etapa del proceso, además no mencionan nada acerca de la falta de contradicción en el testimonio anticipado y tampoco acerca de la falta de presentación de prueba en la audiencia preparatoria de juicio. Con todo lo anterior el Tribunal declara la culpabilidad del señor VLR como autor directo del delito de Abuso Sexual tipificado en el artículo 170 del COIP en contra de la menor DEMH, con las agravantes del artículo 48 numerales 1 y 8 *ibidem*, imponiéndole una pena privativa de la libertad de nueve años cuatro meses.

Sobre esta resolución el abogado de la defensa decide interponer recurso de apelación en razón de que se le ha vulnerado a su cliente el derecho al debido proceso pero sobre todo a la defensa, pide que se declare la nulidad porque no se ha presentado prueba en la etapa correspondiente y que no se ha ejercido una contradicción en el testimonio anticipado, siendo esta una prueba fundamental en la que el tribunal *aquo* ha determinado la responsabilidad del procesado, incluso alega que se ha vulnerado el principio de inocencia porque si bien en este tipo de delitos es preponderante para sancionar el testimonio de la víctima, en el presente caso no se ha realizado el test de credibilidad y que no se puede determinar la veracidad del mismo, además que de la

pericia psicológica se desprende que la víctima no presenta afectaciones psicológicas que evidencien un abuso sexual.

El tribunal de la Corte Provincial se pronuncia diciendo que no existe vulneración al derecho a la defensa, por cuanto se le ha asignado un defensor público y que luego de haber sido notificado el procesado su falta de actividad en el proceso fue voluntaria, por lo tanto, que no se puede premiar esa falta de participación declarando la nulidad, que se ha respetado las garantías de debido proceso y el derecho a la defensa, y por tanto que declaran no ha lugar el recurso.

Sin embargo, existió un voto salvado por parte de uno de los miembros del tribunal el mismo que manifestó que hay una evidente falta de defensa técnica por parte del defensor público al no presentar prueba en favor del encausado y que no ha cumplido con su deber de brindar un servicio eficiente y eficaz que permita bajo el principio de igualdad de armas desarrollar el proceso penal con respeto a las reglas del debido proceso, pero tampoco hace referencia a la falta de contradicción en el testimonio anticipado, por lo que declara la nulidad en relación a la defensa ineficaz de defensoría pública quien solamente alego no conocer al procesado ni los hechos, sin embargo por ser solo la decisión de uno de los miembros del tribunal se ejecutorio la sentencia y hoy por hoy el señor LRV se encuentra cumpliendo la condena en el centro de privación de personas adultas Ambato.

2.5.1.1. Aplicación del testimonio anticipado

Como se evidencia este caso en específico el testimonio anticipado de la víctima es solicitado por fiscalía aun sobre el conocimiento de que el abogado de confianza del procesado ha renunciado a la defensa, ya en la evacuación de la diligencia se le notifica a un defensor público para que realice un acto de presencia en razón de que no se le brinda de los medios necesarios para que este pueda notificar a su defendido y garantizar la presencia de este a la diligencia.

Sumado a lo anterior, no se suspende la diligencia por parte del juez, a fin de que se tome contacto con el encausado y el defensor público pueda saber sobre los hechos y ejercer defensa, ni tampoco se le concede un tiempo prudencial para que revise el expediente y pueda realizar preguntas o ejercer defensa.

Además se evidencia claramente como el defensor público no brinda una defensa eficaz ni eficiente, sino que se remite a brindar una mera presencia en la

diligencia a fin de que sea validada para convertirla en un medio de prueba y ser valorada en la etapa de juicio. Dentro del cd en el que se guarda el testimonio anticipado de la víctima consta que el defensor público Antonio Olivo no ha realizado ninguna pregunta con lo que no solamente se demuestra que no hay contradicción ni un debate en la diligencia, sino que no ejerce defensa alguna en favor de procesado.

A pesar de la vulneración al principio de contradicción y por tanto al debido proceso esta diligencia es validada para determinar responsabilidad, incluso sin haber acompañado de un test de credibilidad que determine la veracidad del mismo y que con ello forme un contexto de pruebas que concatenen a declarar culpabilidad. En la evacuación del TA en el caso que nos ocupa es claro que no existe una igualdad de armas entre las partes porque no se le dota de los elementos necesarios a la defensa pública a fin de ejercer defensa, lo que denota una situación de privilegio para la víctima.

2.5.1.2. Análisis crítico respecto a la observancia de derechos constitucionales durante el testimonio anticipado

Es necesario reprochar la valoración que hace el tribunal al testimonio anticipado, y es que si bien es innegable que los delitos sexuales son infracciones que por su naturaleza se cometen sin presencia de testigos o en espacios íntimos y que por tanto el testimonio de la víctima se convierte en preponderante para poder sancionar, no es menos cierto que por la necesidad de sancionar un delito no se puede violentar principios fundamentales como es el derecho a la defensa, el principio de contradicción, el principio de inmediación, y la presunción de inocencia, pues ello convertiría a una prueba en ilegal y por tanto no podría ser valorada en juicio y mucho menos podría ser base para emitir una sentencia condenatoria.

