



**Universidad del Azuay.**

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**“El Tratamiento Procesal del Testimonio Anticipado: Situaciones Prácticas que afectan el  
Derecho a la Defensa de la Persona Procesada. Práctica del Testimonio Anticipado en  
Ausencia del Sospechoso o del Procesado”**

Trabajo de Graduación previo a la obtención de título de:

Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador

Autor: Jorge Sebastián Calle Moscoso

Director: Dr. Pablo Galarza Castro

Cuenca – Ecuador

2020

## **DEDICATORIA**

*A mis padres, por el apoyo proferido hacia mí en cuanto a la consecución y cumplimiento de mis metas. A mis maestros, por haber sido una fuente de inspiración y de conocimiento vital para alcanzar mis objetivos. A la Universidad del Azuay, por haber sido mi alma mater en el transcurso de mi formación académica.*

## **AGRADECIMIENTOS**

A mis padres que siempre fueron el sustento y apoyo incondicional detrás de mi formación profesional y humana.

A mis amigos y familia que siempre me apoyaron y demostraron su afecto de muchas formas en este transcurso formativo de mi vida.

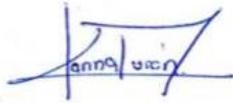
A la Universidad del Azuay y todos quienes conforman la Facultad de Ciencias Jurídicas por acogerme en su prestigiosa institución, y de manera especial al profesor el Doctor Pablo Leoncio Galarza Castro, no solo por ser parte de mi formación personal y profesional, sino también por ser mi guía con su gran experiencia y sus vastos conocimientos, realizados de una forma invaluable en el presente trabajo.

## **RESUMEN**

El presente proyecto tiene por objetivo realizar un análisis de antecedentes, normativa y doctrina del derecho a la defensa como garantía básica para tutelar los intereses del procesado dentro de un proceso penal, con la finalidad de conocer si con la práctica del testimonio anticipado en la fase pre procesal de investigación previa cuando no hay sospechoso o ya en el proceso sin la comparecencia del procesado, se afecta o no al derecho antes mencionado como el mecanismo de defensa más garantista para el procesado, puesto que la práctica del testimonio anticipado en los escenarios antes mencionado supone la inobservancia de los principios de inmediación y contradicción siendo básicos en un sistema penal garantista, lo anterior en equilibrio con los derechos de las víctimas.

## ABSTRACT

The objective of this project was to carry out an analysis about the damage caused in the right of defense by the practice of anticipated testimony in certain scenarios. Antecedents, regulations and doctrine, were analyzed. The previous were applied to know if the practice of anticipated testimony affected the right to defense as a basic guarantee for the accused, specifically in the cases when it's practiced at Pre-procedural phase of prior investigation when there is no suspect, or, already in a started process without the accused's appearance. Since the practice of early testimony in the above-mentioned scenarios assume that the principles of immediacy and contradiction have not been observed which are basic in a protective penal system, the above in balance with the victims' rights.



## INDICE DE CONTENIDO.

DEDICATORIA .....	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
RESUMEN .....	IV
ABSTRACT .....	V
INTRODUCCION.....	9
1 CAPITULO I: El tratamiento procesal del testimonio anticipado. ....	10
1.1 La Prueba:.....	10
1.1.1 Definición de Prueba.....	10
1.1.2 Regulación de La Prueba en la Legislación Ecuatoriana.....	11
1.1.2.1 Constitución de la República del Ecuador.....	11
1.1.2.2 Código Orgánico Integral Penal.....	13
1.1.2.2.1 Finalidad y Principios Rectores.....	13
1.2 El Testimonio como Medio Probatorio: .....	20
1.2.1 Los Medio Probatorios y su previsión en el Código Orgánico Integral Penal. ....	20
1.2.2 El Testimonio: Definición.....	21
1.2.2.1 Referencia Histórica .....	24
1.2.2.2 Reglas Normativas básicas que rigen el testimonio.....	27
1.2.2.3 La Practica Anticipada del Testimonio. ....	32
2 CAPITULO II: El Derecho a la Defensa del Procesado.....	41
2.1 El Debido Proceso.....	41
2.1.1 Marco Constitucional. ....	41
2.1.2 Debido Proceso en el Código Orgánico Integral Penal.....	58
2.1.3 Finalidad del Debido Proceso.....	63
2.2 Derecho a la Defensa. ....	63
2.2.1 Antecedentes Históricos. ....	64
2.2.2 Concepto. ....	69
2.2.3 Derecho a la Defensa del Procesado en el Sistema Penal Ecuatoriano. ....	71
3 CAPITULO III: Práctica del Testimonio Anticipado: Situaciones Fáticas que Afectan el Derecho a la Defensa de la Persona Procesada. ....	77
3.1 Práctica del Testimonio Anticipado en la Fase Pre Procesal de Investigación Previa.....	77
3.1.1 Fase Pre Procesal de Investigación Previa: Diligencias a Cargo del Fiscal.....	80
3.1.2 Práctica del Testimonio Anticipado en Ausencia de Sospechoso. ....	83
3.1.2.1 Correspondencia de la Práctica del Testimonio Anticipado en Ausencia de Sospechosos con los Principios de Inmediación y Contradicción.....	85

3.2	Práctica del Testimonio Anticipado en Ausencia de la Persona Procesada dentro del Proceso Penal.	90
3.2.1	Correspondencia de la Práctica del Testimonio Anticipado sin Comparecencia del Procesado en el Proceso Penal con los principios de inmediación y contradicción.	91
3.3	Derecho a la Defensa de la Persona Procesada frente al Derecho a la Defensa de la Víctima. Conclusiones del análisis.	99
	Referencias:	104

## INDICE DE TABLAS.

Tabla 1. Cuadro Comparativo Recepción de Testimonios Anticipado .....	96
---	----

## **INTRODUCCION.**

En la actualidad el Derecho Procesal Penal opta Por ser garantista puesto a que así lo exigen las tendencias procesales actuales, siendo así que, si bien el procesado es la persona justiciable que supuestamente es autora del cometimiento de tal o cual delito, goza de derechos de raigambre constitucional en cuanto a su plena defensa dentro de un proceso penal, debido a que nuestra constitución vigente reconoce garantías del debido proceso que tienen la finalidad de blindar al procesado como sujeto de derechos dentro de un proceso y evitar que se viole principalmente el derecho a la defensa, sin embargo, existe la posibilidad de que este garantismo del derecho procesal penal se vea trastocado.

El objetivo de este trabajo es analizar y concluir si con la práctica del testimonio anticipado se ve trastocado el derecho a la defensa del procesado cuando este no comparece a la práctica de dicha prueba y cuando la misma es practicada en la fase pre procesal de investigación previa cuando no hay un sospechoso de ser autor de un delito, para lo cual empezaremos analizando el tratamiento procesal del testimonio y su práctica como prueba anticipada así como también el derecho a la defensa del procesado para tener el panorama claro y posteriormente proseguir con el análisis de aquellas situaciones prácticas de la prueba antes mencionadas.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el 2014, contempla un tratamiento procesal para la práctica del testimonio como prueba anticipada, el cual trata sobre la posibilidad de realizarla taxativamente en situaciones específicas que justifican su necesidad, asimismo se analizará su contemplación en otras legislaciones y finalmente si se encuentra apegado a la Constitución en cumplimiento del debido proceso y los principios de inmediación y contradicción.

# **1 CAPITULO I: El tratamiento procesal del testimonio anticipado.**

## **1.1 La Prueba:**

El cometimiento de un delito, puede llevar consigo el inicio de un proceso penal pues es impensable que a la luz del Derecho en general un derecho se vulnere sin consecuencia alguna, y más aún, dentro del Derecho Penal resultando ofensivo para toda una sociedad que la vulneración de bienes jurídicos quede en impunidad. Por ello el proceso penal, apegándose a los principios y reglas del debido proceso, se buscará llegar a tutelar los bienes jurídicos de las personas y de la sociedad misma de la manera más eficaz posible, aun a costo de que la persona justiciable pierda su libertad.

Dentro del proceso penal, lo que se pretende es llegar a la convicción del cometimiento o no de un delito y determinar quien fue su autor, esto es posible a través de la prueba, y siendo el testimonio el medio de prueba fundamental dentro del proceso vamos a tratar su tratamiento procesal como medio probatorio y también su práctica anticipada, para lo cual va a ser necesario primero estudiar a la prueba en general y los medios probatorios.

### **1.1.1 Definición de Prueba.**

Comenzaremos por la definición tanto de la prueba como de los medios probatorios puesto que teniéndolos muy en claro podremos entender a cabalidad las bases generales del testimonio como tal, partiendo desde la definición de la prueba Guillermo Cabanellas dentro de su diccionario jurídico nos indica que la prueba es la “Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho...” (1993, p. 262).

Rodrigo Rivera nos ofrece el sentido etimológico del concepto de prueba al citar precisamente al autor Sentís Melendo y nos dice: “la palabra llegó al español del latín; en

el cual, *probatio, probationis*, lo mismo que el verbo correspondiente (*probo, probas, probare*) viene de *probus*<sup>1</sup>, que quiere decir bueno, recto, honrado.” (2011, p. 27).

Por otra parte, el autor Echandía nos puede clarificar desde un punto más doctrinario esta acepción de prueba cuando cita al autor Guasp quien nos dice que la prueba es “el acto o serie de actos procesales por los que se trata de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo” (1970, p. 22).

En palabras de Jeremías Bentham la prueba “Es un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho” (1959, p. 21).

Con las expresiones de los autores podemos entender más a cabalidad lo que engloba la prueba, viniendo a ser esta una especie de herramienta mediante la cual se guía al juez al convencimiento del cometimiento de un ilícito, así como también la determinación de la responsabilidad de quien ostenta la calidad de autor, es aquello que más se acerca a la realidad y por ello lleva a la comprobación fáctica del hecho que se intenta demostrar, pues con la prueba se inserta esa evidencia que respalda la materialización de una acción por esto es la fuente más importante de la cual el juez se ha de valer para emitir basadamente su decisión en fallo.

## **1.1.2 Regulación de La Prueba en la Legislación Ecuatoriana.**

### **1.1.2.1 Constitución de la República del Ecuador.**

La Legislación Ecuatoriana contempla una regulación para la prueba de raigambre constitucional, teniendo la Constitución del Ecuador un marcado carácter garantista y específicamente en cuanto a los derechos que tienen las personas dentro de un proceso,

---

<sup>1</sup> Bueno, recto, honrado, probo.

debido a ello la Constitución de la República del Ecuador en su Capítulo octavo: Derechos de Protección se encuentran las garantías del debido proceso, normadas en el artículo 76 entre las cuales se encuentra una que regula a la prueba específicamente.

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ...

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria...”

(Asamblea Nacional, 2008, p. 53).

Analizando la normativa antes mencionada se evidencia claramente la posición de la Constitución de la República del Ecuador en cuanto a que le otorga al debido proceso un carácter de garantía proteccionista, y siendo la prueba una garantía básica del debido proceso le está brindando este carácter de garantía proteccionista a la prueba de igual manera. En cuanto al numeral cuarto de dicho artículo, es clara la norma suprema al expresarse sobre la licitud de la prueba, siendo que, si la obtención de la prueba viola preceptos legales, morales o faltando a las buenas costumbres, dicha prueba será refutada de un proceso, siendo ejemplo de estas obtenciones ilegítimas de la prueba las obtenidas a través de torturas, de la comisión de un delito, las obtenidas en base a maltratos de índole psíquica.

Otra regulación de esta garantía la encontramos en el mismo artículo antes analizado, en su numeral 7 literal c al expresar que cualquier individuo dentro de un proceso tiene como garantía “Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.” Haciendo alusión claramente a las declaraciones y testimonios que se brinden como prueba dentro de un proceso. Asimismo, en el literal h del mismo numeral

la norma magna expresa que las personas tienen derecho a “...presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.” Claramente haciendo alusión nuevamente a la prueba como garantía al expresar que se pueden presentar las mismas dentro de un proceso y haciendo alusión al Principio de Contradicción de la Prueba al denotar que se puede refutar las mismas que se presenten en contra de tal o cual individuo (Asamblea Nacional, 2008, p. 53).

### **1.1.2.2 Código Orgánico Integral Penal.**

La normativa que regula a la prueba dentro del Código Orgánico Integral Penal se ve acogida dentro de su Libro II Procedimiento, Título IV Prueba, en el cual el primer capítulo se ve dedicado específicamente a las disposiciones generales que rigen a la prueba.

#### **1.1.2.2.1 Finalidad y Principios Rectores.**

La ley empieza regulando su finalidad en el artículo 453, disposición en la cual se expresa que la finalidad de la prueba es llevar al juez al convencimiento tanto de hecho como de las circunstancias de las cuales resulta la infracción y la responsabilidad de un individuo como autor de la misma (Asamblea Nacional, 2015). Un concepto de finalidad que se ve englobado por la definición un poco más amplia que nos brinda el autor Pérez Eric siendo citado por el autor Fernando Carpio cuando nos dice que la prueba produce convencimiento al juez, a las partes y al público, sobre la veracidad o falsedad de los hechos y no solo al juzgador, siendo una finalidad que incluso abarca un aspecto social y público pues se tiene que convencer a toda la sociedad sobre la materialización de aquello materia del ilícito (Carpio, 2019).

Al ser la prueba una garantía del debido proceso muy esencial y proteccionista esta está regida por principios rigurosos puesto que la actividad probatoria como tal no puede ser dejada a la discrecionalidad de los operadores de justicia, por ellos dichos

principios basan esta actividad y la delimitan protegiendo así a los individuos intervinientes en el proceso y más aún al procesado al ser la parte más débil, puesto que es la persona justiciable sobre quien va a recaer todo el peso de la acción, y siendo aquel que va a tener que afrontar una pena de resultar autor del delito, por ello el justiciable necesita una protección un poco más demarcada puesto a que por la naturaleza de su posición ha de ser quien resulte más agraviado dentro de un proceso penal incluso por la misma carga subjetiva que puedan tener los intervinientes, los operadores de justicia o incluso la presión mediática en contra de este sujeto, lo que deviene en que el entramado legal blinde a este sujeto en su estado de presunción de inocencia a lo largo del proceso y le otorgue certeza de la tutela de sus derechos dentro de la actividad probatoria. El artículo 454 de la norma penal antes mencionada, es el encargado de regular los principios que rigen a la prueba, indicando claramente que rigen tanto para su anuncio como para su práctica (Asamblea Nacional, 2015).

**Principio de Oportunidad**, la prueba se rige por este principio que viene a suponer una situación de temporalidad que tiene la misma para su actividad en general, por ello es que este principio en boca del autor Echandía es también llamado como principio de preclusión de la prueba pues esta vendría a precluir aquella oportunidad pues se pretende evitar que una de las partes procesales sea sorprendida por su adversario en el sentido de que este último puede presentar pruebas a última hora y que ya no se alcancen a contradecir. En el mismo sentido el autor reconoce que en el área penal puede tener una cierta flexibilidad en cuanto a excepciones a este principio por la naturaleza misma del proceso penal y siendo el objeto de protección los bienes jurídicos de una sociedad, pero que esto no se debe entender como una eliminación de la preclusión de la prueba en el área penal. (1970)

En la norma penal observamos que su regulación se apega a lo que supone doctrinariamente la oportunidad de la prueba, pues nos indica los momentos oportunos para su anuncio y su práctica, siendo estos la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y la audiencia de juicio respectivamente. Nos indica además clara y específicamente que las investigaciones y pericias hechas en la fase de investigación tendrán el valor de pruebas cuando oportunamente se hayan presentado e incorporado al proceso y que se producirán en la audiencia de juicio. Finalmente, la disposición hace referencia a esta flexibilidad de la cual nos habla Echandía estableciendo que puede ser prueba el testimonio que se produzca de manera anticipada en los casos de excepción que prevé la ley. (Asamblea Nacional, 2015).

**Principio de Inmediación**, la inmediación es uno de los principios más importantes debido al peso que tiene como garantía de la plena defensa del procesado al desempeñar el rol más débil y vulnerable dentro del proceso. Para un entendimiento más cabal en cuanto a lo que supone el principio en cuestión hacemos referencia al concepto de Echandía al ser citado por Rita Gallegos, al expresar que, entre el juez, las personas que obran en el proceso y los hechos que en él deben constar debe existir inmediata conexión o contacto (Gallegos, 2019). Observamos que la norma penal se apega al criterio doctrinario pues expresa que jueces y partes procesales deberán estar presentes en la práctica de la prueba. Este principio tiene un rol vital en nuestro sistema, pues la constitución misma se pronuncia sobre la primacía de la oralidad de nuestro sistema, en su artículo 168 numeral 6 nos indica que todo proceso de cualquier materia, así como cualquier diligencia se ha de desarrollar mediante el sistema oral, en donde se destruye ya esta visión de proceso escrito y secreto que se tenía en un modelo procesal penal anterior como lo era en el inquisitivo, al ser oral el sistema procesal en el Ecuador, la inmediación incrementa su relevancia a tal punto de ser vital, pues supone comunicación

y relación entre los sujetos y la prueba, supuesto que hoy en día es inseparable de la actividad procesal moderna, puesto que también atañe a la publicidad del proceso que es vital, puesto que la sociedad va a ser el verdadero órgano observador y juzgador en el área penal, es la sociedad la que juzga a través de la función judicial. De esto se desprende también que la inmediación sería imposible de faltar tan solo un sujeto, no se pudiera hablar de inmediación si uno de los sujetos intervinientes en la Litis está ausente, puesto que esa persona ya no está teniendo contacto ni relación con el proceso en un momento determinado como lo es una audiencia o tal o cual diligencia, y esto a su vez deviene también en la contradicción nula que tendría el individuo que no comparece. Principio este que, por su relevancia, será analizado posteriormente en concreto en cuanto a la rendición de un testimonio anticipado.