En relación con el principio de inmediación y contradicción en el presente caso es vulnerado desde el momento mismo en que se convoca a la diligencia a sabiendas que el abogado designado por VLR quien conocía de los hechos renunció a la defensa desde la audiencia de instrucción fiscal, por lo que era sabido por Fiscalía que esta diligencia se realizaría con un defensor público designado de oficio, cuando se pasa al desarrollo de la diligencia el juez no suspende la misma en razón de esperar que el defensor público tome contacto con el encausado o a su vez logre empaparse de la causa

para contradecir el testimonio, con lo que deja sin elementos a la defensa para generar debate y finalmente no realiza ninguna pregunta.

¿Igualdad de armas? ¡Imposible!, dentro de la producción de esta fuente de prueba es evidente que no hay igualdad de armas, por un lado, un fiscal que lleva la causa desde su inicio (denuncia) junto con una víctima y único testigo con una carga emocional indiscutible y por el otro un defensor público designado de oficio que no conoce sobre los hechos junto con el problema de un encausado ausente.

Por otra parte, acerca del derecho a la defensa técnica la simple designación no supone un derecho ejercido, VLR debía ser escuchado a fin de que exprese si aceptaba la defensa pública, y en respeto a ello debió suspenderse la diligencia y de ser el caso y por presumirse una ausencia voluntaria tanto fiscalía como el juzgado debía justificar que era imposible determinar el paradero del procesado.

En relación con la presunción de inocencia el tribunal de garantías penales debió hacer una valoración más extensa en razón de las pruebas que permitieron declarar la culpabilidad de LRVO, la responsabilidad se determinó mediante un testimonio viciado y el testimonio de la madre de la víctima (testigo de referencia¹³⁶), que por lógica no era imparcial, con lo que queda en tela de duda si existieron los elementos necesarios para declarar la culpabilidad del procesado.

Por otro lado, y refiriéndonos a los derechos de la víctima por ejemplo a no ser revictimizada, cuando se evacúan diligencias con vulneración a los derechos fundamentales como sucede en el presente caso hay riesgos importantes de que el procedimiento recaiga en nulidad, lo que hace suponer que la víctima se vería obligada a declarar nuevamente en un proceso en el que se subsanen los errores cometidos, por lo tanto la ineficacia del sistema de justicia es lo que termina vulnerando a la víctima y produciendo una revictimización de segundo grado más dolorosa que la que se produciría en un proceso a la luz de los derechos.

El derecho de acceso a la justicia admite la participación activa de las partes, en el caso que nos ocupa, hay un deniego en razón de mostrar indiferencia sobre la comparecencia del procesado a la diligencia de testimonio anticipado; el juez omitiendo su obligación de ser imparcial resuelve aceptando instalar la diligencia sin garantizar la

¹³⁶Sobre los testigos de referencia “se trata básicamente, de la declaración de una persona sobre hechos que no ha percibido, ni directa ni indirectamente, pero sobre los cuales tiene la referencia de otras personas” Lorenzo Bujosa Vadell, “La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio” en *Revista Pensamiento jurídico*, n°21 (2008), 57. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7121022>.

plena intermediación de ambas partes, lo que desde ese momento vicia a la diligencia y la deja en categoría de fuente de prueba, imposibilitándola a ser valorada en juicio.

Finalmente, y entre los errores del caso analizado predomina la ineficacia de los jueces en ser garantes de los derechos tanto de la víctima y del procesado, esa nueva figura del juez como garante de derechos y ese garantismo que profesa la constitución del 2008 es indudablemente letra muerta. Ese rol que equilibra y que limita los causes del poder punitivo en el presente caso son invisibles, los jueces fueron meros directores del proceso, elementales lectores y aplicadores de la ley y resolvieron la culpabilidad con un análisis deambulo y poco profundo.

Con lo anterior se reafirma que esta diligencia al no tener un campo de dirección, una norma específica que trate su evacuación resulta siendo una evidente vulneración a los derechos del procesado; si se permite que sea evacuada sin un respeto irrestricto al principio de contradicción y al derecho a la defensa termina imposibilitada de subir a categoría de medio de prueba pues se atraparía siendo una fuente de prueba obtenida con vulneración a los derechos.

2.5.2. Breve descripción del caso. “18571-2020-00436 delito de abuso sexual, seguido en contra de MNMA”.

El Tribunal de Garantías Penales de la provincia de Tungurahua con sede en el cantón Ambato, avoca conocimiento de la causa 18571-2020-00436, por un auto de llamamiento a juicio emitido por la Dra. que Eva Núñez Jueza de la Unidad de Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, por un presunto delito de abuso sexual tipificado y sancionado en el artículo 170 del COIP por parte de MNM, ecuatoriano de 51 años de edad en contra de T.M.S.M menor de 11 años de edad. La víctima aduce que el procesado es novio de la madre, el mismo que visitaba con frecuencia su casa ubicada en la ciudad de Ambato, indica además que en una ocasión en la que no recuerda la fecha exacta pero que aproximadamente hace un año y luego de que todos sus familiares y con las personas con quien convive acaben de comer por la noche ella se queda a solas en la sala con el señor MNMA, su madre se dispone a lavar los platos y mientras tanto el procesado procese hacer coquillas a la menor de edad en forma de juego, luego de ello la misma refiere que cuando le abrazo para hacerle cosquillas le toco los pechos.

Entre las pruebas presentadas por fiscalía que fueron evacuadas en etapa de investigación e instrucción fiscal se encuentra el TA de la víctima, el mismo en el que se indica que efectivamente el día de los hechos cuando el procesado se dispone a jugar y hacer cosquillas rozó los pechos de la menor, pero indica que no recuerda bien, se permite hacer preguntas al abogado de la defensa técnica del procesado el mismo que pide que la menor indique detalles más puntuales acerca de los hechos. Se presenta además el examen psicológico, en el que manifiesta en la primera entrevista que “luego de comer con todos sus familiares el señor MNMA, cuando la madre de la menor se fue a la cocina procede a tocarle los senos y la vagina por encima de la ropa por lo que se determina por el perito psicólogo que hay rasgos de la existencia de un presunto abuso sexual pese a no existir presencia de afectación psicológica en la pericia, así mismo un examen de entorno social y además el testimonio de la madre de la menor en el que se indica que el día de los supuestos juegos se encontraba ella presente y que pudo observar que estaban jugando, que nunca ha visto nada fuera de lo normal o que pueda llamar la atención. Se presenta además el reconocimiento del lugar de los hechos en el que se determina la existencia material del lugar.

Como parte de lo aportado por la defensa técnica del procesado se presenta el testimonio del señor MNM, el mismo que manifiesta que lleva una relación con la madre de la menor desde hace dos años atrás y que las ocasiones en las que ingresa a la casa es para cosas puntuales entre ellas ayudara a la menor en las tareas escolares y que en dos ocasiones han jugado a las cosquillas pero que jamás ha tocado las partes íntimas de la menor y que este es un mal entendido. Además, la defensa solicita que la menor sea convocada a la audiencia de juicio para que rinda testimonio nuevamente y pese a que Fiscalía indica que se encuentra rendido el T.A. los jueces indican que debe ser escuchada en razón de los derechos que le asisten constitucionalmente, incluso se permite someter a examen a la niña con la finalidad de verificar contradicciones e inconsistencias. En la audiencia de juicio la menor mientras rinde nuevamente el testimonio indica que todo fue mentira, que fue un invento que realizó porque una de las amigas de la escuela le habría dicho que así recibirá mas atención de la madre, indica que el procesado es buena persona que le quiere a su madre y que en pocas ocasiones ha ingresado a su casa, que además la madre nunca les ha dejado a solas y que el únicamente le ayuda a hacer sus tareas en presencia de la madre.

Con todos esos antecedentes el Tribunal hace un análisis acerca de las pruebas presentadas indicando que el examen psicológico no era claro en establecer si hay rasgos de abuso sexual porque no hay afectación psicológica de la menor, que además la madre indica que la niña nunca estuvo a solas con el agresor y que por la naturaleza de estos ilícitos siempre es buscar el anonimato por parte del agresor, es decir buscar un lugar en el que no pudiera ser descubierto, incluso se hace hincapié en el testimonio de la víctima recalcando que con su ánimo de intervenir en la audiencia de juicio queda sin validez el testimonio anticipado y que por lo tanto se ha tomado en cuenta el nuevo testimonio, el mismo que incluso se sometió a examen y no se lograron encontrar contradicciones que verifiquen que se falta a la verdad. Además, se valora el testimonio del procesado en el que indica que nunca agredió sexualmente a la niña y que fueron juegos y que es una equivocación porque nunca estuvo solo con la menor. Finalmente, el Tribunal decide ratificar la inocencia del señor MNMA.

2.5.2.1. Aplicación del testimonio anticipado.

En el presente caso se evidencia, que el testimonio anticipado no logra evitar la revictimización de la víctima, porque si bien el T.A. fue evacuado en la instrucción fiscal se vuelve a rendir el testimonio de la víctima en la audiencia de juicio, incluso se permite someterla a examen para verificar contradicciones, con conocimiento que es menor de edad.

Se evidencia claramente que el nuevo testimonio rendido es una estrategia de la defensa del encausado para que se vuelva una prueba de descargo y sirva para absolver, sin que los jueces puedan intervenir y no permitan que la niña rinda nuevamente el testimonio por que la norma Constitucional es clara en determinar que la víctima es libre de participar en cualquiera de las etapas del proceso si así lo requiere. Es claro que en este caso el T.A. no fue ni un medio para preservar la prueba, ni un medio para proteger la fuente de prueba (testigo víctima) porque se termino revictimizando indiscriminadamente a la menor de edad.

Incluso es claro que el T.A, no ha evitado la revictimización en razón de que durante todo el procesamiento penal la menor de edad ha sido expuesta una y otra vez a contar los hechos nuevamente. De primer orden en la diligencia de examen psicológico,

después en la diligencia de entorno social, luego ya en el T.A y finalmente una vez más en la audiencia de juicio.

2.5.2.2. Análisis crítico respecto a la observancia de derechos constitucionales durante el testimonio anticipado.

Es necesario hacer un análisis de cómo se evacua el Testimonio anticipado en la presente causa frente a los derechos garantizados constitucionalmente a la víctima, y es que si bien entre estos derechos encontramos el derecho al conocimiento de la verdad, que comprende una investigación eficaz, es indiscutible que no existió una investigación eficaz si lo que se extrae del T.A. no es válido para volverlo un medio de prueba y se somete a la víctima a declarar nuevamente.