**Principio de Contradicción**, el Código Orgánico Integral Penal regula a la contradicción de la siguiente manera: “Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio...” (Asamblea Nacional, 2015, p. 263). Este principio denota mucho la garantía de defensa que tienen las partes procesales pues contradiciendo a la prueba el debido proceso se plasma de una manera más efectiva pues no habría indefensión de una de las partes siendo el procesado el más propenso. Se relacionan íntimamente con el principio de oportunidad en la práctica probatoria, pues es indispensable este aspecto de temporalidad en la contradicción, dado que la ley nos habla de conocer y controvertir oportunamente la prueba, y en cuanto a la oportunidad esto supone que se ha de hacer en determinados momentos procesales.

La contradicción es justamente esta contrariedad u oposición entre las partes de la cual nos habla Cabanellas agregando que es lo que fundamenta un proceso contencioso, la libre contradicción garantizada a las partes. (1993, p. 73)

Cabe recalcar que el código recalca que se tomara en cuenta este principio a las pruebas testimoniales que se han de practicar anticipadamente, aspecto muy importante que será tratado con oportunidad más adelante.

**Principio de Libertad Probatoria**, la Libertad probatoria regulada en la norma penal contempla que las partes procesales son libres de probar cualquier circunstancia o situación que conciernan al proceso por cualquier medio, sin que sea contrario a la Constitución, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, Instrumentos Internacionales en los cuales se haya ratificado el Estado Ecuatoriano y demás normas jurídicas (Asamblea Nacional, 2015). Este principio se halla íntimamente relacionado con la licitud de la prueba reflejado en el artículo 76 numeral 4 de la Constitución de la República que fue analizado con anterioridad, dependiendo la diferencia de estos principios del punto de vista ya que en cuanto a la licitud se habla de que ninguna prueba obtenida ilegítimamente será válida, mientras que el principio que está siendo analizado, supones que todos los medios que no contraríen al aparataje legal serán válidos y serán probatoriamente eficaces.

Echandía incluso tiene una posición contraria pues nos dice que la libertad probatoria no tiene que estar limitada en cuanto a los medios de prueba ni siquiera por la ley, pues debe ser el juez el que delibere si tal o cual medio es admisible para cada caso en concreto, pues limitar así los medios de prueba puede caer en una regulación anacrónica que no se adapte al avance de la ciencia, y deje fuera de la misma a técnicas de investigación y prueba que aparezcan a lo largo del tiempo y así se vulneren los derechos de las partes. (1970, p. 131). Sin embargo, nuestra legislación no recoge este criterio y taxativamente enuncia los medios de prueba admitidos.

**Principio de Pertinencia**, este principio a la luz de la doctrina se puede expresar como el hecho de que la prueba debe tener íntima relación con el medio en sí y los hechos

o circunstancias que se van a probar. Teniendo en cuenta que también hay otro aspecto en este principio que es muy importante para no entorpecer la administración de justicia, pues es un limitante al derecho de libertad probatoria, puesto que limita la posibilidad de probar hechos que no aportan nada para el proceso, o probando cosas evidentemente notorias puesto que esto no sería idóneo ni eficaz y por lo tanto contribuye con la concentración y eficacia de la prueba. (Echandía, 1970).

La regulación penal de este principio lo enuncia de la siguiente manera: “Las pruebas deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 263). De esta manera se concluye que es una regulación muy apegada a la doctrina en cuanto a su relación con otros principios y sobre todo velando por la celeridad procesal.

**Principio de Exclusión**, está íntimamente relacionado con la licitud de la prueba y la libertad probatoria ya que en su primer inciso reitera con aquel aspecto analizado ya con anterioridad en cuanto a que las pruebas obtenidas en contrariedad con el entramado legal carecen de validez y eficacia, y asimismo partiendo de lo más general hacia lo más específico, en su segundo inciso expresa que se inadmiten como prueba las conversaciones que tenga la o el fiscal con el procesado que versen sobre manifestaciones pre acordadas lo cual resulta lógico, un buen ejemplo de este caso sería la conversación que surge dentro de un acuerdo fallido entre el fiscal y el procesado para optar por un procedimiento privilegiado como lo es el abreviado, suponiendo intrínsecamente que para inclinarse por la vía de este procedimiento, el procesado está aceptando la comisión del delito que se le imputa, entonces por consiguiente si este acuerdo falla, esa aceptación del cometimiento del delito no se puede usar como prueba de cargo por parte del fiscal, queda taxativamente excluido.

Finalmente, nos indica expresamente que cualquier declaración previa tales como versiones o noticias del delito no tendrán la calidad de prueba ni serán admitidos como tal dentro del proceso, pues solo vendrían a ser herramientas a las cuales se les puede connotar un uso meramente recordatorio o para destacar contradicciones. (Asamblea Nacional, 2015).

**Principio de igualdad de oportunidades para la prueba,** Este principio a la luz de la norma penal supone una igualdad formal y material, que para entender de mejor manera hemos de definir a ambas. La igual formal aquella igualdad ideal, que supone un trato en idénticas condiciones a todos los individuos sin importar ningún aspecto en específico que sea más o menos relevante. Sin embargo, esto supone una realidad solemne, un tanto utópica e incluso perjudicial, por ejemplo, en el caso de una persona que sufra paraplejia el trato igualitario puro y formal supondría que se trate a este individuo idénticamente igual a una persona que no sufre de dicha discapacidad, esto a todas luces es desventajoso para la persona con discapacidad puesto que si analizamos aspectos incluso básicos como la dificultad y limitación en la movilidad así como tener que contar con más tiempo para llegar a tiempo a tal o cual lugar son situaciones de desventaja para dicho individuo y por ello un trato diferenciado es lo que hace razón práctica en cuanto a la igualdad y surge la igualdad material, la cual supone el abandono del ideal de justicia genérica y en abstracto como lo hace lo desarrolla la igualdad formal y opta por una óptica en donde la justicia es entendida concretamente, en la manera en que son percibidos en los hechos. Todo aquello antes expuesto sigue el precepto y la lógica de un trato igual entre iguales y un trato desigual entre desiguales, es decir, una desigualdad o discriminación positiva que se va a encargar de realizar una igualdad justa.

Esta se garantiza a los sujetos intervinientes dentro de un proceso pues actúan procesalmente en las mismas condiciones, relacionándose íntimamente con la visión de

una igualdad de armas dentro del proceso, La regulación de este principio en cuanto a la prueba, supone un desarrollo en específico de uno de los principios constitucionales que rigen para el ejercicio de los derechos. (Asamblea Nacional, 2015).

El numeral 2 del artículo 11 de la Norma Suprema establece el principio antes mencionado rezando que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades...” (Asamblea Nacional, 2008, p. 21).

## **1.2 El Testimonio como Medio Probatorio:**

### **1.2.1 Los Medio Probatorios y su previsión en el Código Orgánico Integral Penal.**

Los medios probatorios deben ser eminentemente diferenciados de la prueba en cuanto a su noción y concepto, ya que pueden ser confundidos como sinónimos y traería problemas y al momento de identificar a cada uno y lo que suponen, problema a nivel doctrinario que sin duda afectaría en el ámbito práctico si no distinguen debidamente.

En cuanto a los medios de prueba, Cabanellas trae una definición en la cual enuncia que son “Los diversos elementos que, autorizados por ley, sirven para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos en juicio.” (Cabanellas, 1993, p.202). Teniendo en cuenta la definición brindada, se puede concluir que los medios de prueba serian la forma en la cual se introduce la prueba al proceso.

Es necesario recalcar que la relación entre prueba y medio de prueba obedece más a una relación de fuente-medio tal y como lo diferencia el autor Claudio Meneses referenciando las palabras de Montero Aroca indicándonos que la prueba es “lo que ya existe en la realidad (fuente)” y “el cómo se aporta al proceso (medio) con el fin de obtener la certeza del juzgador” (2008, p. 50)

El maestro Echandía realiza también esta distinción, de la cual expresa que la prueba seria estas razones o motivos para convencer al juez sobre la certeza de los hechos

y los medios vendrían a ser los elementos o instrumentos que siendo utilizados por las partes o por el juez para suministrar estas razones o motivos. (1970, p. 271)

Los medios de prueba en nuestra legislación penal se encuentran regulados en el Libro II Procedimiento, Título IV Prueba, Capítulo III Medios de Prueba, en el artículo 498. Se enuncian taxativamente siendo estos el documento, el testimonio y la pericia, siendo únicamente el testimonio el medio de prueba que será analizada puesto que atañe al presente tema de estudio.

### **1.2.2 El Testimonio: Definición.**

En la Legislación Ecuatoriana se ha recogido un criterio acogido muy ampliamente por la Familia Jurídica Romano Germánica, y esta es la importancia que tiene la prueba testimonial en un proceso penal, si bien en el derecho civil el medio de prueba imperante por la naturaleza misma de la materia es el documento, en el proceso penal la prueba reina será el testimonio por la relevancia que este medio de prueba tiene en cuanto a que en este medio de prueba actúa en su práctica una persona relatora o testigo, siendo esta una prueba que aporta al proceso la percepción de la fuente como tal. Para que se desarrolle sea más cabal y completo comenzaremos por definir al testimonio.

En su diccionario de latín, el autor Blanquez Fraile nos aclara que el testimonio o “*testimonium*”<sup>2</sup> es aquel instrumento legalizado a través del cual se da fe de algo, a lo que agrega definiéndolo como prueba, argumento. Expone el mismo autor que la palabra también se refiere a dar testimonio del propio juicio del testigo “*sui iudicis testimonium dare*”<sup>3</sup> (1975). Se deduce entonces de los términos precedentes que es la disposición, relato, declaración o exposición del testigo.

---

<sup>2</sup> Testimonio.

<sup>3</sup> Su jurisdicción para dar testimonio.

El testimonio en boca de Cabanellas básicamente es una aseveración de una verdad, la prueba o demostración de una cosa o idea, incluso añade diciendo que es la declaración que hace un testigo en juicio “aunque sea falsa”, (1993, p. 208) con aquello el autor señala que no por el hecho de ser falso se quita su calificación de testimonio, pudiendo este proferir hechos o ideas que no son verdaderos.

Por otra parte, tenemos la definición un poco más específica de lo que supone el testimonio brindada con claridad por el autor Gilberto Martínez, quien lo define como “la exposición o relato que un tercero hace ante el juez sobre los hechos o circunstancias relacionadas directa o indirectamente con el delito que se investiga” (2002, p. 408) en esta definición podemos ver claramente reflejado en ella el principio de pertinencia de la prueba pues nos dice que sobre los hecho que ha de declarar el testigo se deben relacionar con el delito, es decir, con el cometimiento del mismo y su autoría, en cuanto a expresarse por parte del autor que es rendido por un tercero, debemos precisar que no solo un tercero puede rendirlo pues existe el testimonio de la víctima y del procesado que no son terceros dentro del proceso.

Tenemos también una definición que asevera los preceptos doctrinarios del testimonio en cuanto a la rama penal, especificando un poco más que supone este medio de prueba en antedicha rama al definirlo como:

“Testimonio penal es la declaración de persona natural, rendida en el curso del proceso penal y ante autoridad competente, sobre lo que conoce, sabe o le consta, por percepción de sus sentidos, en relación al objeto y fines del procesal, con el propósito de contribuir a la reconstrucción judicial del hecho con la finalidad de producir certeza.” (Barrios, 2005, p. 9).

Añade de esta manera el autor especificando que se ha de rendir por una persona natural, debido a que los hechos se plasmaron en una experiencia o actividad sensorial captada por la persona, esto al ser propio de la razón y del intelecto no se puede pensar en que el testimonio sea rendido por una persona jurídica. Toma en cuenta también aspectos jurisdiccionales como el hecho de rendirse ante autoridad competente y dentro de un proceso, indicando que se deben tener en cuenta principios y directrices rectoras y que así se cumpla con la finalidad del proceso penal y de la prueba.

En cuanto a la definición del testimonio contenida en nuestra norma penal vigente, tenemos el artículo 501 del Código Orgánico Integral Penal lo define como “El testimonio es el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 298)

Cabe recalcar que, al ser una prueba de carácter personal, se rinde por parte de una persona que ostenta la calidad de testigo, y por ello es muy cabal que definamos a aquel criterio subjetivo que forma parte del testimonio. El testigo siendo definido por Cabanellas es “quien ve, oye o percibe por otro sentido algo en lo que no es parte, y que puede reproducir de palabra o por escrito, o por signos...” (1993, p. 308)

El autor Chan en su investigación, referencia las palabras de Donoso de manera muy precisa al expresar que testigos son todas aquellas personas que percibieron el delito, es decir, lo experimentaron por si mismos sin tener factor de culpabilidad que lo vincule con los hechos sobre los cuales rinde el testimonio. De esta manera se puede observar que al decir que no tienen culpabilidad, se está refiriendo en cuanto al testigo dentro de lo que nuestra legislación acoge como testimonio de terceros. (2018).

Zabala Baquerizo lo define mucho más específicamente en el área del derecho procesal penal, pues expone que testigo es “toda persona física que rinde una declaración ante el titular del órgano jurisdiccional penal, sin ser sujeto del proceso, relatando un fenómeno vivido, ya que por haberlo visto, oído, o ya, en fin, por haberlo experimentado en cualquier forma, y que dice relación con el objeto del proceso” (2005, p. 135). El autor aborda incluso en su definición criterios jurisdiccionales y procesales al hablarnos de la autoridad competente, la calidad en la que debe estar dicha persona para tener la calidad de testigo, y la oralidad que supone la práctica del testimonio dentro de un sistema penal, coincidiendo con el sistema penal contemplado por nuestra legislación y siendo así una definición doctrinaria muy apegada a la regulación que tenemos en nuestro entramado legal.

#### **1.2.2.1 Referencia Histórica**

La regulación de la prueba como tal ha ido cambiando a lo largo de la historia, claro está que esto dependía del sistema penal y del criterio de valoración de la prueba que imperaban en tal o cual ubicación y época de la historia. Específicamente el testimonio como medio de prueba ha atravesado la historia desde tiempos del Imperio Romano y la Civilización Griega, en donde los medios de prueba más relevantes eran el documento, el juramento y los testimonios, teniendo ese último prevalencia sobre los antes nombrados tanto en el proceso penal y civil puesto que primaba la oralidad en los procesos, cabe recalcar que desde época la carga de la prueba le pertenecía a las partes y en muy pocas ocasiones le competía al juez hacerlo de oficio. Aristóteles incluso con uno de sus principios influyó en la valoración del testimonio de ese entonces y modernamente también, pues que supone el error en lo percibido por el testigo a medida que este se aleja de la realidad objetiva e incluso cuando el testigo rinde su relato en base a conjeturas y

conclusiones, desde ese entonces se plasmó esa limitación que tiene la prueba testimonial. (Echandía, 1970, p. 55).

El juez apreciaba libremente la prueba como un “funcionario privado” e imperaba el sistema de libre valoración, en donde las deducciones del juez siempre se basaban en el sentido común, pero en lo posterior con la creación del procedimiento *extra ordinem* <sup>4</sup>se planteó un sistema de valoración de la prueba de tarifa legal, pero que en fin los jueces no aplicaban a rajatabla puesto que no habían prohibiciones específicas sobre algunos puntos como por ejemplo, aun con el peso del valor del testimonio de acuerdo al nuevo sistema de valoración impuesto, el juez no tomaba un solo testimonio para basar su decisión. (Echandía, 1970, p. 58)

Tenemos referencia del testimonio incluso en la biblia, en donde la idea de norma tiene un carácter más divino, puesto que en el Libro de Éxodo del texto sagrado, se enuncian los diez mandamientos los cuales fueron grabados en piedra y entregados por dios mismo a Moisés, el noveno mandamiento reza “No darás falso testimonio contra tu prójimo” lo cual al ser los mandamientos, norma e imposición divina, lo que estaría previendo dicho mandamiento es una antecedente de prohibición a rendir testimonio falso o el cometimiento de perjurio.

En la edad media, específicamente con la santa inquisición en España, empieza un nuevo cambio notorio en el proceso penal, debido a la diferencia de las atribuciones de los órganos jurisdiccionales y a la valoración de la prueba en comparación con las que basan el sistema predecesor, las partes aquí ya no producen la prueba debido a que el juez el nuevo órgano investido de llevar a cabo prácticamente todo el proceso, siendo el quien ejerce la investigación, acusación, defensa y que además tomaba la decisión, lo que

---

<sup>4</sup> Procedimiento Extraordinario.

resultaba ser muy desfavorable para la persona procesada, al resultar el juez ser parte, acusador y la defensa, en donde la decisión en sentencia era tan subjetivo y arbitrario que se pudiera llegar a deducir que el procesado prácticamente no tenía defensa. Señala también el maestro Echandía, que esta atribución casi absoluta del juez fue cambiando a lo largo de toda la edad media, teniendo una evolución casi igual en España, Francia, Inglaterra y Rusia, limitando estas atribuciones, pero manteniendo el sistema de tarifa legal. (1970).

El sistema antes nombrado suponía un valor predeterminado para cada uno de los medios de prueba, siendo el testimonio la prueba de mayor valor, pero aun debajo de la confesión, pues era la prueba reina, una prueba irrefutable, fue por eso que se practicaba el tormento judicial a fin de conseguir la confesión irrefutable del procesado, siendo un avance en la edad media la abolición del mismo en varios cuerpos judiciales en toda Europa.

En la etapa más evolucionada de la Edad Media, vemos que a partir del Siglo XVI se mantiene la tarifa legal en el procedimiento escrito, y en el procedimiento penal se sientan por parte del legislador lógicas oficiales y abstractas para evitar la arbitrariedad del juzgador que incluso podían tener por su preparación no tan especializada, a esto se le conoció como un sistema penal mixto, en donde ya se empieza incluso a sentar la base de que la carga de la prueba incumbe al actor, siendo que así inicio el proceso civil y luego impero en la generalidad del proceso (Echandía, 1970). De esta forma que el testimonio como medio de prueba paso de tener un valor muy privilegiado y casi absoluto por la confianza que se tenía en el testimonio propio de la época.