Ya en relación con el derecho a la no revictimización cabe la interrogante ¿el T.A evita la revictimización primaria, secundaria o terciaria?, la respuesta es claramente negativa, porque la víctima es sometida una y otra vez a recordar los hechos, a intervenir en un sistema que necesita varias declaraciones para sustentar el decurso de un procesamiento y porque ello la lleva a un círculo de estigma difícil de conllevar. El T.A es un mecanismo inidóneo sino se entraña la finalidad para la que fue creado, pero sobre todo que si no se rige a una reglas específicas y limitaciones que permitan determinar por ejemplo si es posible una segunda declaración cuando este ya fue evacuado, más aún cuando esto implique vulnerar derechos fundamentales de la víctima.

Esto tiene relación directa además con el derecho al acceso a la justicia porque en el caso que nos ocupa el T.A no resulta siendo un mecanismo ágil y efectivo, en razón de que no ha servido de nada su evacuación anticipada porque se ha sometido a la víctima a un examen en juicio que pone en predicamento su testimonio y que además la expone a ser violentada por las partes procesales, con la idea de ejercer defensa. Ya en relación con el derecho a la inmediación ha sido violentado por completo, el momento en que el juez no busca proteger a la víctima del interrogatorio y contrainterrogatorio y deja expuesta a esta, contraponiendo el derecho a la verdad por sobre el derecho a no ser revictimizada.

2.6. Balance de la aplicación del testimonio anticipado y su relación con el garantismo penal ecuatoriano

Pese a que hace algunos años en el Ecuador se ha propugnado fuertemente la idea de implantar un modelo de derecho penal mínimo basado en el garantismo, el sistema penal ha sido invadido por códigos penales punitivos como por ejemplo el COIP que implantó un sistema represivo y violento, no solo con penas más largas sino con la tipificación de más delitos y con muchas menos posibilidades de sustituir la cárcel como medida de castigo.

Esto debido a la idea de inseguridad que se ha implantado en gran parte por la criminología mediática porque el mundo contemporáneo está invadido de tecnologías mediáticas, radio, prensa, televisión, e incluso el internet; ¹³⁷Sartori “desarrolla la tesis que el homo sapiens se está degradando a un *homo videins* por efecto de una cultura de puras imágenes” y esto quiere decir que mediante el impacto que causan las fuertes imágenes mostradas por los medios de comunicación se está exterminando la capacidad que tiene el ser humano para discernir entre la realidad y la desinformación y está creando una idea de riesgo absoluto en la sociedad que busca ser zaceada con engrandecimiento del poder punitivo.

En efecto, esto no solo ha forzado a los legisladores a crear normas que vulneran el espíritu de la constitución, sino también ha creado “solidarismos” en jueces que tal y como lo define Adolfo Alvarado, estos son corrientes en las que se desarrollan comportamientos que generan apego a la víctima y buscando evitar su revictimización terminan completamente alejados de su rol de imparciales y resolviendo causas en razón de sentimientos o afinidades a una de las partes¹³⁸. En opuesto a lo que busca el garantismo que son jueces comprometidos con la Constitución y con los principios que esta propugna, son jueces que entienden que incluso el crimen más atroz o el criminal más cruel debe ser sentenciado en base a un proceso justo en el que se le hayan respetado sus derechos.¹³⁹

Para tal efecto y en favor de establecer un balance entre los derechos de la víctima como del procesado en la evacuación del TA, es imprescindible que para que

¹³⁷ Raúl Zaffaroni, *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar* (Buenos Aires: Ediar, 2011), 369.

¹³⁸ Adolfo Alvarado Velloso, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), Edición digital de Tirant lo Blanch.

¹³⁹Ibíd., 303.

esta prueba pueda ser evacuada se analice si es necesaria en el caso concreto, es decir analizar si su convocatoria cumple con la esencia de anticipar prueba (para preservar la prueba o proteger a la víctima) y además asegurar por sobre todo la comparecencia de ambas partes, la contradicción y el debido proceso.

El verdadero balance en la producción de esta prueba podría alcanzarse permitiendo un debate con preguntas y repreguntas de las partes dirigidas por el juzgador, en donde el procesado pueda rebatir la imputación sin desmerecer a la víctima y esta última pueda rendir su testimonio sin ser revictimizada, pero sin olvidar detalles que puedan mermar los derechos del procesado. En igual forma esta diligencia por esencia debe justificar las razones de su anticipo y además debe por sobre todo proteger a la víctima de ser llamada nuevamente a declarar en juicio; en definitiva, con lo anterior no se quiere mostrar un favorecimiento o parcialidad para alguna de las partes procesales sino implantar la certeza de vivir bajo un sistema judicial garante que nos ampare sin diferencias.

Conclusiones

Como conclusión general podemos afirmar que la prueba (documental, pericial y testimonial), es la manera en la que se le da a conocer al juez los hechos sobre un conflicto del que debe fundar una decisión; ahí yace la importancia de que toda prueba sea evacuada con apego irrestricto a las garantías fundamentales, además se concluye que en el caso del testimonio anticipado es una prueba que bajo ningún concepto puede ser ingresada a juicio sin contradecirse porque ello implica una grave vulneración a los derechos del procesado.

En definitiva, la prueba testimonial es un tipo de prueba de las más utilizadas en materia penal porque por la esencia misma del ser humano hace que confiemos unos en otros y por lo tanto creemos, o no, en lo que narra otra persona. Sin embargo, no ponemos olvidar que la fuente de prueba (persona) puede estar dotada de vicios y subjetividades y en razón de eso, este medio de prueba debe pasar un sinnúmero de filtros para que pueda fundar una condena.

En contexto, la prueba testimonial anticipada es un medio de prueba que por excepcionalidad se permite que sea evacuada con antelación a la audiencia juicio y pase a ser valorada en juicio, es decir sufre una suerte de transformación de fuente de prueba a medio de prueba, pero ¿puede esta fuente de prueba transformada mermar el principio de inocencia del procesado y fundar una sentencia declaratoria de culpabilidad?, tal y como lo ha expuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos el testimonio de la víctima en delitos de connotación sexual es suficiente para mermar el principio de inocencia de una persona, no es menos cierto que en el caso del testimonio anticipado de la víctima por un delito de abuso sexual debería establecerse parámetros como: 1) justificar la necesidad de la práctica del anticipo probatorio, 2) justificarse la comparecencia del procesado, 3) garantizar contradicción y ejercicio de defensa en su evacuación; 4) prohibición de que la víctima vuelva a rendir testimonio en juicio, 5) pasar los filtros de valoración realizados por el juez con la finalidad de analizar la prueba en el contexto total del proceso, porque con ello se podrá hacer corroboraciones que permitan emitir una sentencia motivada.

A diferencia de México, Colombia y Paraguay que han desarrollado todo tipo de prueba anticipada e incluso reglas básicas de evacuación, en el Ecuador se ha previsto en el Código Orgánico Integral Penal específicamente en el art. 502.2 la posibilidad de

practicar con anticipación únicamente la prueba testimonial, así mismo y entre las atribuciones del fiscal se encuentran las de solicitar este TA en víctimas de delitos sexuales para evitar la revictimización. Sin embargo, del análisis y la investigación realizada se ha podido identificar que esta prueba tiene un problema en su aplicación porque la normativa no ha especificado las reglas bajo las cuales debe practicarse la prueba anticipada, lo que pone en riesgo la seguridad jurídica, el modelo garantista y democrático del que versa la Constitución del 2008.

En síntesis, en el Ecuador se está permitiendo condenar por delitos de abuso sexual en base a una prueba de poca calidad que es lo que vendría a ser el testimonio anticipado evacuado en cámara de Gésell, en donde no es posible el curso normal de la contradicción, con lo que no solamente se vulnera el debido proceso sino en sí el derecho a la presunción de inocencia y tutela efectiva como parte de la dignidad humana. Por tal motivo, se debe propugnar un balance en la producción de esta prueba, que no es precisamente exponer a la víctima al curso normal del conainterrogatorio sino permitir un debate con preguntas y repreguntas de las partes dirigidas por el juzgador, en donde el procesado pueda rebatir la imputación sin desmerecer a la víctima y esta última pueda rendir su testimonio sin ser revictimizada.

En definitiva, aplicar el TA en delitos de connotación sexual debe estar encaminado a evitar la revictimización de la víctima en el proceso, pero esta garantía no se está logrando porque esta diligencia deja puerta abierta a que el testimonio vuelva a ser tomado en juicio, obligando a la víctima no solo a recordar una y otra vez los hechos sino es sometida a la dureza de un interrogatorio. La víctima además es revictimizada por un sistema con retardos y equivocaciones injustificadas que vuelven al proceso un viacrucis, en la generalidad un sistema sin un personal sensible con el tratamiento de víctimas que culpa y juzga a esta por los hechos, termina por causar mucho más dolor que el causado por el delito. Una cultura machista y desigual como la ecuatoriana, no se elimina con la evacuación de una diligencia, este paradigma debe ser cambiado mediante políticas públicas que trasformen la raíz del problema.

En los casos motivo de análisis en el presente trabajo se puede evidenciar que hay una incuestionable vulneración a los derechos tanto de la víctima como del procesado, en el primer caso se vulnera la contradicción y el debido proceso en razón de que se nombra un defensor público el mismo que no realiza una defensa mínimamente

eficaz, porque no contradice el TA y no aporta elementos para descargar la responsabilidad del encausado, de modo que es convocado para validar una diligencia y que ello permita que sea trasformada en medio de prueba e infundir condena. Ya en el segundo caso se verifica que no evita la revictimización ya que incluso luego de evacuado el TA dejó la posibilidad de que la víctima vuelva a rendir su testimonio en la audiencia de juicio y que incluso sea sometida a la dureza de un contra examen, lo que no solo pone en predicamento el TA rendido en primer orden, sino incluso lo deja sin efecto, pasando a considerarse una prueba para absolver al procesado.