Finalmente, en la época moderna y más el sistema penal preponderante es el acusatorio oral y público el cual específicamente lo tenemos en nuestra legislación, en donde un órgano especializado del Estado es el titular de la acción en aquellos delitos de

acción penal pública con la excepción de ciertos delitos de acción penal privada dentro de los cuales el titular de la acción será un particular. Dentro de este sistema penal incluso muy garantista y basado en la mínima intervención penal, la valoración de la prueba tiene como lineamiento la sana crítica en cuanto el juez tiene una cierta libertad de valoración limitado por las reglas del pensamiento e incluso algunas criterios objetivos como la cadena de custodia o constitucionalidad de las mismas, de esta manera es mucho más fácil entender en que posición está el testimonio en la época moderna puesto que no tiene ningún valor predeterminado y sobrevaluado como lo tenía en tiempos pasados con la tarifa legal y obviamente este criterio de confianza en los testigos se habrá abandonado puesto que el entramado legal que regula al testimonio es riguroso en cuanto a que su práctica no queda a la deriva ni a la arbitrariedad del juez, sino debe cumplir con varios principios y reglas del debido proceso a nivel constitucional.

### **1.2.2.2 Reglas Normativas básicas que rigen el testimonio.**

El testimonio como los demás medios de prueba y como cualquier figura normativa, se encuentra reglada en nuestra norma penal siendo su desarrollo acorde con el modelo estatal garantista de derechos y justicia que contempla el Ecuador. Debido a ello analizaremos las reglas básicas que más atañen al desarrollo de esta investigación y aquellas que contengan aspectos susceptibles a crítica.

El artículo 502 del Código Orgánico Integral Penal, contiene las reglas por las cuales se va a regir el testimonio, aquellas normas que cimientan su práctica dentro del proceso y que la dotaran de validez y eficacia a las pruebas introducidas por este medio. La primera regla que la disposición contiene nos enuncia que “El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 298) podemos notar que en esta regla vemos

que se halla reflejado el principio de unidad de la prueba, puesto que la prueba en inicio no solo puede presentarla fiscalía, sino también la defensa e incluso la puede presentar la víctima, de lo que observamos que cada uno de estos sujetos pretende una finalidad distinta, sin embargo, el juez tiene que valorar todas las pruebas como una sola, no puede aislar las pruebas sino deberán ser analizadas en conjunto.

La segunda regla del testimonio contiene algo muy peculiar y que atañe directamente a la presente investigación puesto que se contempla en ella la posibilidad de que el testimonio sea rendido de manera anticipada, la regla expresa que el juez puede llevar a cabo la recepción de un testimonio de manera anticipada en ciertos casos taxativamente enumerados por la misma, siendo posible receptar antes de la audiencia de juicio el testimonio de “las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 298).

Finalmente, esta regla se manifiesta en cuanto al caso de audiencia fallida, siendo que si los testigos advierten no poder comparecer al nuevo señalamiento se puede recibir su testimonio de manera anticipada bajo los principios de inmediación y contradicción. Este último aspecto será el objeto que busca la presente investigación como tal, puesto que en la práctica en los juzgadores en cuanto a este anticipo de prueba parece existir una cierta discrecionalidad que llegaría a causar inobservancia de los principios antes nombrados y consecuentemente violación al derecho a la defensa del procesado, aspecto que será analizado a profundidad con posterioridad.

La norma es clara además al enunciar un aspecto muy importante que basa al testimonio en cuanto a la idoneidad e imparcialidad del testigo y por otra parte la validez y a la eficacia de la prueba que se ha de introducir por este medio. La cuarta regla del testimonio prohíbe expresamente la posibilidad de declarar en contra del cónyuge, pareja o parientes hasta cuarto grado de consanguineidad y segundo grado de afinidad, prohibición que funda su razón de ser en que el órgano de prueba se puede ver influenciado por el vínculo que mantiene con el procesado y por ello se pierde la imparcialidad y la idoneidad del mismo, y debido a ello la prueba obtenida a través de la declaración sería ineficaz y por lo tanto no válida dentro del proceso. Lógicamente se prevé la excepción para los casos de violencia intrafamiliar, en contra de la mujer, sexual o de género, en donde resulta lógico que la víctima o los parientes puedan declarar en contra del procesado por la naturaleza misma de la situación, y dicha declaración tiene el carácter de voluntaria.

También cabe hacer mención a que esta regla tiene otro objetivo y es el de que el Derecho Procesal Penal no busca dañar los vinculo familiares, principio de Derecho Privado que se ha trasladado al Derecho Público por su relevancia para la sociedad. Otro aspecto muy importante de la regulación es que al indicarnos que no se puede declarar en contra de los sujetos calificados antes nombrados, se colige que la declaración no se podrá tomar como prueba de descargo, abriéndose completamente la posibilidad de que se la pueda recibir como prueba de descargo.

El principio de oportunidad, siendo un principio que basa a la prueba como tal, tiene que estar presente en la regulación de cada medio de prueba lógicamente, relacionándose íntimamente con los principios de inmediación y contradicción tal y como pasa con el testimonio, podemos observar plasmado dicho principio en la décima regla en cuanto expresa que el mismo se rendirá en audiencia de juicio con la excepción de los

testimonios que se rinden de manera anticipada. Cabe recalcar que el rendimiento de un testimonio anticipado se lo debe realizar como si se trasladaría su oportunidad a un momento anterior, pero ello no supone trastocar la práctica de la prueba como tal, nunca se pueden dejar principios en inobservancia.

Por otra parte, es lógico que la ley regule la identificación del testigo puesto que es el órgano encargado de introducir la prueba ya que sería impensable tener como declarante a una persona indeterminada, debido a esta razón la décima segunda regla dispone que quienes vayan a declarar deberán consignar sus generales de ley teniendo como obvia excepción a los agentes encubiertos, informantes, testigos protegidos, o personas que cuya integridad se encuentre en riesgo. En la parte final del numeral, se encuentra nuevamente reflejado aquel aspecto relacionado con la eficacia y validez probatoria en cuanto señala que los testigos se mantendrán aislados y rendirán sus ponencias individualmente, resultando así lógica la contaminación de la prueba si los testigos tienen comunicación entre ellos.

En el rendimiento de una declaración testimonial no se puede dejar de lado la posibilidad de que se rinda un testimonio basado en falsedades, aspecto este que ha estado presente desde los antecedentes más remotos de la evolución del testimonio como medio probatorio y por esta razón es vital que en un sistema penal garantista como el que acoge nuestra legislación norme dicha posibilidad.

La décima tercera regla del testimonio indica que antes de rendir el relato de los hechos, brindará juramento de todo en cuanto conoce y sobre los hechos materia del litigio que va a declarar, cabe recalcar que la disposición cuando aborda el aspecto de la advertencia que se debe hacer al testigo sobre su responsabilidad por el delito de perjurio, recalca se le debe advertir de las penas a las cuales se sujetara, siendo así que el juzgador deberá comunicar al declarante que la pena a la cual se pudiera sujetar es de tres a cinco

años tal y como nos indica el tipo penal del perjurio ubicado en el artículo 270 del Código Orgánico Integral Penal. (Asamblea Nacional, 2015).

Finalmente, se norma todo el aspecto litigioso al cual se somete este medio de prueba, siendo las últimas netamente reglas de litigación en donde por supuesto se reflejará y se desarrollará la noción del debido proceso, el derecho a la defensa y la igualdad de armas con la que actúan los sujetos dentro de un proceso. La ley parte regulando el interrogatorio pues expresa el numeral 14 que los sujetos procesales podrán hacer preguntas y objetarlas siendo el juez quien resuelva la objeción para que el declarante responda o se abstenga, enunciado en el que el principio de inmediación y contradicción se hacen presentes nuevamente. Cabe recalcar que el juez no pregunta pues él no está buscando información, solo tiene la facultad de pedir aclaraciones sobre el testimonio rendido tal y como nos lo expresa el numeral 7 del artículo 615 del Código Orgánico Integral Penal al regular la práctica de la prueba en la audiencia de juicio. (Asamblea Nacional, 2015).

La norma regula también el tipo de preguntas que no puede contener el interrogatorio, prohibiéndose expresamente las preguntas auto incriminatorias debido a que rompen directamente con el principio de no autoincriminación que es básico del Derecho Procesal Penal, así como las preguntas engañosas o capciosas quedan prohibidas puesto que es impensable que uno de los sujetos se trate de beneficiar de un error inducido en el declarante para beneficiarse. Las preguntas impertinentes obviamente se prohíben puesto que la prueba supone pertinencia, no se pudiera aceptar que una pregunta verse sobre hechos que no son materia del litigio.

Las preguntas sugestivas quedan fuera del interrogatorio por la simple razón de que es irracional suponer que una respuesta obtenida en base a una sugerencia impuesta tenga validez, permitiéndose solo en el caso de que sea una pregunta introductoria o que

recapitule o refresque información brindada con anterioridad por el testigo. Caso contrario a lo que ocurre en el contrainterrogatorio, siendo posible realizar preguntas sugestivas por la razón práctica de que los testigos no serán dóciles con la contraparte, siendo la esencia misma de la situación la que lleva a la norma a regular de manera más severa la recolección de información de un testigo de la contraparte. (Asamblea Nacional, 2015).

Una vez realizado este análisis a las reglas básicas del testimonio contempladas en la norma penal, se tiene un panorama más claro en cuanto a su desarrollo en la legislación ecuatoriana en cuanto a los aspectos que cimienta al tema objeto del presente trabajo, por lo cual se procede con el análisis del anticipo del medio probatorio analizado con anterioridad.

### **1.2.2.3 La Practica Anticipada del Testimonio.**

El anticipo de la práctica probatoria no se limita específicamente al testimonio, sino engloba a la prueba como tal y por ende a los medios de prueba, es por esa razón que es vital tener en cuenta la práctica anticipada de la prueba en general para poder analizarla aplicada de manera específica en uno de los sus medios. Para poder entenderlo a cabalidad debemos partir desde sus supuestos más básicos por lo que partiremos definiendo la también llamada prueba de la prueba urgente como aquella prueba que siendo susceptible de practicarse en la audiencia de juicio como cualquier otra, se practica en un momento anterior al momento oportuno para su práctica por una necesidad manifiesta, tal y como lo ha definido el autor muy acertadamente. (Pérez, 2005).

Para complementar esta definición, referenciamos García, Pérez y Guevara, pues exponen que esta práctica supone diligencias de instrucción, que no han de repetirse

dentro de la audiencia de juzgamiento, y que solo procederá en determinadas ocasiones.  
(2014)

El anticipo de la prueba se ve también reflejado en nuestra legislación aunque no de una manera muy demarcada ni desarrollada, pues veremos que su regulación se encuentra en los textos normativos que regulan situaciones de íntima relación, como el caso del artículo 608 del Código Orgánico Integra Penal que norma el llamamiento a juicio dentro del procedimiento ordinario, siendo su ultimo numeral el que explica que solamente el acta de la Audiencia Preparatoria de Juicio y los anticipos probatorios se envían al tribunal, mientras que el expediente le será devuelto al fiscal a cargo. (Asamblea Nacional, 2015).

En cuanto la norma regula la práctica de la prueba en audiencia de juicio, se desentramas otra referencia al anticipo probatorio dentro de lo que dispone el numeral 3 del artículo 615 del antedicho cuerpo legal, rezando lo siguiente:

“Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que consten anteriores versiones, declaraciones u otros documentos que las contengan, salvo el caso de prueba anticipada. La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio y conainterrogatorio de los sujetos procesales.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 375).

Del texto citado podemos observar que solo el testimonio anticipado puede sustituir al testimonio rendido en la audiencia de juzgamiento, debido a que es una prueba ya practicada y de idéntico valor que tiene una prueba si fuese practicada oportunamente.

Con el panorama general en claro, resultaría muy esclarecedor trasladar estos supuestos básicos al testimonio, como lo explica el autor Valdivieso al mencionar que “el

testimonio anticipado se practicará con presencia de la defensa y cumplirá con el mismo procedimiento y respeto a similares garantías y principios que los fijados para el testimonio en el juicio, es decir bajo los principios de inmediación y contradicción.” (2017, p. 286). Son muy claras las palabras del autor, en cuanto hace una perfecta aplicación de la noción del anticipo general en dicho medio de prueba.

Por otro lado, tenemos una visión un poco más específica del autor Maldonado, pues lo desarrolla brevemente, pero hablando del testimonio de la víctima, pues nos dice que el testimonio anticipado vendría a ser este relato de los hechos realizado con anterioridad por la víctima, acogiendo a solo una de las causales de la práctica anticipada en concreto, como lo revisaremos más adelante. (2005).

Finalmente, a ellos se suma la expresión de García, que expone que se puede realizar esta práctica de prueba en momentos anteriores como la instrucción o la etapa intermedia, pero eso sí, concordando con los autores mencionados, deberá cumplir con los principios que prevea La Constitución y en específico la norma penal. (2016) apreciando las palabras tan acertadas del autor, podemos observar que incluso esta posibilidad en nuestra legislación se extiende a la fase de investigación previa, extendiéndose a una etapa pre procesal como lo observaremos más adelante.

La figura como tal no está definida en nuestra ley como tal, las disposiciones solo lo regulan de tal manera que en la regulación del testimonio se debe colegir su regulación de los textos normativos, comenzando por el artículo 502 del Código Orgánico Integra Penal en su segundo numeral, enunciando las situaciones específicas o causales que califican para su posible realización. Sin embargo, la norma comienza expresando que el juzgador tiene la posibilidad de recibir como prueba anticipada el testimonio, dándonos a entender que la figura está regulada pero no independientemente, para posteriormente enumerar sus causales; “las personas gravemente enfermas, de las físicamente

imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 298).

El código es muy claro al plasmar estas circunstancias específicas, para lo cual no es necesario realizar un análisis, pero cabe recalcar que la parte final de la disposición prevé una última situación que se debe netamente a una circunstancia procesal, y la expresa al referirse que en caso de audiencia fallida y cuando se demuestre la imposibilidad de los testigos de comparecer a un nuevo señalamiento, el tribunal tiene la posibilidad de receptor el testimonio de manera anticipada bajo los principios de inmediación y contradicción.

El numeral diez del mencionado artículo también lo referencia a posterior, tomando en cuenta la oportunidad del testimonio, en donde se refiere como única excepción para ello a la práctica de dicho anticipo. (Asamblea Nacional, 2015).

En cuanto a las atribuciones del fiscal, el artículo 444 del cuerpo legal antes mencionado en su numeral 7 menciona que una de ellas es la de solicitar al juzgador la recepción de los testimonios anticipados en los casos y bajo las solemnidades, principios, formalidades que prevé la ley. Esta disposición está íntimamente relacionada con el artículo 582 al regular la toma de versiones a cargo del fiscal en la fase de investigación previa, más específicamente en su numeral 4 al exponer:

“Si al prevenirle, la persona que rinde la versión manifiesta la imposibilidad de concurrir a la audiencia de juicio, por tener que ausentarse del país o por cualquier motivo que hace imposible su concurrencia, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador que se reciba su testimonio anticipado.” (Asamblea Nacional, 2015, p. 355).

Podemos observar una regulación enfocada al testimonio en los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar en el artículo 643 que regula el procedimiento expedito por el cual se ventilan los casos antes nombrados. En su quinta regla la norma relata que si de alguna manera un juzgador llegase a tener conocimiento del cometimiento de una contravención de este tipo ordenara, aparte de la imposición de medidas de protección y la disposición de la realización de exámenes y otras diligencias que el caso amerite, la recepción del testimonio anticipado. (Asamblea Nacional, 2015).

La norma **ar** hace mención a la rendición de una declaración anticipada en el caso de la pericia, teniendo en claro que la pericia se practica con una declaración en juicio ya que el solo informe no constituye prueba, Menciona entonces el artículo 615 en su parte final que de no haber peritos expertos en la materia sobre el cual versa el litigio, se ha de optar por la realización de un peritaje en el extranjero, en donde dicho perito puede incorporar su informe al proceso mediante testimonio anticipado. De igual manera sucede en el caso de los profesionales de la salud que han realizado los exámenes de recolección de muestra en víctimas de delitos sexuales o en niños y adolescentes, deberán rendir testimonio anticipado o a través de medios telemáticos bajo los supuestos legales. (Asamblea Nacional, 2015).

Una vez que se tiene una concepción amplia de la regulación del testimonio anticipado en nuestra norma penal, se ha considerado necesario realizar una breve comparativa con la legislación penal de otros Estados y así observar cómo se prevé el testimonio anticipado en ordenamientos jurídicos que obedecen más o menos a la nuestra misma realidad.

**Legislación Chilena.** El Código Procesal Penal del Estado Chileno prevé el anticipo de prueba en el artículo 191 al enunciar lo siguiente:

“Si, al hacérsele la prevención prevista en el inciso anterior, el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar del juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente.” (Código procesal penal chileno, 2000)

Asimismo dicha norma refiere en su siguiente artículo a posibilidad de que se rinda el testimonio anticipado de un testigo en el extranjero, expresando la norma en la parte final de su artículo 190 que si existe un testigo que sea empleado público de alguna empresa estatal, dicha entidad correrá con los gastos necesarios para facilitar el hecho de que el testigo comparezca encontrándose este dentro del país o en el extranjero, sin embargo, el artículo 192 expresa que no haberse podido llevar a cabo lo antes expresado se optara por la toma del testimonio anticipado de dicho testigo. (Código procesal penal chileno, 2000)

**Legislación Colombiana.** En la legislación colombiana, más específicamente en el Código de Procedimiento Penal, existe una regulación un poco más amplia para el anticipo de prueba, encontrándose las primeras referencias en las disposiciones que norman los principios de contradicción e inmediación como resulta lógico. El artículo 15 de la ley penal plasmando el principio de contradicción nos enuncia lo siguiente:

“**Artículo 15. Inmediación.** Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada.” (Código de Procedimiento Penal Colombiano, 2004)

Caso similar al del artículo 16 plasmando el principio de inmediación, nos dice en su parte final que “en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.” (Código de Procedimiento Penal Colombiano, 2004)

El artículo 285 prevé la conservación de este tipo de prueba exclamando que se la realizara en virtud de las medidas proferidas por el juez de control de garantías.

Por otra parte, el artículo 274 regula la solicitud de la prueba anticipada, el cual a grandes rasgos y sin mayor dificultad dispone que las partes podrán solicitar al juez el anticipo de cualquiera de los medios probatorios fundamentando su estricta necesidad y urgencia, para lo cual se realizara una audiencia con citación previa para garantizar la contradicción. Vemos también más adelante en el artículo 284 enumera los siguientes requisitos para esta práctica:

1. Que sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías.
2. Que sea solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112.
3. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, o que se trate de investigaciones que se adelanten por el delito de violencia intrafamiliar.
4. Que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio. (Código de Procedimiento Penal Colombiano, 2004)

Específicamente refiriéndose al testimonio, en el párrafo 4 y 5 del mismo artículo encontramos la siguiente previsión:

**Parágrafo 4º.** En las investigaciones que versen sobre delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos contra la Administración Pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado respecto de los cuales proceda la detención preventiva, será posible practicar como prueba anticipada el testimonio de quien haya recibido amenazas contra su vida o la de su familia por razón de los hechos que conoce; así mismo, procederá la práctica de dicha prueba anticipada cuando contra el testigo curse un trámite de extradición en el cual se hubiere rendido concepto favorable por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La prueba deberá practicarse antes de que quede en firme la decisión del presidente de la República de conceder la extradición.

**Parágrafo 5º.** La prueba testimonial anticipada se podrá practicar en todos los casos en que se adelanten investigaciones contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados. Las pruebas testimoniales que se practiquen de manera anticipada en virtud de este párrafo solo podrán repetirse en juicio a través de videoconferencia, siempre que a juicio del Juez de conocimiento no se ponga en riesgo la vida e integridad del testigo o sus familiares, o no sea posible establecer su ubicación. (Código de Procedimiento Penal Colombiano, 2004)

Aquí se encuentra una particularidad debido a que expresa que el testimonio solo se puede practicar anticipadamente en investigaciones en casos de delitos en contra de la

administración pública y contra miembros de delincuencia organizada, lo que nos hace pensar en que la práctica depende de esta calificación específica con la que se le enviste al procesado, haciéndonos pensar que, de no tener esta calificación, no se pudiera practicar. Cabe recalcar también que en el párrafo 4 encasilla también las situaciones en las que debe encasillarse el testigo para que proceda este rendimiento, que son muy taxativas pues se refiere únicamente al testigo que este cursando un proceso de extradición en su contra, o aquel que recibió amenazas de muerte en contra de este o de su familia, limitando mucho las posibilidades y siendo por este punto de vista más fácil de cumplir con los principios básicos del proceso penal.

Habiendo realizado esta comparativa de previsiones legales análogas, se concluye esta primera parte del trabajo en donde se han sentado bases vitales para continuar con el desarrollo del mismo y profundizar las concepciones posteriores desde sus nociones más generales.

## **2 CAPITULO II: El Derecho a la Defensa del Procesado.**

El Procesado es el sujeto procesal más débil, dado a que sobre el recae una acción penal que pudiera devenir en que el proceso que se sigue en su contra resulte en una sentencia condenatoria y es por ello que el procesado debe tener una tutela efectiva dentro del proceso, caso contrario sus derechos se verían claramente afectados. Con el modelo estatal que recoge nuestra constitución desde el año 2008 se demarca mucho más este aspecto garantista en cuanto a los derechos del procesado, delimitando principios y garantías del debido proceso de raigambre constitucional que se va desarrollando mucho más amplia y específicamente en el desarrollo de los cuerpos normativos.

### **2.1 El Debido Proceso.**

El Debido Proceso es un derecho fundamental a ser contemplado en la presente investigación, obviamente por las bases que funda para el derecho a la defensa del procesado, y es necesario empezar por un punto amplio y general para tener entendimiento cabal sobre el desarrollo de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico y por supuesto, nutrir el análisis a la normativa con criterios doctrinarios. El derecho al Debido Proceso es la más grande garantía que tiene un individuo al acceder a la justicia mediante el aparataje estatal y por lo tanto someterse a un proceso judicial, y siendo esto así, los derechos de los intervinientes son susceptibles a ser trastocados, lo que lleva a esta garantía a tener nivel constitucional e inclusive internacional en cuanto a los tratados ratificados por el Estado Ecuatoriano.

#### **2.1.1 Marco Constitucional.**

El primer aspecto a cubrir es en cuanto a la titularidad del derecho, pues un derecho no se puede constituir ni mucho menos declarar si no hay un titular específico al

cual se le atribuye dicho derecho, para ello la constitución prevé en su artículo 10 la titularidad de los derechos contenidos en ella, y nos dice que “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.” (Asamblea Nacional, 2008, p. 21) disposición en la cual podemos observar que la titularidad es abierta en su máxima expresión, cualquier persona o sujeto de derecho es titular del derecho al Debido Proceso, puesto que es un derecho contenido por la constitución, incluso el artículo toma en cuenta a la naturaleza como sujeto de derecho y no como objeto de derecho, innovación la cual implemento esta última norma suprema que rige en el Estado Ecuatoriano.

Podemos observar que estos derechos se desarrollan en base a principios, los cuales contempla el artículo 11 del mismo cuerpo legal, los principios para el ejercicio de los derechos son:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH,

discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado

menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.  
La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar

su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del

derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos. (Asamblea Nacional, 2008).

Principios estos que, de ser inobservados, llegan a vulneran o restringir todo derecho a ser ejercido por los titulares, principios que se han de desarrollar de manera más específica con posterioridad versando ya sobre la materia y situación especial que vamos a analizar en la presente investigación.

Teniendo en cuenta estos presupuestos vitales para el desarrollo del derecho analizado, proseguiremos con su análisis tanto en su ámbito constitucional como en su ámbito procesal penal en específico. Para hablar de un proceso judicial como tal, debemos mencionar primero el derecho que tiene los individuos de una sociedad al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva resultando vital y sirviendo de cimiento para el mencionado derecho, resultando lógico ya que es el ingreso que se tiene al aparataje de justicia estatal. Si resulta imposible este acceso todo lo que supone el debido Proceso no tendría contenido o mejor dicho la realización y desarrollo de ese contenido sería imposible. El Artículo 75 de la constitución lo recoge de la siguiente manera:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. (Asamblea Nacional, 2008, p. 53)

Se observa que la regulación constitucional de dicho derecho lo acoge en el mismo sentido antes mencionado, desde ya se menciona el principio de inmediación y celeridad en el proceso, y niega totalmente la figura de la indefensión que es absolutamente impensable por la razón práctica antes mencionada. Esta es la puerta de entrada hacia la regulación del Debido Proceso en nuestra constitución, permitiendo que dichas garantías tengan paso a aplicarse en tal o cual proceso en concreto.

En todo proceso, incluso en el más cotidiano de los casos, lo más óptimo sería la existencia de reglas que lo normen para que de esta manera los sujetos intervinientes no se vean agraviados por tal o cual decisión que se tome dentro de un proceso, así como, que una parte se aventaje de una situación que se pueda presentar a lo largo del proceso. Este aspecto toma vital importancia en el ámbito penal, debido a que si bien es impensable un proceso sin reglas ni garantías de ningún tipo en cualquier rama del Derecho, en la rama penal el asunto se vuelve mucho más complicado puesto que la persona procesada como ya se ha dicho anteriormente, es el sujeto más débil dentro del proceso, su situación pende de un hilo y las transgresiones a sus derechos pueden tornarse severas si este supuesto no se maneja ni se regula de la manera más óptima, siendo que de resultar autor del ilícito, este procesado perderá su libertad, bien jurídico que no se puede ver afectado o trastocado por meras decisiones proferidas por los operadores de justicia o por reglas procesales vagas, ineficaces y poco garantistas.

Para comenzar y abordar el tema de manera concreta y con bases debemos entender primero que es un proceso jurídico como tal, y para ello traemos la definición de Devis Echandía que nos dice que, sin hablar jurídicamente, por proceso entendemos a cualquier “conjunto de actos coordinados para producir un fin” a esto añade el autor asemejando este proceso general al de una construcción de un edificio. En cuanto a un proceso jurídico el profesor se expresa diciéndonos que en un sentido jurídico estricto es

una cadena de actos coordinados para la consecución de un fin obviamente jurídico, a lo que agrega una última definición de lo que vendría a ser el proceso procesal, es decir, un proceso apegado al derecho procesal y a este sistema previamente establecido en los ordenamientos, y nos expresa que:

Proceso procesal es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (en lo civil, laboral o contencioso-administrativo) o para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal), y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y la dignidad de las personas, en todos los casos (civiles, penales, etc.) (1997).

Una vez que tenemos claro los que comprende un proceso judicial, comenzaremos por expresar que el Debido Proceso es la garantía que asegura a los individuos la observancia de los mandamientos constitucionales, que tienen por objetivo velar por los Derechos Fundamentales y conseguir así una sentencia acorde a derecho y, por lo tanto, una decisión justa. (Fernández, 1994). a esta definición brindada con exactitud se suma el autor Valdivieso que en sus términos menciona que son las garantías que protegen al individuo que actúa dentro de un proceso penal, le proporcionan una administración de justicia con celeridad, y que sobre todo han de velar por la seguridad jurídica tanto como la libertad del sujeto y consiguiendo resoluciones judiciales apegadas a derecho. (2014). Podemos observar que el autor Valdivieso ya en su definición otorga al Debido Proceso el carácter de garantía, tal y como lo hace García Ramírez al mencionar que precisamente

el debido cumple un rubro de “Garantías Judiciales”. Además, el autor al referenciar al Rodríguez Rescia, agrega que implica la “existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizar ese derecho fundamental a la justicia” (2006).

Por último y para cerrar una idea abarcadora sobre la definición del debido proceso tenemos la definición brindada por Arturo Hoyos, quien expone que El Debido Proceso es un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, abarca numerosas garantías para las personas, y constituido en la mayor expresión del derecho procesal. Se trata de una institución integrada a la Constitución y que posibilita la adhesión de unos sujetos que buscan una tutela de sus derechos (1998).

Habiendo entendido que supone el Debido Proceso, es necesario hablar del antecedente original del mismo para lo cual nos hemos de basar en los estudios de Martín Agudelo Ramírez, el cual relata que dicho origen es netamente anglosajón con el desarrollo del principio *due process of law*<sup>5</sup> y se remonta al siglo XIII. El antecedente histórico más significativo se da cuando los barones normandos presionaron al rey Juan Sin Tierra a que constituya un escrito que fue conocido con el nombre de la Carta Magna del año 1215 y en su capítulo XXXIX, expresaba la prohibición de arrestar, detener, desposeer de la propiedad o de molestar a ningún hombre libre, salvo que esto se haya dado “en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra”.

Añade además el autor que equiparándolo con el juego limpio se exige igualmente un *fair trial*<sup>6</sup>, un juicio limpio. Desde entonces, y hasta la fecha, en la tradición correspondiente al *common law*<sup>7</sup> que ha presentado una jurisprudencia y doctrina desarrolladas de manera prolija. Tradición está en la que deben tenerse en cuenta a

---

<sup>5</sup> El Debido Proceso en la denominación anglosajona.

<sup>6</sup> Juicio justo en la denominación anglosajona.

<sup>7</sup> Sistema Jurídico o Familia Jurídica a la que se someten los países anglosajones.

aquellos países que se influenciaron directamente por el Derecho Inglés como los Estados Unidos de América. (2004).

Actualmente tenemos previsto y desarrollado el contenido de este derecho en la Constitución de la República ubicado en el artículo 76 en donde se enuncian todas las garantías básicas que asistirán a los individuos cuando sean parte de un proceso, disposición que se desarrolla de la siguiente manera:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán

acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

- g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos. (Asamblea Nacional, 2008, p. 53, 54, 55).

Del articulado constitucional podemos observar que en las garantías se desarrollan los principios fundamentales en los que basa el proceso siendo desarrollados en las garantías para posteriormente ser desarrolladas con más profundidad en las normas específicas. Tal y como el principio de inmediación, contradicción, igualdad de armas, duda a favor del reo, principio de inocencia, etc.

A través de una expresión general, Agudelo nos dice que este derecho al debido proceso en su noción amplia se integra de dos grandes garantías, la de legalidad del juez y la de legalidad de audiencia y que de dicha manera el contenido del debido proceso se conforma por el derecho fundamental a un juez director, exclusivo, competente, independiente e imparcial. El derecho fundamental a una audiencia, o a ser oído en términos razonables y en igualdad de condiciones con los demás intervinientes de la misma. El derecho fundamental a que se aplique la forma previamente establecida por las leyes procesales. Y, por último, el derecho fundamental a que el proceso sustancie únicamente la pretensión procesal ajustada a aquel derecho sustancial preexistente. (2004.)

Debemos entender antes de iniciar el análisis de nuestra contemplación del debido proceso, que si bien se puede le puede dar una definición, esta solo abarcará sus nociones más básicas y generales, pero no supondrá su contenido o desarrollo, ya que aquello se resumen a la aplicación de los principios procesales rectores que lo rigen. Tomando en cuenta el aspecto anterior, cabe recalcar que nuestra legislación así lo prevé, como una serie de garantías a través de las cuales se desarrollan sus principios a través de garantías.

Para introducirnos en el análisis del contenido del derecho que se ve reflejado en nuestro texto legal supremo, hemos de recalcar un aspecto muy esencial que podemos observar en el encabezado del artículo constitucional en cuanto no dice en “todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden...” en ningún

momento se habla de procesos judiciales o jurisdiccionales, es decir, que todo proceso incluso no judicial se ha de someter a estas reglas del Debido Proceso, aspecto que al parecer promete mucho teóricamente, pero en la práctica parecería de difícil materialización.

De esta manera teniendo todo en consideración, podemos observar que el desarrollo general que se contempla dentro de nuestro ordenamiento legal se funda en el siguiente contenido:

- Legalidad del Juez.
- Presunción de Inocencia.
- Principio de Legalidad.
- Legalidad de la prueba y de los medios probatorios.
- Principio *in favor rei* o *in dubio pro*<sup>8</sup>.
- Principio de Proporcionalidad.
- Derecho a la Defensa.
- Principio de Igualdad Procesal de las partes o Igualdad de Armas.
- Principio de Oportunidad.
- Principio de Publicidad.
- Principio de Celeridad.
- Principio de Oralidad.
- Principio de No Autoincriminación.
- Principio de Favorabilidad.
- Principio de *Non bis in idem*<sup>9</sup> o Cosa juzgada.

---

<sup>8</sup> En caso de duda, fallar a favor del reo.

<sup>9</sup> Principio general del Derecho de la cosa juzgada o prohibición de doble juzgamiento de la causa cuando existe identidad subjetiva y objetiva.

- Derecho a una resolución motivada.
- Derecho a recurrir del fallo.
- Principio de Contradicción.
- Principio de Inmediación.
- Principio de Imparcialidad.

La constitución misma, ya toma en cuenta la rama penal en su misma estructura debido a la importancia de la materia como se había comentado anteriormente, y debido a ello es que desarrolla los principios antes mencionados en garantías procesales en un escenario muy específico, pues se trata de procesos penales en los que se haya privado a un individuo de su libertad, siendo tan delicado este bien jurídico como lo es la libertad, su tratamiento debe ser tratado con especial rigurosidad pues cualquier menoscabo dañaría directamente derechos de raigambre constitucional de aquel individuo, violación a derechos que lógicamente se traducen a una violación al debido proceso como tal. El artículo 77 de la norma suprema expresa estas garantías de la siguiente manera:

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de

conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.

3. Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

4. En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país.

6. Nadie podrá ser incomunicado.

7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:

a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su

contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.

b) Acogerse al silencio.

c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

8. Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.

9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto. La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerar

que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley.

10. Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso.

11. La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

12. Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley.

13. Para las adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas.

14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.

Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios.

Para los arrestos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se aplicará lo dispuesto en la ley. (Asamblea Nacional, 2008).

### **2.1.2 Debido Proceso en el Código Orgánico Integral Penal.**

Habiéndose entendido estas bases de raigambre constitucional, analizaremos los principios procesales que serán el contenido del Debido Proceso en la rama procesal penal, los principios rectores de dicha rama, comenzando por el artículo 4 del Código Orgánico Integral Penal que establece la titularidad de los derechos así como lo hace el artículo 10 de la Constitución anteriormente analizado pero específicamente en la rama procesal penal, expresa entonces la disposición que un sujeto interviniente en un proceso penal será titular de los derechos garantizados en la constitución y en los tratados internacionales, incluso se refiere a los derechos de las personas privadas de la libertad, quienes seguirán siendo titulares de sus derechos con sus obvias limitaciones por el hecho de ser una persona que cumple una pena. Se recalca la prohibición del hacinamiento que prevé la ley debido al sistema penal tan garantista que plantea nuestro ordenamiento jurídico actual. (Asamblea Nacional, 2015).

Los principios rectores del derecho procesal penal, definidos doctrinariamente por el jurista Zavala Baquerizo son “aquellos que están comprendidos dentro del Derecho procesal penal y que tienen influencia decisiva en la iniciación, desarrollo y conclusión

del debido proceso penal” (Zavala, 2002, p. 294). Estos se han de desarrollar dentro de la legislación penal ecuatoriana en el artículo 5 del antes mencionado cuerpo legal de la siguiente manera:

Art. 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.
2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.
3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.
4. Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.
5. Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición

económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad.

6. Impugnación procesal: toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código.

7. Prohibición de empeorar la situación del procesado: al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente.

8. Prohibición de autoincriminación: ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

9. Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.

10. Intimidad: toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar. No podrán hacerse registros, allanamientos, incautaciones en su domicilio, residencia o lugar de trabajo, sino en virtud de orden de la o el juzgador competente, con arreglo a las formalidades y motivos

previamente definidos, salvo los casos de excepción previstos en este Código.

11. Oralidad: el proceso se desarrollará mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia; se utilizarán los medios técnicos disponibles para dejar constancia y registrar las actuaciones procesales; y, los sujetos procesales recurrirán a medios escritos en los casos previstos en este Código.

12. Concentración: la o el juzgador concentrará y realizará la mayor cantidad de actos procesales en una sola audiencia; cada tema en discusión se resolverá de manera exclusiva con la información producida en la audiencia destinada para el efecto.