Dentro de la presente investigación se tuvo como limitaciones principales el acceso a la información de procesos por delitos sexuales en razón de que la norma ha prohibido el acceso público a estos con la finalidad de proteger la identidad de las víctimas. A partir de esta investigación sería preciso investigar y elaborar un proyecto de ley que permita normar las reglas bajo las cuales debe evacuarse la prueba anticipada en el Ecuador, entre las que debería precisarse por ejemplo, que el requerimiento de anticipo probatorio sea motivado y únicamente cuando haya un peligro inminente de la pérdida de la prueba o riesgo de la fuente de prueba, además que se asegure la comparecencia del procesado a la diligencia o al menos de su defensor de confianza, si es el caso de un defensor público que este se encuentre debidamente autorizado por el procesado, así mismo debe existir una prohibición expresa de que la víctima vuelva a rendir su testimonio en audiencia de juicio cuando ya rindió el TA, y finalmente que se desarrollen parámetros de valoración específicos para prueba anticipada, entre los que podría constar que el TA puede ser apoyado de una pericia de credibilidad.

Recomendaciones.

Debe incluirse una norma en el COIP que describa las reglas bajo las cuales se evacue el TA haciendo constar, por ejemplo: 1) la necesidad y justificación del anticipo probatorio, 2) asegurar la comparecencia del procesado, 3) garantizar la contradicción y el ejercicio de defensa, 4) prohibición de rendir nuevamente el testimonio de la víctima en juicio y 5) tratar de las reglas de valoración de la prueba anticipada.

En el decurso de procesamientos penales por delitos sexuales debería analizarse profundamente los casos en los que cabe evacuar la diligencia de TA, el juzgador debe asegurarse que Fiscalía acredite que 1) exista riesgo de pérdida de la fuente de la prueba o 2) riesgo en la identidad del testimonio, para evitar que se utilice en todos los casos y se desnaturalice su esencia.

El estado ecuatoriano debe buscar capacitación en tratamiento de víctimas para todos los funcionarios intervinientes en un proceso penal, en razón de evitar la revictimización de segundo grado que es a la que usualmente se le somete a la víctima por el desconocimiento.

Bibliografía.

Agudelo Ramírez Martín, “El debido Proceso”, *revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, n°3 (2006). <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDebidoProceso-5238000.pdf>.

Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: centro de estudios constitucionales,2001).

Alcácer Guirao Rafael, “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”, *Indret Revista para análisis del derecho*, n°4 (2013), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4481132>.

Alvarado Velloso Adolfo, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), Edición digital de Tirant lo Blanch.

Álvarez Buján María Victoria, “Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español, referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n° 2180, (2015). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5188644>.

Álvarez Ladente Joaquín, “El derecho a la defensa como derecho devaluado” en *Jueces para la democracia*, n°15 (1992). <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDerechoDeDefensaComoDerechoDevaluado-2533636.pdf>

Ansuátegui Roig Francisco Javier, “Jueces constitucionales (garantía de la Constitución y responsabilidad).” *Estudios Socio-Jurídicos* 14.2 (2012).

Arenas Salazar Jorge, *Pruebas penales*, 2da. edi. (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2003).

Ávila Santamaría Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador, El Estado y el derecho en la Constitución del 2008*, 1ra.ed. (Quito: Ediciones Abda Yala, 2011).

Ávila Santamaria Ramiro, “En defensa del Neoconstitucionalismo transformador. Los debates y argumentos” Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina de Naciones: marzo 2012. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Ávila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>.

Ávila Santamaría Ramiro, *El COIP y su potencial aplicación garantista* (Ecuador: inédito).

Ávila Santamaría Ramiro, *La injusticia Penal en la democracia constitucional de derechos*, Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina: Septiembre del 2010. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CON-003-Ávila,%20R-La%20in>.

Ramiro Avila Santamaria & otros, *El género en el derecho. Ensayos Críticos* (Quito: Iedit, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009).

Balbuena, Patricia. “La justicia no tiene rostro de mujer. Obstáculos para el acceso a la justicia de las mujeres”. En: *Aportes Andinos No.12*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Programa Andino de Derechos Humanos, diciembre 2004. <http://hdl.handle.net/10644/680>.

Baratta Alexandro en Graunner Cristina, “El cumplimiento de los parámetros del debido proceso en el procedimiento directo del Código Orgánico Integral Penal” (Tesis Magister, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2016). <http://hdl.handle.net/10644/4758>.

Barrios Gonzáles Boris, *El testimonio Penal* (Colombia: Editorial Ancon, 2008).

Beccaria Cesare, *Tratado de los delitos y las penas* (Madrid: Editorial Trotta, 2015).

Bujosa Vadell Lorenzo, “La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio” en *Revista Pensamiento jurídico*, n°21 (2008). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7121022>.

Bustamante Álvaro de Gregorio, *Abuso Sexual Infantil denuncias falsas y erróneas* (Argentina: Omar Favale, 2004).

Bravo Barrera Rolando, “La prueba en materia Penal” (Tesis Diplomado en Derecho Penal, Universidad de Cuenca, 2010). [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/td4301\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/td4301(1).pdf)

Cadena María Belén, “Procedimientos y aplicación de la cámara de Gésell en el Ecuador, en relación al testimonio anticipado (urgente) en los delitos de violación” (Tesis Maestría Derecho Procesal. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2016). <http://hdl.handle.net/10644/4741>

Cafferata Nores José, *La prueba en el proceso penal*, 3ra. edi. (Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1998).

Catalina María Ángeles, “la prueba de testigos y peritos y la intervención de intérpretes en el proceso”.