13. Contradicción: los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra.

14. Dirección judicial del proceso: la o el juzgador, de conformidad con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias. En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas.

15. Impulso procesal: corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo.

16. Publicidad: todo proceso penal es público salvo los casos de excepción previstos en este Código.

17. Inmediación: la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal.

18. Motivación: la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.

19. Imparcialidad: la o el juzgador, en todos los procesos a su cargo, se orientará por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código, respetando la igualdad ante la Ley.

20. Privacidad y confidencialidad: las víctimas de delitos contra la integridad sexual, así como toda niña, niño o adolescente que participe en un proceso penal, tienen derecho a que se respete su intimidad y la de su familia. Se prohíbe divulgar fotografías o cualquier otro dato que posibilite su identificación en actuaciones judiciales, policiales o administrativas y referirse a documentación, nombres, sobrenombres, filiación, parentesco, residencia o antecedentes penales.

21. Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona

procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan. (Asamblea Nacional, 2015).

Principios estos que no pueden resultar trastocados, pues caso contrario el sistema procesal penal mínimo contemplado en nuestra legislación se tornaría en máximo, análisis que se realizara con posterioridad en la investigación, en conjunto con el análisis de los principios que resultarían trastocados por la práctica anticipada de la prueba testimonial.

### **2.1.3 Finalidad del Debido Proceso.**

Para concluir con el debido proceso, debemos comprender su finalidad como tal para lo cual parece resultar obvio que la finalidad que tiene este derecho es el desenvolvimiento pleno de un sujeto interviniente en el proceso sea cual sea su calidad, y de esta manera evitar cargas injustas en contra de un sujeto interviniente y, por ende, lógicamente conseguir una sentencia justa y apegada a derecho. A ello podemos sumarle como fundamento la expresión de finalidad del debido proceso realizada por Couture, al decirnos que la finalidad del debido proceso se plasma en una tutela de derechos realizada con apego a las previsiones constitucionales de cada ordenamiento, garantía constitucional que debe estar contenida en todo proceso con total apego a la ley, con observancia vital de los principios contenidos en el misma. (2002).

### **2.2 Derecho a la Defensa.**

La garantía más grande dentro del debido proceso, siendo observada desde el punto de vista del justiciable, es el derecho a la defensa debido a que este derecho lo protege de cualquier arbitrariedad, o actuación subjetiva por parte de los Juzgadores, así como también fiscales y la defensa particular de la víctima. Se convierte en una armadura para el procesado pues con esta garantía podrá desempeñarse dentro de un proceso en

igualdad de condiciones, resultando en que sin este derecho la fuerte creencia subjetiva de que el procesado es el autor del ilícito, pudiera llevar a los demás intervinientes del proceso a intentar arremeter contra el mismo de cualquier forma para que la sentencia resulte condenatoria, siendo esto una violación también a la presunción de inocencia.

En la constitución actual incluso este derecho y el debido proceso como tal resultan ser muy garantistas, escenario en el cual es impensable que se desvirtúen estos derechos pues la visión misma de este garantismo resultaría en letra muerta y por lo tanto una regulación exagerada y no correspondiente a la práctica dentro de la administración de justicia del Estado Ecuatoriano, y por ende toda la regulación en cuanto a un sistema penal mínimo se desmorona.

### **2.2.1 Antecedentes Históricos.**

Para comenzar con los antecedentes históricos de este derecho recordemos que la realidad social al tener como sujeto al hombre es en extremo cambiante, es impensable instaurar nuevamente instituciones anacrónicas ya superadas por el hombre, pues es ese mismo el sentido de todo esto, evolucionar en todo aspecto y obviamente en el aspecto social. Para ejemplificar un poco el asunto, verbigracia de ello sería el trato que tuvo la mujer en cuanto a los derechos políticos, en un momento histórico la mujer fue tratada de menos en cuanto al ejercicio de derechos políticos, suceso inimaginable de tener lugar en días presentes. Lo mismo pasa con la defensa del investigado, procesado o acusado, puesto que la defensa en si concibe la idea de poder oponerse ante alguien más, defenderse dentro de un conflicto, y nace desde la organización política más antigua como lo es la horda hasta lo que vivimos ahora en el presente como lo es el Estado de Derechos y Justicia.

Todo comienza por la ley del más fuerte, siendo el más fuerte quien se imponga sobre el más débil, pero esa concepción a todas luces es la más antigua, precaria e injusta de lo que sería el derecho a la defensa, siendo el débil el que siempre resultaba más transgredido, e incluso en las primeras formaciones de tribus y clanes, se observaba que las implicaciones ya un poco más organizadas en este aspecto, pero el condenado no era solo el infractor pudiendo extenderse esta expiación a toda su familia.

Dando un salto en la historia, en Roma y Grecia aparece una organización mucho más avanzada y organizada en cuanto a los procesos penales, tenían índole privada y acusatoria, en donde el derecho a la defensa tenía una evolución muy avanzada para su época pues, se acusaba y se abría todo un proceso judicial en frente de un funcionario principal que era el gobernador, que hacía las veces de juez y convocaba un comité de sabios y un comité popular, y se abría un proceso público y oral en donde se evaluaba todo el fondo mediante un sistema de prueba en donde primaba el testimonio, y obviamente al ser privada, la titularidad de la acción la tenía el ofendido. También notamos que, al ser un proceso público con todos los intervinientes antes nombrado, había inmediación, contradicción y, por lo tanto, defensa plena, lo cual sufre un retroceso en la edad media. Podemos decir que este sistema baso el proceso penal como tal, pero eso sí, aunque sin distinguirlo de las otras materias. Al observarse este avance en dichas sociedades podemos recordar las palabras de Kelsen siendo citado por Carlos Olano al referirse que el Estado personificaba el orden, y es muy cierto observando cómo se llevaban estas sociedades que, siendo las primeras en desarrollar el proceso penal, marcaron un cimiento tan grande que se mantiene hasta la actualidad y es el aspecto acusatorio. (Olano, 2007).

Posterior a ello, la aparición del sistema penal inquisitivo intrínsecamente identificado con la edad media, pues este sistema se evidencia muy demarcadamente con

la aparición de la santa inquisición, en el siglo XV cuando se instauró la religión católica en el continente americano, se retribuía a todo aquel que crea en una religión distinta, buscando obviamente que no se trastoque el catolicismo, en este modelo de sistema penal se observa la existencia de un órgano multiforme que abarca todas las funciones incluso siendo totalmente contrarias a ejercerse por un mismo órgano, pues el mismo podía investigar, acusar, defender y juzgar. Por ello nos hemos de sumar a las palabras de Ferrajoli cuando exclama que inquisitivo será el sistema o modelo en el cual el juez procede de oficio a buscar, recolectar y valorar las pruebas, arribando al juicio después de una instrucción escrita y secreta donde se excluye o se limita la contradicción y los derechos de la defensa. (Ferrajoli, 2001.)

Estas atribuciones les eran concedidas por el soberano, pues este investía al órgano con el poder de que si se llegase a conocer información por cualquier medio del posible cometimiento de un delito se ha de iniciar de inmediato con las pesquisas en búsqueda de indicios y así ser el órgano investigativo. Resultan relevantes los aspectos a mencionarse a continuación puesto que atacan directamente al derecho a la defensa del procesado y atañen a la realidad del ejercicio de este derecho en aquella época, pues el sistema era eminentemente escrito así que las actuaciones eran solo entendidas a cabalidad por personas ilustradas y cultas, lo que generaba una restricción en la publicidad del proceso, con aquel carácter de secreto se presta propicio para la comisión de errores, arbitrariedad en las actuaciones del órgano competente, subjetividad parcialidad. Además, este sistema reflejaba una desconcentración tal que la incertidumbre que dejaba en la sociedad era muy demarcada, pudiendo el proceso durar el tiempo que se decida arbitrariamente por el órgano competente generando inseguridad total del conocimiento de un plazo o un término preestablecido. La intermediación en el sistema inquisitivo era nula, no había contacto entre partes ni con la prueba, todo lo hacía de manera secreta el juzgador y en

base a un sistema de prueba tasada en donde el valor de una prueba se regulaba previamente, siendo unas más valiosas o de más peso que otras, siendo la confesión la reina de las pruebas *confesus est regina probationum*<sup>10</sup>, siendo esta la prueba que siempre se buscaba arrancar del acusado, aun a costo de llegar a métodos como la tortura y la humillación pública total. Por todo lo antes analizado es que no se puede estar más de acuerdo con las palabras de Teresa Deu al expresarse de este sistemas exponiendo que no se le debería denominar al proceso inquisitivo como un proceso, debido a que un proceso judicial justamente debe tener contenido y este contenido debe ser el pre establecimiento de principios y reglas como se analizó anteriormente al hablar del debido proceso, y efectivamente el supuesto proceso que se llevaba a cabo en este sistema procesal penal era todo lo contrario a ello, haciendo referencia entonces a que la denominación de este como un sistema, proceso o modelo inquisitivo, más bien revestía y disfrazaba a estas actuaciones arbitrarias del órgano competente como plenamente justas y legítimas (2012).

Posteriormente surge un sistema un tanto transitorio pues era de carácter mixto y se situó entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio oral publico moderno, este sistema suponía una fusión en donde su primera etapa o parte denominada sumario era influencia directa del sistema inquisitivo y su otra etapa de influencia acusatoria denominada plenario, constando también entre ellas una etapa intermedia. Quien investigaba y llamaba plenario era el juez, la figura del fiscal ya existía pero no desarrollaba su actividad como debía hacerlo, si decidía el juez llamar a plenario le mandaba el expediente al fiscal, quien lo leía y emitía un dictamen acusatorio si estaba de acuerdo con el juez o un dictamen abstentivo si no lo estaba, pero este dictamen no era vinculante; esto transgredía principios de Inmediación entre el fiscal y las partes y con las evidencias, así como también la contradicción y la imparcialidad se veían trastocados a

---

<sup>10</sup> La confesión es la reina de las pruebas.

todas luces. En el plenario acudía el fiscal a fundamentar la acusación elaborada por el juez. La característica del órgano estatal acusatorio es la esencia de este sistema pues si bien la idea no es ejecutada con precisión a como se la pensó, se tuvo un cambio de suma importancia que sobrevino al sistema actual.

El cambio surge con las nuevas ideas y bases de los tratadistas, aquí se ubica Cesare Marqués de Beccaria que establece ciertos principios que atañen directamente al desarrollo de un derecho a la defensa plenamente garantista y eficaz, sin arbitrariedad ni inseguridad o duda alguna sobre toda actuación realizada en el proceso, principios como el de proporcionalidad, legalidad y la separación de poderes atribuidos cada uno a un órgano individual y especializado. Los jueces acusaban e investigaban, y si se recababan los elementos necesarios cerraban el sumario y convocaban a plenario, en donde se cambiaba de jueces quienes juzgaban en un juicio oral similar al actual.

Por último, tenemos el sistema acusatorio oral publico moderno, y que de hecho es la que acoge nuestra legislación con el modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia con la regulación del debido proceso como se analizó previamente. En este modelo procesal penal se pueden observar la característica básica que encontramos en casi la totalidad de sistemas penales en el mundo actual como lo es el de la titularidad de la acción y la separación de facultades en órganos separados. La figura de fiscalía o ministerio público como es conocido en otros lugares, nace a partir de la Revolución Francesa lo cual fue un proceso hasta llegar a la creación del órgano que conocemos hoy en día a ser quien tiene la iniciativa o puede poner en movimiento esta denuncia social que hace el pueblo a través de él, con ello también surge la noción de la relevancia de los bienes jurídicos para una sociedad, y como estos deben ser atesorados por la misma, con lo que nace una idea de administración de justicia publica que se evidencia con la posibilidad de que cualquier persona denunciar un delito pues incumbe a toda la población

y no solo a la víctima o perjudicado. La separación de las facultades del juez en órganos individuales en sistema fue el otro cambio a hacer la diferencia, siendo Ferrajoli quien se manifiesta sobre ello exponiendo:

(...) se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. (Ferrajoli, 2001, p. 564.)

En este sistema se recupera la publicidad que tuvo en sus inicios en Grecia-Roma, generando seguridad y dejando de lado las actuaciones misteriosas, también se instauran plenamente la oralidad, inmediación, contradicción, paridad de poderes o igualdad de armas, lo que claramente se traduce a un garantismo de defensa plenamente desarrollado y garantista para el procesado en la actualidad, pues le concede la posibilidad de presentar pruebas, practicarlas y contradecirlas, además puede contar con defensa técnica para la protección plena de sus derechos y lo más relevante e importante, es estado de presunción de inocencia, en donde jamás ha de perder el procesado su libertad hasta que se demuestre su autoría y responsabilidad por el delito cometido.

### **2.2.2 Concepto.**

La definición como tal de este derecho va a tener íntima relación con lo que conlleva y engloba el debido proceso, pero en un plano más específico y delimitado, se va a relacionar de mayor manera con determinados principios que conforman el debido proceso, cuestión que será tratada con posterioridad. Jorge Vázquez Rossi lo define de la siguiente manera “El derecho a la defensa es un verdadero poder junto con el de la acción y la jurisdicción, para la válida realización penal, ello en razón de que estos poderes son

los que dirigen la actividad de los sujetos procesales en todo el proceso, pero que tienen a su vez una existencia previa al mismo, ya que su fuente es de índole sustantivo constitucional” (1996, p. 80). El autor expone puntos muy acertados en su definición pues sí, la acción y jurisdicción también resultan ser poderes, la jurisdicción vendría a ser un poder más neutral entre las partes, de la cual deviene que el proceso sea conocido y sustanciado por la autoridad investida en esta capacidad de juzgar y hacer ejecutar lo que juzgue, pero en cuanto a la acción, sería totalmente su antagonista, pues la defensa sería la oposición a la acción iniciada por la parte acusadora que en este caso sería el fiscal, en donde a la luz de los postulados hegelianos, estaríamos frente a que la acción sería la tesis, la defensa la antítesis y obviamente la decisión judicial la síntesis de la Litis procesal.

Pablo Camargo es quien se expresa de la siguiente manera para complementar la definición del derecho a la defensa pues expone que “es un derecho constitucional fundamental, de aplicación inmediata, y se aplica en todos los campos de la actividad humana y en todas las esferas del derecho, sin limitación alguna. Nadie puede pretexto la falta de reglamentación legal para desconocer el derecho a la defensa de las personas” (Camargo, 2000, p. 146). Son vitales los aspectos que resalta el autor, pues se toma en cuenta la actividad humana como tal y en específico también su desarrollo en el derecho, es por ello que con ello concuerda nuestra carta magna al expresar en su artículo 76 que se garantiza el derecho al debido proceso en todo proceso, sin especificar que sea un proceso judicial, eso quiere decir que siendo el derecho a la defensa parte medular del debido proceso, estará presente en todo proceso sea o no sea jurisdiccional.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho a la defensa hemos de afirmar que se trata de un derecho sustantivo pues es algo que definitivamente se plasma como derecho con anterioridad a su desarrollo procesal, por ello es que el proceso como tal no constituye derecho a la defensa, sino que este regula las situaciones u oportunidades

donde se ha de desarrollar, debido a esto si el proceso no observa el derecho a la defensa este será nulo. Aparte de aquello, pensar que sea de naturaleza adjetiva, afirmaría que sería formal cuando evidentemente no es así, su raigambre constitucional es el que garantiza el desarrollo y cumplimiento del mismo en todo su amplio sentido. (Rossi, 1996).

### **2.2.3 Derecho a la Defensa del Procesado en el Sistema Penal Ecuatoriano.**

El primer fundamento Normativo más importante del derecho a la defensa es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, pues en su artículo 10 exclama su regulación al derecho a la defensa “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (citar declaración universal) fue desde luego la primera consecución de certeza jurídica en cuanto al derecho a la defensa, pero el problema que surge de la declaración, es que no contiene mecanismo desarrollados de protección, entonces hoy en día dependerá del desarrollo interno de cada legislación la que vendrá a complementar y desarrollar esta disposición.

Ahora bien, hemos de revisar y analizar el desarrollo normativo como tal en la legislación ecuatoriana, partiendo desde la raigambre constitucional y hacia el ámbito penal que es el que lógicamente interesa al presente trabajo. En parte se halla contenido en el artículo 76 de la carta magna cuando se desarrolla el debido proceso, específicamente en el séptimo numeral se empieza a desarrollar el mencionado derecho, viniendo a detallar las garantías del derecho a la defensa, comenzando por la regulación de la indefensión, resultando así impensable que una persona resulte menoscabada por no contar con defensa técnica en ninguna etapa del proceso, resulta lógico puesta esta

garantía sería la puerta de entrada al desarrollo y ejercicio del derecho en cuestión. Contar con el tiempo necesario y la asistencia de un defensor profesional público o privado para la preparación de una defensa adecuada es vital, puesto que no se puede pensar en que el tiempo de reacción en algo tan elaborado como una defensa técnica sea corto, y mucho menos en el ámbito penal, y recalcando que tendrá plena libertad de comunicación con su defensor, pues se ha de realizar un análisis integral de la Litis en cuestión. El aspecto de la publicidad y de la oralidad de un proceso es garantía básica del derecho a la defensa y que muy acertadamente se ve desarrollado en la norma ecuatoriana, por ello siempre se tendrá acceso a la documentación del proceso a menos que la publicidad del mismo se encuadre dentro del marco de un proceso de carácter reservado como, por ejemplo, un delito sexual que tenga por víctima un menor de edad, proceso que no podrá ser público por su naturaleza.

En cuanto a la oralidad, cabe recalcar que desde sus bases el sistema procesal penal acogido por el Ecuador es de índole acusatorio oral público y adversarial, por lo que el artículo 168 en su numeral 5 y 6 nos recalca el carácter público y oral sobre el cual se basa la sustanciación procesal en el Ecuador, exponiendo la norma que, en todas sus instancias, los procesos serán públicos, salvo excepciones legales y en cuanto a la oralidad exclama que la oralidad rige en toda etapa procesal y en el desarrollo de diligencias en concordancia con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. (Asamblea Nacional, 2008). Por lo que el artículo 76 también desarrolla este aspecto en sus garantías del derecho a la defensa diciéndonos que las personas dentro de un proceso pueden “presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.” también el derecho que tiene una persona en cuanto a la asistencia gratuita y oportuna de un traductor para su libre comunicación en el desarrollo de un

proceso si el idioma que habla la misma es diferente al idioma en el cual se sustancia la causa evidencian el carácter oral y público en concordancia con los principios antes mencionados.

No se puede pensar en un proceso que se sustancie por una autoridad no competente para ellos y es por eso que la norma recalca que ningún tribunal de excepción o alguno creado específicamente para la sustanciación de tal o cual proceso, pueda instalar el mismo.

Así mismo entre las garantías también encontramos la garantía de la cosa juzgada o *Non bis in idem*, que impide el doble juzgamiento de un mismo individuo sobre una misma causa, resulta ser un blindaje vital para el procesado, blindaje que brinda certeza y seguridad de la firmeza y ejecutoria que tiene una sentencia, e inclusive se extiende hasta el ámbito de la justicia o expiación indígena. Por ello ha de tener relación con las últimas garantías en cuanto a la garantía del derecho a una resolución motivada emitida por tribunal competente que cause firmeza y así se evite el doble juzgamiento, claro está con la posibilidad de recurrir del fallo siempre que se crea que los derechos del individuo estén menoscabados de cualquier manera.

Por otra parte, el artículo 77 establece garantías del derecho a la defensa específicamente para un procesado dentro de un proceso penal, encontramos garantías específicas como las que impiden una privación injustificada como, por ejemplo, el hecho de que la privación de la libertad solo se accionara por orden judicial y en casos específicos como la seguridad de comparecencia del procesado o fines investigativos, siendo que jamás se podrá privar de la libertad a una persona ilegítimamente ya sea sin orden judicial o recluyéndolo en un centro de privación de libertad, habiendo prohibición expresa en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 10, dando esto incluso cabida a una acción constitucional como lo es el habeas corpus, pues la libertad como bien

jurídico jamás se ha de poder trastocar, a menos que una pena mediante sentencia se imponga a tal o cual persona al encontrarla responsable de un ilícito de índole penal.

La garantía del procesado a ser comunicado de su situación es vital de tal manera que el numeral 6 nos dice “nadie podrá ser incomunicado”, caso contrario devendría en no tener certeza de lo que acontece y por lo tanto inseguridad jurídica y debido a esta situación siempre se ha de comunicar al momento de la detención porque y bajo que cargos se la estar realizando acompañado de la comunicación efectiva de los derechos que le asisten, como contar con defensa técnica y acogerse al silencio. El artículo hace una mención tacita al principio de no autoincriminación al expresar que nadie podrá declarar en contra de sí mismo, ni en contra de su cónyuge, pareja, o parientes ya que como se analizó anteriormente el derecho procesal penal no busca destruir los vínculos familiares y sobre todo la pérdida de la objetividad y la imparcialidad.

Finalmente, de manera muy general y abarcadora en cuanto al derecho a la defensa y el debido proceso, hallamos la regulación constitucional del artículo 169, que nos habla de cómo se ha de desarrollar el sistema procesal y cuál es su objetivo en donde delimita todo el campo de actuación procesal en donde se han de desarrollar los aspectos mencionados y expresa:

Art. 169.-El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. (Asamblea Nacional, 2008.)

Del articulado antes mencionado podemos concluir que el carácter garantista de derechos y justicia que tiene nuestra constitución en cuanto a la protección de estos

derechos frágiles o delicados que son los más proclives a sufrir un menoscabo y así blindar estas situaciones que pueden resultar desventajosas.

En cuanto a la legislación en el Código Orgánico Integral Penal, encontramos regulación en el artículo 4 y 5 ya antes abordados en el tema del debido proceso por una parte el artículo 4 que nos dice que en un proceso los intervinientes gozan de todo derecho contenido en la constitución e instrumentos internacionales, tales como el debido proceso y la defensa. Y por otra parte el artículo enumera los principios procesales que guían y basan el debido proceso, en donde se encuentra inmiscuido obviamente el derecho a la defensa, siendo los principios de inmediación, contradicción, igualdad los que más reflejan un desarrollo del derecho a la defensa dentro del proceso.

En un sentido más específico podemos citar los artículos 451 y 452 los cuales conforman un capítulo dedicado solo a la defensa, en donde se desarrolla como se ha de llevar la defensa de un interviniente, el órgano que ha de garantizar la misma, y el pleno desecho de la indefensión y las sanciones correspondientes a los responsables de la misma como una posibilidad en el sistema de justicia, de la siguiente manera:

Artículo 451.- Defensoría Pública. - La Defensoría Pública garantizará el pleno e igual acceso a la justicia de las personas, que por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no pueden contratar los servicios de una defensa legal privada, para la protección de sus derechos. La o el defensor público no podrá excusarse de defender a la persona, salvo en los casos previstos en las normas legales pertinentes. La Defensoría Pública asegurará la asistencia legal de la persona desde la fase de investigación previa hasta la finalización del proceso, siempre que no cuente con una o un defensor privado. La persona será instruida sobre su derecho a elegir otra u otro defensor público o privado. La o el juzgador,

previa petición de la persona, relevará de la defensa a la o al defensor público, cuando sea manifiestamente deficiente.

Artículo 452.- Necesidad de defensor. - La defensa de toda persona estará a cargo de una o un abogado de su elección, sin perjuicio de su derecho a la defensa material o a la asignación de una o un defensor público. En los casos de ausencia de la o el defensor elegido y desde la primera actuación, se contará con una o un defensor público previamente notificado. La ausencia injustificada de la o el defensor público o privado a la diligencia, se comunicará al Consejo de la Judicatura para la sanción correspondiente. (Asamblea Nacional, 2015.)

La regulación en torno al derecho a la defensa en el Ecuador, es muy desarrollada guiándonos a pensar en que, habiendo este andamiaje jurídico en torno a la misma, la protección de derechos del procesado es muy idónea, garantista y eficiente. Posteriormente en el trabajo analizaremos si la defensa del procesado resulta ser material y prácticamente aplicada con apego a los principios y bases que supone específicamente en la rendición del testimonio anticipado en la fase pre procesal de investigación previa y por otra parte en el caso de la no comparecencia del procesado a dicha rendición, situaciones que serán analizados en base a hechos facticos y actuaciones practicas del día a día en nuestro sistema de justicia.

### **3 CAPITULO III: Práctica del Testimonio Anticipado: Situaciones Fáticas que Afectan el Derecho a la Defensa de la Persona Procesada.**

Sentadas ya las bases necesarias para comenzar con el asunto medular, hemos de proseguir con el análisis de las situaciones fácticas y la práctica del testimonio anticipado, es decir, el análisis de si esta rendición del testimonio como práctica de prueba anticipada obedece y materializa a todo lo que presupone procesalmente, refiriéndonos al cumplimiento del debido proceso mediante el aseguramiento del derecho a la defensa plena del procesado. En la legislación pueden contemplarse aspectos muy garantistas como lo hemos observado, pero no necesariamente aquello nos dice que eso se plasme en la práctica.

El testimonio anticipado fue analizado como tal con anterioridad, sin embargo, hemos llegado al momento de analizar las situaciones que afectan el Derecho a la Defensa de la persona procesada, puesto que en su práctica se ha podido observar que aparte de no cumplirse los presupuestos que esta práctica de prueba anticipada debe obedecer, nos encontramos una oscuridad en los mismos preceptos legales, oscuridad que obliga a los operadores de justicia a actuar arbitrariamente. Estas situaciones son la recepción del testimonio anticipado en la fase pre procesal de investigación previa y la recepción del mismo ya dentro del proceso sin la comparecencia del procesado.

#### **3.1 Práctica del Testimonio Anticipado en la Fase Pre Procesal de Investigación Previa.**

Para iniciar con este tópico, es menester revisar el procedimiento ordinario dentro de la regulación procesal penal en la legislación ecuatoriana, puesto que las situaciones fácticas a tratarse en la investigación tienen lugar en el procedimiento ordinario,

pudiéndose también analizar la práctica del testimonio anticipado en los demás procedimientos previstos en la norma penal.

El procedimiento ordinario halla su regulación dentro del libro PROCEDIMIENTO el segundo libro del Código Orgánico Integral Penal, desarrollándose en el título VII PROCEDIMIENTO ORDINARIO, regulación esta que principia en el artículo 580. Podemos decir a grandes rasgos que el procedimiento ordinario tiene 3 etapas cuando el proceso penal ya ha iniciado como tal, estas etapas son: la instrucción fiscal, la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y la etapa de juicio, etapas a las cuales les precede una fase pre procesal llamada investigación previa.

En esta fase pre procesal, que es investigativa, se da la recolección de elementos de convicción. La Fiscalía que dirige aquella investigación, actúa con la colaboración de la Policía Judicial. Lo que se busca es determinar si se cometió la infracción y si es posible individualizar a responsables. El proceso como tal inicia con la Instrucción fiscal, que es la primera etapa procesal, etapa que inicia con la audiencia de formulación de cargos convocada por el juez de garantías penales a petición del fiscal en la cual existe obviamente intervención del juez, el fiscal y la defensa, siguen acopiándose los elementos de convicción que lleven a mayor seguridad del cometimiento del delito y la responsabilidad. Esta etapa puede tener una duración de máximo 90 días, salvo en casos de delitos flagrantes que es de 30 días y en delitos de tránsito 45 días. Si el estado del proceso se encuentra dentro de estos plazos, pero aparecen elementos de nuevas personas que han intervenido y es necesario vincularlas al proceso penal ya iniciado, se puede ampliar la instrucción fiscal hasta en 30 días.

La instrucción fiscal concluirá por tres causales:

1. Cumplimiento del plazo determinado en este Código.

2. Decisión fiscal, cuando la o el fiscal considere que cuenta con todos los elementos para concluir la instrucción, aun antes del cumplimiento del plazo, siempre y cuando no existan petitorios pendientes de la parte procesada.

3. Decisión judicial, cuando transcurrido el plazo, la o el fiscal no ha concluido la instrucción. (Asamblea Nacional, 2015)

Cabe recalcar que el artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal establece las formas por las cuales puede el fiscal conocer la infracción, sin importar si el mismo inicie la investigación de oficio, las cuales son por una primera parte la denuncia que la podrá realizar cualquier persona ante cualquier órgano competente además del fiscal como la policía o autoridades de tránsito respectivas quienes inmediatamente deben dar en conocimiento del fiscal la denuncia. Por otra parte, están los informes de supervisión que los realizarán los órganos respectivos de control, los cuales remitirán dichos informes a fiscalía. Y por último las providencias judiciales emitidas por jueces o tribunales, en donde por encontrarse indicios de una infracción penal, serán remitidos a fiscalía (Asamblea Nacional, 2015).

La segunda etapa es la de evaluación y preparatoria de juicio, en donde se evalúa de fondo y de forma si existen elementos suficientes para ir a juicio. Con la evaluación de fondo nos referimos a los elementos que permitan determinar el cometimiento del delito y responsabilidad de la persona, y con evaluación de forma nos referimos al análisis del cumplimiento de la norma adjetiva y del debido proceso. El fiscal debe emitir un dictamen abstentivo o acusatorio y en base a ello y solicitará al juez fije fecha para la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio que será el cierre de esta etapa. El juez de garantías penales tiene un plazo de cinco días desde la recepción de la solicitud realizada por parte del fiscal para convocar a la antedicha audiencia, la cual se debe

efectuar en no más de quince días, el juez puede sobreseer o llamar a juicio en su pronunciamiento. Cabe recalcar que dicha decisión del juez de garantías es la última actuación que realiza el mismo dentro del proceso penal.

La tercera y última etapa es la de juicio, y se materializa con una audiencia de juicio, es la etapa central del proceso penal, aquí se concentran los principios de un sistema acusatorio (oralidad, inmediación, contradicción, publicidad, etc.) desde esta etapa procesal pasa a ser competencia y conocimiento de un tribunal penal previo sorteo. En esta audiencia central de juicio se exponen las teorías del caso, se concentra y se practica la prueba, se concluye con los alegatos finales, y por último el tribunal realizará su deliberación y emitirá su decisión del caso.

Una vez revisado el procedimiento ordinario, para el análisis de este tópico en cuestión nos hemos de ubicar en la fase pre procesal de investigación previa, puesto que la norma penal adjetiva, en la forma en que está estructurada contempla la posibilidad de que un testimonio anticipado pueda ser practicado en este momento pre procesal.

### **3.1.1 Fase Pre Procesal de Investigación Previa: Diligencias a Cargo del Fiscal.**

Para abordar el análisis de la rendición del testimonio anticipado en esta situación, es necesario observar las actuaciones y atribuciones que tiene el fiscal en la mencionada fase pre procesal, pues aquel aspecto es el que origina la situación a analizar. El artículo 444 del Código Orgánico Integral Penal establece las atribuciones que tiene el fiscal, entre las cuales tiene las atribuciones de recibir versiones y solicitar al juez la rendición de testimonios anticipados al tenor literal de los siguientes numerales:

6. Recibir las versiones de la víctima y de las personas que presenciaron los hechos o de aquellas a quienes les conste algún dato sobre el hecho o sus autores.

7. Solicitar a la o al juzgador, en los casos y con las solemnidades y formalidades previstas en este Código, la recepción de los testimonios anticipados aplicando los principios de inmediación y contradicción, así como de las víctimas de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. (Asamblea Nacional, 2015)

El fiscal tiene la posibilidad entonces de tomar aquellas versiones de esclarecimiento de hechos en la fase pre procesal de investigación previa, las mismas que cabe recalcar no tienen el carácter de prueba pues son solo versiones de personas que puedan tener información relevante. Y por otro lado la posibilidad de solicitar al juez la rendición del testimonio anticipado con el obvio pleno cumplimiento de los principios y presupuestos a los que se sujeta esta práctica.

El problema se suscita por la regulación del artículo 582 que regula la versión ante el fiscal, pues esta contempla esta posibilidad de la rendición o práctica de un testimonio anticipado aun en este momento en donde aún un proceso no ha comenzado, de la siguiente manera.

Versión ante la o el fiscal. - Durante la investigación, la o el fiscal receptara versiones de acuerdo con las siguientes reglas:

1. La o el fiscal identificará a las personas que puedan esclarecer los hechos y escuchará su versión sin juramento.
2. En caso de determinar su domicilio o lugar de trabajo, se notificará por cualquier medio y ante el incumplimiento de la segunda notificación, se ordenará su comparecencia con el auxilio de la fuerza pública.

3. Al concluir la versión, se le advertirá de su obligación de comparecer y testificar en la audiencia de juicio, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio o lugar de trabajo.

4. Si al prevenirle, la persona que rinde la versión manifiesta la imposibilidad de concurrir a la audiencia de juicio, por tener que ausentarse del país o por cualquier motivo que hace imposible su concurrencia, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador que se reciba su testimonio anticipado.

5. La o el fiscal registrará el contenido de la versión. (Asamblea Nacional, 2015)

El percance surge con plena evidencia en el numeral 4 de esta regulación, puesto que contempla la mencionada posibilidad de un testimonio anticipado en la investigación previa, situación que ha de ser analizada desde algunos aspectos a continuación.

Cabe recalcar un aspecto importante del porqué de esta posibilidad, y es justamente su regulación normativa puesto que el artículo 502 siendo la regulación de las reglas básicas rectoras del testimonio, nos indica incluso las causas por las cuales se puede solicitar esta rendición anticipada y que finalmente terminar por expresar que se podrá receptor el testimonio anticipado de las personas que “demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio” por lo que tal y como está la redacción de aquella regulación al mencionar la audiencia de juicio, nos pudiera llevar a colegir de su contexto que dicha rendición se tendría que practicar dentro de un proceso penal como tal, puesto que se habla de que los testigos en proceso no pueden comparecer a dicha etapa procesal.

Por otro lado, la misma regulación no limita de manera expresa la posibilidad de rendición de este anticipo en fase pre procesal de investigación previa, es decir, no se opone de ninguna manera ante esta posibilidad, ni siquiera la regula. Recordemos que entre las atribuciones del fiscal que detalla el artículo 444 se encuentra la facultad de

poder solicitar al juzgador la rendición de un testimonio anticipado con la plena observancia de los principios de inmediación y contradicción, debido a que expresamente expone que se podrá solicitar “en los casos y con las solemnidades y formalidades previstas en este Código” lo cual en concordancia con el numeral 4 del artículo 582 lo permite expresamente el código, pues al regular la rendición versión ante el fiscal que se netamente en una actuación situada en la fase de investigación previa, expresa que si la persona que rinde la versión, previene de no poder comparecer a rendir testimonio en juicio por cualquier situación que lo imposibilite, se puede entonces solicitar al juzgador la recepción del mismo siendo un caso expreso dentro de la regulación del código, y por lo tanto totalmente posible. Algo que desde luego debería estar contemplado de una manera más desarrollada y sin dejar situaciones oscuras que se presten para una aplicación y actuación arbitraria por parte de los juzgadores.

### **3.1.2 Práctica del Testimonio Anticipado en Ausencia de Sospechoso.**

Las posibilidades de cómo se comete un delito son prácticamente infinitas, y debido a ello se han de presentar delitos en donde el cometimiento sea percibido por alguien, como delitos en donde el delincuente sea aprehendido, o de plano delitos en donde nunca hubo ni siquiera un sospechoso, ejemplificándolo mejor, pudiéramos estar frente al cometimiento de un homicidio en donde el cuerpo de la víctima fue hallado días después del cometimiento del mismo y es imposible tener una idea clara de un sujeto determinable, o incluso el cometimiento pudo haber sido percibido por una o varias personas, pero no se logra identificar o determinar específicamente al sujeto que iba con la cara tapada y el aspecto desfigurado para asegurarse de no ser identificado como autor del delito.