Carrió Genaro Rubén, *Sobre derecho y lenguaje* (Buenos Aires: Editorial Lexis, 1994) citado por Ignacio Tedesco, *ibíd.*

Corte Constitucional del Ecuador, “*Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional*” (Alfredo Ruiz Guzmán, Pamela Juliana Aguirre Castro y Dayana Ávila Benavidez, Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2016).

Corte IDH, “Sentencia del 31 de agosto del 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Rosendo Cantú vs México, 31 de agosto del 2010. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

Corte IDH, “Sentencia del 20 de noviembre del 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)” Caso Espinoza Gonzales vs Perú, 20 de noviembre del 2014. [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/seriec_289_esp\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/seriec_289_esp(1).pdf)

Corte IDH. Opinión Consultiva OC- 16/99. 1 de octubre de 1999. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Sobre “el derecho a la información sobre la asistencia

Consular en el marco de Garantías del Debido Proceso”.
<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/0102.pdf>.

Corte IDH, “Sentencia del 24 de octubre del 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Nadege Dorzema y otros vs Republica Dominicana, 24 de octubre del 2012. [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/seriec_251_esp\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/seriec_251_esp(1).pdf).

Colombia, *Código de Procedimiento Penal Colombiano*, Ley 906 de 2004.

Cuartero Rubio María Victoria, “Prueba del derecho extranjero y la tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, n°14 (2000),
<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DialnetPruebaDelDerechoExtranjeroYTutelaJudicialEfectiva-182018.pdf>.

Diccionario Español Jurídico Real Academia Española, <https://dej.rae.es/lema/derecho-al-debido-proceso>.

Donna Alberto, *Delitos en contra de la integridad sexual* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, s/d).

Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014.

Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, registro oficial N.º 449, del 02 de octubre del 2008.

Ecuador, Resolución 117- 2014 del Pleno del Consejo de la judicatura.

Ecuador Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia N°1432-2017, 31 de agosto del 2017.
[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Juicio_17721-2016-1150\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Juicio_17721-2016-1150(1).pdf).

Ecuador Corte Nacional de Justicia sala especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. “sentencia”. En juicio 1158~2013. 23 de julio del 2003.

Escudero Soliz Jhoel Marlín, *El problemático reconocimiento del derecho a la verdad. Los derechos de las víctimas* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación Editora Nacional, 2012). <http://hdl.handle.net/10644/3331>.

Escudero Soliz Jhoel Marlín, “La violación de derechos en la crisis bancaria de 1999 en Ecuador y el derecho a la verdad” (Tesis previo a la obtención de título de doctor en derecho UASB sede Ecuador, 2016). <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/TD077-DDE-Escudero-La%20violación.pdf>.

España Corte Constitucional española. “Sentencia N°50/2014, de 7 de abril. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23901>.”

Ferrajoli Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, 1ra.edi. (México: Editorial Fontamara, 2004).

Ferrajoli Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 1ra.edi. (México: Editorial Trotta, 2004).

Flores Prada Ignacio, *La prueba anticipada en el proceso Penal Italiano* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011). Edición digital de Tirant lo Blanch.

Fuentes Pérez Dalia Berenice y Ortega Soriano Ricardo, “El derecho a la defensa adecuada en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humano” en *El Derecho Humano al Debido Proceso* (coordinadores Carlos Pérez Vásquez, México: Tirant lo Blanch, 2014). Edición digital de Tirant lo Blanch.

Florian Eugenio, *Elementos del Derecho Procesal Penal* (Barcelona: Ediciones jurídicas Olejnik, s/d).

Gaitán Reyes Julián Andrés, “el debido proceso: La carga de la prueba en el proceso jurisdiccional transicional en Colombia”, *Diálogos de saberes, investigaciones y*

ciencias sociales, n°46 (2017). [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDebidoProceso-6260869\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDebidoProceso-6260869(1).pdf).

García Muñoz Pedro Luis y otros, *Estudios sobre la prueba penal, volumen I, Actos de investigaciones y medios de prueba en el proceso penal: competencia objeto y límites* (Madrid; Editorial La ley, 2010).

García Canales Mario, “Principios Generales y Principios Constitucionales” en *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, n°9 (2010).file:///C:/Users/Usuario/Downloads/REPNE_064_133.pdf.

Gimeno Sendra Vicente, “El derecho de defensa” en *Constitución y proceso* (Madrid: Tecnos 1988).

Gonzales Cano Isabel, *La prueba, Tomo II, la prueba en el proceso penal* (España: Tirant lo Blanch, 2017). Edición digital de Tirant lo Blanch.

González Pérez Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional* (Madrid: Civitas, 2001).

Hernández Aguirre Cristian Norberto, “Reflexiones sobre el principio de contradicción en el proceso penal acusatorio” en *Prospectiva Jurídica*, n°10 (2014). <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DialnetReflexionesSobreElPrincipioDeContradiccionEnElProc-6222475.pdf>.

Herrera Aguirre Lucia, Romo María Paula & otros, *Los derechos de las mujeres en la mira* (Quito: Iedit, Corporación Humana, 2014).

Hidalgo Murillo José Daniel, *Debido Proceso Penal en el sistema acusatorio* (México: Flores Editor y distribuidor, primera edición, 2011).

Horvitz Lennon María Inés y López Masle Julián, *Derecho Procesal Chileno, Tomo I Principios Sujetos Procesales, medidas cautelares, etapa de investigación* (Santiago: Editorial Jurídico Chile, 2002).