Ante esta posibilidad surge el análisis de la práctica del testimonio anticipado en ausencia del sospechoso, y para ellos hemos de partir desde el punto de vista de la práctica de la prueba. La práctica de la prueba ha de tener lugar dentro de un proceso como tal y no antes, siendo su momento oportuno específicamente la audiencia de juicio porque aquí precisamente se desarrollan los principios que cubren y blindan a la práctica de la prueba y al debido proceso como lo es de oportunidad como tal como fue analizado con anterioridad. Aspecto en el cual esta situación desarrolla la práctica de la prueba en una fase pre procesal de investigación previa, investigación que dicho sea de paso tiene carácter de reservado, siendo así que esta práctica anticipada del mencionado medio probatorio no estaría cumpliendo con supuestos básicos como la publicidad, la inmediación, la oportunidad y la contradicción y con ello la igualdad en un debido proceso que a su vez deviene en una vulneración al derecho a la defensa del procesado.

Recordando las palabras de la doctrina y el análisis previamente realizado, la prueba anticipada es una excepción específica a la regla general al principio de oportunidad de la prueba, ya que se presentan intereses de mayor importancia o valor, como lo es el hecho de preservar y mantener lo más intacta posible una prueba vital que de no ser practicada se perdería a riesgo de que incluso un delito devenga en la impunidad del cometimiento del ilícito. No obstante, hay que tomar en cuenta que la prueba anticipada tiene idéntica consideración ante una prueba practicada en su momento oportuno general, debido a que la excepción está solo en cuanto al principio de oportunidad por la fragilidad de la prueba, mas no para los otros principios que se han de tener que mantener intactos. Y tanto así que, si recordamos las palabras de Valdivieso cuando nos dice que se trata de un anticipo jurisdiccional de la práctica de esta prueba, se da por practicada en ese momento previo que se ha de considerar un fragmento o extracto de la audiencia de juicio como tal.

### **3.1.2.1 Correspondencia de la Práctica del Testimonio Anticipado en Ausencia de Sospechosos con los Principios de Inmediación y Contradicción.**

Con esta consideración hecha, si es el anticipo probatorio identificado con la práctica general, la pregunta a analizar sería ¿Se cumple con el Principio de inmediación y de contradicción en dicha rendición del testimonio? Para ello debemos revisar los antecedentes doctrinarios realizados previamente y aplicarlos conjunto con la norma para ver la posible afectación. La inmediación como principio rector de la actividad probatoria supone el contacto o inmediatez de los sujetos procesales con la prueba para que, por razones obvias y ya antes analizada, el juez pueda ejercer como debe su facultad rectora en el proceso, suponiendo esto más claridad para la deliberación y razonamiento al momento de la práctica y por ende el cumplimiento de principios puesto que así es más seguro llegar a la veracidad de los hechos y de cómo acontecieron.

Primero hemos de analizar la inmediación desde un punto de vista subjetivo, la doctrina nos ha dejado claro que entre quienes debe haber inmediación son los sujetos procesales y la prueba, entonces debemos recordar primero lo que dispone el artículo 439 de la norma penal, enumerándonos los sujetos procesales intervinientes como la Fiscalía, la víctima, la defensa del procesado y el procesado que es el sujeto sobre el cual este punto de vista recae. Por otra parte, el artículo 454 desarrolla ya el principio de inmediación en cuanto expone que los juzgadores y las partes procesales deben estar presentes en la práctica, aspecto que claramente no se cumple en dicho escenario si ni siquiera se ha determinado una identidad en el sujeto, mucho menos estar presente en dicha rendición.

Traemos a análisis asimismo al artículo 610 del Código Orgánico Integral Penal, que expresamente dispone:

Art. 610.- Principios. - En el juicio regirán, especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observarán los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física de la o el juzgador y presencia obligatoria de la persona procesada y de la o el defensor público o privado, con las salvedades del juzgamiento en ausencia previstas en la Constitución. (Asamblea Nacional, 2015)

La inmediación supone tal importancia que de ello desprende que otros principios se afecten, a manera de una cadena, entre los principios observamos la identidad física del juzgador y es lógica pues de no ser idéntico el juzgador en las distintas etapas de juicio, como pudiera llegar a una adecuada y fidedigna valoración probatoria, como lo expone el autor Martínez al decir que la inmediación es la que posibilita una decisión adecuada y correcta para cada caso en concreto pues esta cercanía con la partes permite una mejor recreación de los hechos (2009). Con esta consideración realizada a la situación en concreto, tenemos que la norma penal ni siquiera menciona la forma en la que ha de tomarse el testimonio anticipado en investigación previa, lo único que cubre la normativa es que en caso de no poder comparecer a juicio quien rinde la versión, el fiscal puede solicitar al juzgador la rendición de este anticipo, pero lo que no queda claro es que si no hay siquiera proceso, ¿Ante qué juez se solicita la rendición de dicho testimonio? Lo más lógico sería solicitar su rendición al juez de garantías penales quien ha de ser el competente para instalar la audiencia de formulación de cargos previa solicitud del fiscal cuando cuente con elementos de convicción suficientes, entonces siendo así esto nos llevaría a pensar si talvez la rendición debería ser en la audiencia de formulación de cargos por ser la audiencia que inicia la instrucción fiscal y el proceso como tal, pero son aspectos

que la normativa no recoge, causando que la regulación sea vaga y se preste a criterios arbitrarios de aplicación por parte de los operadores de justicia.

Retomando el aspecto antes nombrado, aun siendo el juez de garantías penales ante quien se practique el anticipo probatorio, sigue trastocándose el principio de inmediación debido a que la sentencia final será emitida por el tribunal penal previo sorteo quien debe contar en su deliberación con una prueba ya actuada por otro juez de personalidad distinta al tribunal, prueba sobre la cual no han podido realizar valoración lo cual deviene en la trasgresión de otro principio que sería el de concentración de la prueba, recordemos que el mencionado principio que supone que su la práctica probatoria debe llevarse a cabo en conjunto, es decir, las pruebas han de practicarse como un todo complementario y de la manera menos divisible posible, sirviendo de solido sustento para una teoría del caso muchísimo más apegada la realidad de los hechos y una mayor comodidad y facilidad para que la deliberación del juzgador sea eficiente, lo cual en la situación concreta no sucede, se divide la prueba sucediendo que un testimonio es practicado con anterioridad y dividido o mutilado de las de las demás que han de ser practicadas en un futuro, causando que prácticamente este testimonio ya actuado no sea tomado en cuenta de la manera en que si este se practicaría con las demás pruebas, es por ello que incluso cuando hay mucha prueba a practicarse y en un proceso la audiencia ha de continuarse lo más inmediato posible, para que la prueba no pierda esa unidad.

A ello se refiere Roxin al exclamar:

el principio de inmediación importa que el juez debe elaborar la sentencia de acuerdo con las impresiones personales que obtiene del acusado y de los medios de prueba; así, p. ej., la declaración de los testigos no puede ser reemplazada, en principio, por la lectura de un acta que ha sido labrada por un juez comisionado o por exhorto. (Roxin, 2008, pág. 135)

Criterio al cual además se suman las palabras de Bustamante, en las cuales nos basamos para indicar que la inmediación se compone a su vez de inmediación subjetiva, objetiva y de actividad, en tanto a que el aspecto subjetivo se sustenta en el hecho de que el juez debe tener contacto con las partes; el aspecto objetivo se refiere al contacto directo que ha de tener el juez con los hechos objeto de debate; y por último, la actividad se refiere a la intervención directa con la prueba y su práctica como tal (2010).

Por otra parte, del texto normativo se coligen ciertos aspectos. Si bien se mencionó antes que tanto la publicidad, ni la inmediación se desarrollaban con plenitud en esta práctica probatoria anticipada en la fase pre procesal, podemos observar que tampoco se observa materialmente el Principio de contradicción, ya que esto es una consecuencia de lo antes mencionado, pues nos lleva a pensar, ¿Cómo pudiera la persona procesada contradecir dicho testimonio si la misma, quien fue la persona que supuestamente está vinculada al hecho, no comparece a esta rendición?. Es claro la imposibilidad de realización en la que incurre la contradicción en este escenario, en base a lo que nos expone Zabaleta que indica mediante una explicación muy abarcadora lo que supone la contradicción:

En cuanto a la contradicción, esta se presenta cuando las partes contradicen las afirmaciones, pretensiones o pruebas presentadas por la contraparte, se debe brindar oportunidad igual a las partes de participar efectivamente en la relación dialéctica, en la actividad de administración de justicia, este método de igual oportunidad de acción y de contradicción es el que debe seguirse para buscar la verdad material en el proceso. (Zabaleta, 2017)

La imposibilidad de contradicción causa automáticamente la imposibilidad de la igualdad, pues no solo no tiene el procesado la oportunidad de imponer su inconformidad por las aseveraciones realizadas por quien rinde su ponencia testimonial, sino que ni

siquiera tiene conocimiento de las mismas al momento en que estas están siendo proferidas, es lógica la ventaja de la otra parte al poder practicar su prueba libremente y sin objeción alguna por parte del procesado. En este escenario incluso es vaga la normativa que lo regula, puesto que incluso es difusa la idea de una defensa técnica como tal, debido a que, si no hay sospechoso y no hay siquiera un proceso como tal, ¿Cómo pudiera esta persona indeterminada contar con una defensa técnica, si no hay proceso aun? Esta interrogante nos lleva a colegir lo siguiente; como ya se dijo en su momento la defensa del procesado es sujeto procesal eso nos quiere decir que su presencia en la práctica probatoria es indispensable, cosa que tampoco es posible puesto que la situación se sitúan en una fase pre procesal y si recordamos las garantías del debido proceso revisadas con anterioridad, nos damos cuenta de que la norma dice claramente que en todo proceso se contara con el derecho a tener una defensa técnica, este supuesto nos dice claramente entonces que la defensa tampoco va a estar presente en dicha práctica, pues resulta ser lógico, si no hay determinación de un procesado mal se hablaría de una defensa, puesto que esta no sabría quién es su defendido siquiera.

Por otro lado, si es que se pudiera llegar a considerar que solo la defensa del procesado basta en esta rendición por la razón de ser su defensa técnica, este fundamento se ve inmediatamente derrumbado por el fundamento de que si no se ha determinado un sospechoso, la defensa nunca se ha comunicado con el procesado para entrar en conocimiento de los hechos que se supone serán su fundamento de oposición en el interrogatorio, y por lo tanto, nunca se realizara una contradicción probatoria en este escenario.

Por último traemos a colación el hecho de que como bien se dijo antes la identidad del juzgador se trastoca en el aspecto de que quien recepte este testimonio lógicamente sería un juez de garantías penales distinto al tribunal que ha de conocer la audiencia de

juicio, pero este aspecto también afecta lo que vendría a ser el principio de concentración de la prueba o unidad de la prueba, puesto que supone que la prueba se entenderá una unidad, un conjunto que jamás se ha de poder analizar de manera separada o mutilada, pues esta masa de pruebas correlacionadas se la debe valorar con íntima relación de unas con otras pues así se ha de formar una convicción de lo más apegada a cómo sucedieron los hechos realmente, siendo que de no ser así su eficacia y eficiencia se trastocan. Trayendo a colación el supuesto podemos colegir que, se fracciona la prueba no solo en cuanto al ente receptor como tal, sino también la mutilación de esa masa probatoria ya que ese testimonio se va a rendir separado de las demás pruebas que han de practicarse con posterioridad en el juicio.

Concluyentemente, se ha observado que bajo los supuestos doctrinarios e incluso legales, hay una claro desapego e inobservancia de los principios de Inmediación y de contradicción y los demás principios revisados, es decir, no se materializan como cimientos rectores del proceso en defensa de la persona procesada en la situación analizada, en donde además se observa falta de profundidad legislativa, puesto que deja en un plano general algunos aspectos que han de ser necesariamente desarrollados específicamente.

### **3.2 Práctica del Testimonio Anticipado en Ausencia de la Persona Procesada dentro del Proceso Penal.**

Si bien el escenario analizado previamente tenía lugar fuera de juicio y en una fase previa al mismo, el escenario que se va a traer a colación es ya procesal, siendo la persona procesada una persona determinada y por otra parte el proceso ya ha iniciado y la práctica del anticipo probatorio se realiza en una etapa meramente procesal. Con las

consideraciones hechas continuaremos con demarcar la situación como tal para poder proceder a analizarla con propiedad.

Ya en el proceso penal como tal a diferencia del anterior escenario, en esta situación ya contaremos con un procesado determinado, al cual se le han formulado cargos por parte del fiscal en la audiencia de formulación de cargos al inicio de la instrucción fiscal y, por lo tanto, inicio del proceso. La situación aquí es clara, aunque se cuente ya con un procesado determinado este no siempre comparece al testimonio anticipado, ya sea que se le ha impuesto una medida preventiva o no, en donde la situación resultaría ser casi idéntica a la anterior, diferencia de la determinación de la determinación persona y la situación procesal de las mismas.

### **3.2.1 Correspondencia de la Práctica del Testimonio Anticipado sin Comparecencia del Procesado en el Proceso Penal con los principios de inmediación y contradicción.**

Cabe recalcar que este escenario comparte en identidad de condiciones ciertos aspectos con el anterior escenario así que hemos de analizar las particularidades de esta situación específica. La similitud es tal que en un punto de vista general tenemos la misma conclusión, el procesado no comparece a la rendición, aunque en el presente caso ya sea una persona determinada, para una mejor ubicación de la situación analizaremos la norma que lo contempla. El artículo 502 del Código Orgánico Integral Penal en su segundo numeral como ya se ha mencionado con anterioridad dispone la siguiente facultad del juzgador.

La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes

encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio. En el caso de audiencia fallida, y en los que se demuestre la imposibilidad de los testigos de comparecer a un nuevo señalamiento, el tribunal, podrá receptor el testimonio anticipado bajo los principios de inmediación y contradicción. (Asamblea Nacional, 2015)

El numeral pone a nuestro conocimiento las causales por las cuales se pueden tomar el testimonio anticipado, para las cuales la razón práctica es lógica y está presente, recordando la voz de la doctrina, tenemos que el fin es preservar una prueba que pudiera resultar vital para resolver una causa y que obviamente se encuentra en peligro de perderse irrecuperablemente de no ser practicada de manera urgente, como por ejemplo el de una persona gravemente enferma, esto resulta a todas luces lógico. Sin embargo, esta segunda regla general básica del testimonio no es la excepción en nombrar la observancia de principios, como se ha visto a lo largo de la regulación del testimonio anticipado en la norma penal, pues finaliza expresando “podrá receptor el testimonio anticipado bajo los principios de inmediación y contradicción” entonces el problema y objeto de análisis en la presente circunstancia es justamente, la práctica de este anticipo probatorio en inobservancia de los mismos.

Por ello hemos de situarnos en el supuesto de que el procesado no comparece, en donde como se observó en el anterior supuesto, la inmediación es inobservada, aunque de manera distinta, puesto que en esta etapa el individuo es determinado y el proceso ya ha iniciado, es decir, cuenta con defensa e inclusive pudo ya haber tenido comunicación con su defendido en tanto a los hechos circunstanciales que forman materia de fondo en el litigio, sobre el acontecimiento de los hechos. Si bien esto puede parecer una ventaja ante la anterior situación, no lo es, porque el conversatorio que se pudo haber mantenido entre procesado y defensa abarcara el relato de los hechos por parte de la persona acusada y

será de forma lineal, es decir, si bien la defensa se inteligencia de los hechos, es imposible que la defensa conozca con detalles minuciosos como la percepción del tiempo, del lugar, diálogos referidos entre tales o cuales persona, etc. lo que le imposibilita de poder contradecir plenamente las aseveraciones proferidas por quien está rindiendo su ponencia, solo pudiera contradecirlas en un plano general de los hechos, sin embargo, aquellos detalles específicos se tornarían irrefutables, puesto que la contradicción se está efectuando por alguien ajeno a los hechos, la inmediación y por lo tanto la contradicción se ven corrompidas.

Además de ello recordemos que el procesado tanto como la defensa son sujetos procesales, es decir, que la inmediación por parte de la persona procesada es nula o al menos parcial, si se le quiere dar esta connotación a la comparecencia de su sola defensa, aspecto que en opinión de la investigación no se recoge, porque si bien la defensa protege al procesado, no son un solo sujeto y mal pudiera pensarse en una inmediación y contradicción plena sin la comparecencia de todos los sujetos procesales.

Por otro lado la norma nos hace deducir que el momento oportuno para rendirse este anticipo es abierto a las propias necesidades del proceso para su recepción, puesto que el numeral expresa en un primer momento que le juzgador podrá receptor el testimonio anticipado, pero al final nos pone en la posibilidad de que, en cuanto a un nuevo señalamiento de la audiencia de juicio, algún testigo o testigos no puedan comparecer entonces sería ya el tribunal quien lo recepte, y debido a este aspecto es que surge el siguiente análisis. A diferencia del anterior escenario en donde prácticamente es imposible la recepción por parte del tribunal, en este supuesto dependerá de la situación de necesidad de la rendición, en donde, si esta necesidad se sitúa antes del juicio se tomaría por el juez de garantías penales, pero si se sitúa en juicio será receptada por el tribunal.

De las dos posibilidades, podemos concluir que la identidad del juzgador no se cumple en cuanto la necesidad de recepción se situó antes de juicio, puesto que el testimonio se estaría practicando ante el juez de garantías penales pudiendo esta rendición situarse tanto en instrucción fiscal o en etapa de evaluación y preparatoria de juicio, y por ende el ente juzgador es distinto a quien va a realizar la valoración de la prueba en donde al mismo tiempo la concentración y unidad de la prueba se trastocan de idéntica manera que en la rendición en fase pre procesal de investigación previa por no poderse practicar en conjunto con las demás pruebas. En la segunda posibilidad esto ya no sucede, pues la práctica se rinde en juicio en donde la identidad del juzgador y la unidad de la prueba quedan intactas.