Jauchen Eduardo, *Tratado de la prueba en materia penal* (Buenos Aires: Editores Rubinzal Culzoni, 1994).

Jordi Nieva Fenoll, *Derecho procesal III. Proceso penal* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2017).

Masapanta Gallegos Christian, “El juez Garantista: un nuevo rol de los actores judiciales dentro del Constitucionalismo ecuatoriano”, *Debate Constitucional*, Luis Fernando Torres (Quito: editorial Cevallos, 2010).

Meneces Pacheco Claudio, “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, *ius et praxis*, n° 2 (2008).
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122008000200003&lng=es&nrm=iso&tlng=es.

México, *Código Nacional de Procedimientos Penales de México*, Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo del de 2014.

Moscoso Parra Ruth Karina, *El derecho constitucional a la no re-victimización de las mujeres víctimas de violencia sexual durante la fase de obtención de la prueba en el proceso penal* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2016).
file:///C:/Users/Usuario/Downloads/T2084-MDE-Moscoso-El%20derecho(1).pdf

Muñoz Conde Francisco, *Derecho Penal parte especial*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019). Edición digital de Tirant lo Blanch.

Paladines Jorge, Brito Marlo, y Pazmiño Ernesto “Guía para la aplicación del principio de favorabilidad para las Personas condenadas por delitos de drogas” (Quito: Defensoría Pública, 2014).

Paraguay, *Código Procesal Penal de la Republica de Paraguay*, Ley N 1286/98, del 14 de julio de 1998.

Parma Carlos, *Abuso Sexual. Enfoque interdisciplinario de los lineamientos normativos actuales. Estudio sobre la víctima y el victimario* (España: ASC Libros Jurídicos S.A ,2005).

Parra Quijano Jairo, *Manual de Derecho Probatorio* (Colombia: Editorial Ancon, 2005).

Pereda Beltrán Noemi y Tamartit Sumalta Josep, *Victimología teórica y Aplicada* (Barcelona: Huygens editorial, 2013).

Pérez Alonso Esteban, “Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, *Indret Revista para análisis del derecho*, n°3 (2019).

Pérez Ledesma Eric, *Manual General de Derecho Procesal*, 4ta. edi. (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2015).

Pérez Barberá Gabriel, “Libertad probatoria y reserva de ley: “autodeterminación informacional “como derecho fundamental del imputado” en *Fundamentos del derecho probatorio en materia penal* (directores Kai Ambos /Ezequiel Malarino, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019). Edición digital de Tirant lo Blanch.

Pico I Junoy Joan, *Las Garantías Constitucionales del proceso*, 2da.edi. (Barcelona, Bosh Editor, 2012).

Piza Escalante Rodolfo y otros, *Principios Constitucionales*, 1ra.edi. (Costa Rica: Editorial Investigaciones jurídicas, 2008).

Ramírez Tagle Cristian, “Derecho a Guardar Silencio”, en *Ars Boni et Aequi*, n° 3 (2007). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3273380>.

Revenga Sánchez Miguel, “Relación entre la Constitución y el Derecho Penal: una mirada desde la orilla constitucional”, *Derecho Penal y Garantías Constitucionales, una perspectiva iberoamericana* (coordinadores Gerardo Ruiz Rico y otros, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011).

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <https://dle.rae.es>.

Rivera Ramos Efrén, “El derecho y el Silencio”, *Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, n° 30 (2017).
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6553939>.

Romero Peñaranda Paola y Luz Aristizabal Becerra, “la violencia sexual en Latinoamérica desde la perspectiva de género”, *prácticas y discursos, cuadernos de ciencias sociales*, n°8 (2019).

Robles Sevilla Williams Alexander, “los desafíos de la entrevista única en cámara Gesell en el proceso penal peruano” en *Revista Derecho y cambio social*, n°59 (2020).
 file:///C:/Users/User/AppData/Local/Temp/Dialnet-
 LosDesafiosDeLaEntrevistaUnicaEnCamaraGesellEnElPr-7219664.pdf.

Sánchez Martínez Olga, *Los principios en el derecho y la dogmática penal*, (Madrid: Editorial Dykinson, 2005). ProQuest Ebook Central.

Tapias Angela Cristina y otros, *Reparación o Revictimización* (Bogotá: editorial USTA, 2016). Edición para e- libro.

Tedesco Ignacio Francisco, *El acusado en el ritual judicial: Ficción e imagen cultural* (Buenos Aires: Editorial Puerto, 2007).

Tijerino Pacheco José María, *Debido Proceso y Pruebas Penales* (Costa Rica, revista de Ciencias Penales n° 7) citado por José Daniel Hidalgo Murillo, *Debido Proceso Penal en el sistema acusatorio* (México: Flores editor y distribuidor,2011).

Urbano Castrillo Eduardo, *La valoración de la prueba electrónica* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009). Edición digital de Tirant lo Blanch.

Vaca Andrade Ricardo, *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*, 2da.edi. (Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones, 2015).

Vladila Mihaela Lavinia y otros, “el derecho de defensa” en *Revista de la Inquisición: Intolerancia y derechos humanos*, n°15 (2011).
file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDerechoDeDefensa-3821722.pdf.

Zaffaroni Raúl, *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar* (Buenos Aires: Ediar, 2011).