Es necesario abordar un aspecto muy importante dentro del proceso penal, y es la notificación de las partes en cuanto a la celebración de un acto procesal a las partes y más aún, a los sujetos procesales. El artículo 575 de la norma penal nos indica las reglas a las cuales se sujeta la notificación en lo cual la primera regla nos dice:

Quando se convoque a la celebración de una audiencia o se adelante un trámite especial, deberá notificarse al menos con setenta y dos horas de anticipación a las partes, testigos, peritos y demás personas que intervendrán en la actuación, salvo en los casos de delitos flagrantes. (Asamblea Nacional, 2015)

La regla es clara y taxativa, en cuanto nos expone que el adelanto de un trámite especial debe notificarse a todas las personas que han de intervenir en el mismo con al menos setenta y dos horas de anticipación. El testimonio anticipado, por ende tendría que ser notificado puesto que se trata justamente de un adelanto especial como lo establece el articulado legal de tal vitalidad que como se observó con anterioridad, es una parte de la audiencia de juicio, lo que nos lleva deducir que la falta de notificación al procesado que es sujeto procesal en cuanto a la rendición del adelanto probatorio, sería como no notificar

al mismo con la convocatoria a audiencia de juicio, aspecto que destruye con no solo el derecho a la defensa del procesado sino el debido proceso como tal.

Este aspecto se tiene en cuenta en el análisis debido a que en la realidad práctica de esta rendición anticipada, se puede observar que no siempre se notifica al procesado, es más un tema en el cual los juzgadores optan por adoptar sus propios criterios, algo peligroso para el sistema penal mínimo no solo por la inobservancia de principios rectores del debido proceso y el derecho a la defensa del procesado sino por causa inseguridad jurídica, que cae en un actuar de discrecionalidad y arbitrariedad de los juzgadores. Podemos observar en el trabajo de Fernando Carpio, que en un muestreo de causas la notificación al procesado en cuanto a la toma del testimonio anticipado se realiza en algunos casos, pero en otros no (ver Tabla 1). Inclusive podemos observar que el abogado defensor de la persona procesada comparece siempre, pero no necesariamente el procesado, aspecto que ya fue analizado previamente.

Tabla 1. Cuadro Comparativo Recepción de Testimonios Anticipado.

<b>DEPENDENCIA</b>	<b>No. PROCESO</b>	<b>DELITO</b>	<b>ABOGADO</b>	<b>PROCESADO</b>	<b>DILIGENCIA</b>	<b>MEDIDA IMPUESTA</b>	<b>NOTIFICA PROCESADO</b>
Juzgado “H” UJP de Cuenca	01283-2019-01660	Art. 144 Homicidio	Si Comparece	No comparece	Instalada	Prisión Preventiva	NO
Juzgado “P” UJP de Cuenca	01283-2018-01208	Art.171 Violación	Si Comparece	Si Comparece	Instalada	Prisión Preventiva	NO
Juzgado “G” UJP de Cuenca	01283-2018-14901G	Art. 186 Estafa	Si Comparece	No Comparece	Instalada	Prisión Preventiva	NO
Juzgado “M” UJP de Cuenca	01283-2019-01171	Art.171 Violación	Si Comparece	Si Comparece	Instalada	Prisión Preventiva	SI
Juzgado “L” UJP de Cuenca	01283-2018-03637	Art. 189 Robo	Si Comparece	No Comparece	Instalada	Prisión Preventiva	NO

Juzgado “C” UJP de Cuenca	01283-2016-04167G	Art. 218 Desatención del Servicio de Salud	Si Comparecen	No Comparecen	Instalada	Prohibición de Salida del País	SI
Tribuna de Garantías Penales de Cuenca	01283-2017-01481	Art. 187 Abuso de Confianza	Si Comparece	No Comparece	Instalada	Presentación Periódica	SI
Juzgado “T” UJP de Cuenca	01283-2017-02337G	Art.171 Violación	Si Comparece	No Comparece	Instalada	Prisión Preventiva	NO
Juzgado “O” UJP de Cuenca	01283-2017-09467G	Art.171 Violación	Si Comparece	Si Comparece	Instalada	Prisión Preventiva	SI
Tribunal de Garantías Penales de Cuenca	01658-2018-00098	Art.171 Violación	Si Comparece	Si Comparece	Instalada	Prisión Preventiva	SI
Juzgado “T” UJP de Cuenca	01283-2016-03067	Art. 170 Abuso Sexual	Si Comparece	No Comparece	Instalada	Prisión Preventiva	NO

Nota: Esta tabla ha sido adaptada de “El Testimonio Anticipado frente a los Principios que rigen la Prueba y los Derechos del Procesado” por J. F. Carpio, 2019, p. 22,23.

Juzgado "N" UJP de Cuenca	01283-2019-00521	Art. 171	Si Comparece	Si Comparece	Instalada	Prisión Preventiva	SI
------------------------------	------------------	----------	--------------	--------------	-----------	-----------------------	----

Finalmente, podemos advertir una posibilidad en la práctica probatoria anticipada dentro de este supuesto, y consiste en una aparente ventaja que pudiera tener la víctima o la parte que acusa, y se evidencia en cuanto a que fiscalía o la defensa particular de la víctima soliciten una práctica anticipada del testimonio, y si esta solicitud resulta positiva, exista la posibilidad de que el procesado no comparezca y así tener una prueba ya actuada y practicada a su favor en la cual el procesado no tuvo la oportunidad de contradecir y defenderse, es más, se le pudiera tomar desde el punto de vista de la defensa particular de la víctima como una “estrategia” procesal que pudiera emplearse. Estrategia esta que, desde luego, se estaría basando en la vulneración de la igualdad de armas en el proceso, impidiendo que el procesado se defiendan e intervenga en dicha práctica.

### **3.3 Derecho a la Defensa de la Persona Procesada frente al Derecho a la Defensa de la Víctima. Conclusiones del análisis.**

Las situaciones fácticas antes analizadas han demarcado la afectación al derecho a la defensa a través de la inobservancia de los principios rectores que cimientan el debido proceso, y sirviéndonos de ello hemos de aclarar porque tiene más relevancia y más fragilidad el derecho a la defensa del procesado antes que al de la víctima como tal, puesto que si bien hay una relación jurídica sustantiva y típica en la cual se materializa el delito, recordemos que la relación jurídico procesal se da aparte de esta, entonces debemos empezar estableciendo que si bien la víctima fue quien sufrió el desmedro y la afectación a bienes jurídicos de manera injusta al momento de cometerse el acto típico ilícito, la relación jurídico procesal es más acentuada y drástica sobre el procesado puesto que como se especificó anteriormente, sobre él recae la acción penal como tal, sobre él recaen los cargos, sobre él ha

de caer la pena condenatoria. Bajo estos supuestos resulta lógico y desde un primer momento que la afectación del derecho a la defensa del procesado, es muy fácil de quebrantar puesto que sobre el recae además los juicios valorativos de la sociedad como tal, y de no contar con una regulación de desarrollo basto, es riesgosa la opinión discrecional que tenga tal o cual operador de justicia. Por otro lado, si bien se pone sobre el tablero aspectos del derecho a la defensa de la víctima como por ejemplo el no re victimizarla, es lógico que hay aspectos de los cuales se debe proteger a la víctima y se crean mecanismos para ello como por ejemplo, la recepción de testimonio en la cámara de gessell, pero al situarnos dentro de esta relación jurídico procesal, pero ello no significa que podemos tratar de aventajar a la víctima o asimismo, poner en desventaja al procesado a través de la inobservancia de principios, pues recordemos que sobre la víctima no recae una acción penal, ni se le han impuesto cargos, y por último, no ha de tener que cumplir una pena, siendo el aspecto más importante aquí el tema del estatus de presunción de inocencia, puesto que le procesado puede ser quien cometió el delito como puede ser que no lo haya cometido.

La víctima dentro del proceso, tiene una protección muy demarcada puesto que, si ya sufrió desmedro dentro del plano sustantivo, en el plano adjetivo casi ni actúa, puesto que el mismo artículo 11 en su primero numeral es clarísimo al expresar que la víctima en todo proceso tiene derecho a “proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer” (Asamblea Nacional, 2015) lo que nos lleva a evidenciar con normativa que la actuación de la víctima a la final resulta ser facultativa, pues la sociedad a través de fiscalía es quien acciona en contra del procesado.

Recordemos además que el maestro Luigi Ferrajoli, propuso dentro de su obra Derecho y Razón Teoría del garantismo penal, la concepción de axiomas jurídicos básicos que ha de regir a cada principio procesal que cimienta el sistema penal mínimo, siendo que el trastocar cualquier axioma y obviamente cualquier principio, es derrumbar por completo el sistema mínimo, esta estructura colapsa porque este andamiaje penal mínimo contempla dichos principios de manera íntimamente relacionada unos con otros, como una cadena o una masa unitaria, tornándolo máximo, cabe recordar que el supuesto de un sistema máximo se plasma en la premisa de que un delito no puede quedar en la impunidad aun a riesgo de que un inocente sea condenado, aspecto que claramente ante un garantismo penal como el que se acoge hoy en día, es netamente inaceptable. (1995).

Es, desde otro punto de vista, discutible en cuanto a la calificación de la víctima del delito en el cual se va a realizar la recepción del testimonio anticipado, pues hay veces en que la naturaleza del delito y dependiendo sobre que víctima recae, haría posible que esta rendición del testimonio anticipado aun sin comparecencia del procesado, sean de lógica admisión, puesto que estaríamos hablando de víctimas vulnerables, es decir, su concepción misma supone un trato especial por la situación de fragilidad que las califica, el ejemplo claro serían los niños, adolescentes y las víctimas de delitos sexuales, para las cuales hasta se ha previsto el testimonio en cámara de gessell, cuestión que no es tema de análisis.

El especial trato hacia estas víctimas vulnerables nosotros podemos encontrarlo en nuestra legislación en la Constitución de la República del Ecuador en el capítulo 3 sección V especialmente refiriéndonos a los menores como niños, niñas y adolescentes como un grupo de atención prioritaria recogido desde el artículo 44 de la carta magna en adelante, esta especial connotación es de lógica y obvia positivización y observancia, pues el menor en general es

una persona en vías de formación y desarrollo, la atención prioritaria es fundamental, pues esto incluso en concordancia con el Principio del interés superior del niño que lo tenemos acogido en el artículo 11 de nuestro Código de la Niñez y adolescencia, tal es así el alcance que la norma siendo clara incluso expresa que en el cumplimiento de los derechos e intereses del niño, niña o adolescente de la forma más adecuada se impondrá ante cualquier funcionario y autoridades públicas, privadas, administrativas e incluso judiciales, dado a que con esta imposición nunca estará fuera de foco la observancia prioritaria y de la mejor manera para los intereses del menor. El segundo inciso del artículo 11 del mencionado código nos dice expresamente “Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.” por ello resulta lógico ya hablando en el tema penal, y más específicamente en un proceso en donde se tenga la necesidad de receptor un testimonio anticipado en donde la víctima sea un menor, la excepción es clara, evidente y además lógica, por la relevancia que tiene el menor en cuanto al ejercicio de derechos y protección de garantías, e incluso para evitar temas de revictimización, que si bien afecta sobre todo a mujeres en lo que serían delitos de índole sexual, es más demarcado aun el daño que produce el trauma de la revictimización en los casos en donde la víctima es menor.

Por otro lado, el fundamento de que la recepción de un testimonio anticipado cuando se trate de una víctima de un delito sexual sea una excepción totalmente lógica y aplicable en cuanto a que se rinda el mismo sin la comparecencia del procesado, se encuentra en la evasión de la revictimización que en la mayoría de casos resulta totalmente en un suceso traumático para la víctima, pues el escenario supondría que la víctima en este caso de un

delito sexual o hasta incluso abusos dentro del núcleo familiar, se tendría que enfrentar cara a cara con el victimario que menoscabo sus bienes jurídicos, lo que supone relacionar al individuo con los sucesos y así revivir el momento del acto en el que se perpetró el delito, y eso causaría más daño aún a la víctima, por lo que inclusive como se ha mencionado previamente, se opta incluso por la rendición de testimonio anticipado en cámara de gessell en donde se aísla a la víctima para evitar cualquier suceso traumático.

Debido a lo expuesto, se ha llegado a la conclusión de acuerdo al análisis realizado en la presente investigación, que en los escenarios planteados en el proyecto, siempre que no intervenga una víctima calificada como el caso de menores o víctimas de delitos sexuales, en cuanto a la rendición de un testimonio anticipado se vulnera el derecho a la defensa del procesado y por ende también el Debido Proceso, puesto que en aquellos casos la naturaleza misma de la relación jurídico procesal no contempla elementos que tornen a la misma en una situación considerada excepción a la normal aplicación de los principio de inmediación, contradicción y a la personal comparecencia del procesado a la rendición del mismo como sujeto procesal.

Cabe advertir que originalmente el trabajo se proyectaba realizar una encuesta a diversos operadores de justicia en materia penal, con la finalidad de recuperar una muestra y observar la opinión de dichos operadores sobre el rendimiento del testimonio anticipado sin la comparecencia del procesado en los casos planteados en la investigación. Aspecto que no fue posible de realizar debido a la realidad desventajosa que ha traído la pandemia por concepto de COVID-19, trayendo como consecuencia una carga judicial excesiva que sufren los operadores de justicia. Sin embargo, la esencia misma de la investigación se mantiene intacta, ya que se ha la ha realizado de acuerdo a los objetivos previstos.

## Referencias:

- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. (11.<sup>a</sup> ed.). Heliasta.
- Rivera, R. (2011). *La Prueba: Un Análisis Racional y Práctico*. Marcial Pons.
- Echandía, H. (1970). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Víctor P. de Zavalía.
- Bentham, J. (1959). *Tratado de las Pruebas Judiciales* (M. Ossorio, trad.). Ejea.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Asamblea Nacional
- Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico Integral Penal*. Asamblea Nacional.
- Asamblea Nacional. (2004). *Código de Procedimiento Penal*. Asamblea Nacional de Colombia.
- Asamblea Nacional de Chile. (2000). *Código procesal penal*. Asamblea Nacional de Chile.
- Gallegos, R. (2019). El Principio de Inmediación y la Actividad Probatoria en la Normativa Procesal Ecuatoriana. *Innova Research Journal*, 4 (2), 120-131.  
<https://doi.org/10.33890/innova.v4.n2.2019.978>
- Meneses, C. (2008). Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil. *Revista Ius Et Praxis*, 14 (2), 43-86.  
<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/download/348/293>

- Blanquez, A. (1975). Diccionario Español-Latino. Ramon Sopena.  
<https://es.pdfdrive.com/download.pdf?id=158227070&h=4a9c4b13acbe86e87c4717ab55aaed1d&u=cache&ext=pdf>
- Martínez, G. (2006). Procedimiento Penal Colombiano. Temis.
- Barrios, B. (2005). El testimonio Penal. Ancón.
- Pérez, E. (2005). La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio. Vadell Hermanos.
- García, R., Pérez, A. y Guevara, A. (2014). El Proceso Penal. Aras.
- Valdivieso, S. (2017). Los Procesos Penales. Los Procedimientos en el Código Orgánico Integral Penal. Carpol.
- Maldonado, D. (2005). Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Editores Portón.
- García, S. (2006). El debido proceso: Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 39 (117), 637-670. <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v39n117/v39n117a2.pdf>
- Zavala J. (2005). Tratado de Derecho Procesal Penal. Edino.
- Chan, N. (2018). Análisis Constitucional, Legal y Convencional del Testimonio Anticipado como Medio de Prueba en la Fase de Investigación Penal Previa. [tesis de maestría no publicada, Universidad Espíritu Santo]. Repositorio Institucional. <http://repositorio.uees.edu.ec/bitstream/123456789/2998/1/NIXON%20GIANCARLO%20CHAN%20ALARCON.pdf>

- Carpio, J. (2019). El Testimonio Anticipado frente a los Principios que rigen la Prueba y los Derechos del Procesado. [tesis de maestría no publicada, Universidad del Azuay]. Repositorio Institucional. <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/9341>
- Fernández, B. (1994). El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Editorial Civitas.
- Valdivieso, S. (2014). Procedimiento Penal. Litigación Penal en el Ecuador. Carpol.
- Hoyos, A. (1998). El Debido Proceso. Temis.
- Echandía, H. (1997). Teoría General del Proceso (2.<sup>a</sup> ed.). Editorial Universidad.
- Agudelo, M. (2004). El Debido Proceso. *OPINIÓN JURÍDICA*, 4 (7), 89-105.  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5238000.pdf>
- Olano, C. (2007). Derecho Constitucional e Instituciones Políticas: Estado Social de Derecho (8.<sup>a</sup> ed.). Marcial Pons.
- Armenta Deu, T. (2012). SISTEMAS PROCESALES PENALES La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?. Marcial Pons.
- Ferrajoli, L. (2001). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Trotta.
- Vázquez, J. (1996). La Defensa Penal (3.<sup>a</sup> ed.). Rubinzal-Culzoni.
- Camargo, P. (2000). El Debido Proceso. Editorial Leyer.
- Martínez, L. P. (2009). Debido proceso, intermediación, derecho de defensa, su observancia en un proceso civil oral. *Revista Iter ad Veritatem*, 7 (7), 85-102.  
<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/547/364>
- Roxin, C. (2008). Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto.

Zabaleta, Y. (2017). La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano. *Rev. CES Derecho.*, 8 (1). 172-190.

<https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/download/4273/2757>

## **ANEXO.**

Preguntas que conforman la encuesta a los Operadores de Justicia.

1. ¿Considera usted que, en la práctica del testimonio anticipado, basta con la comparecencia del Abogado defensor prescindiendo de la comparecencia del procesado?
2. ¿Considera usted que, en la práctica del testimonio anticipado rendido sin la comparecencia del procesado, se afectan los principios de inmediación y contradicción?
3. ¿Considera usted que el Artículo 502 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, respecto al testimonio anticipado, está regulando todas las circunstancias que se pueden presentar a fin de que se proceda con el mismo?
4. ¿Instalaría usted la práctica del testimonio anticipado sin la comparecencia del procesado?
5. ¿En qué casos considera procedente la práctica del testimonio anticipado sin la comparecencia del procesado?
6. ¿Considera usted que la práctica del testimonio anticipado en la fase pre procesal de investigación previa, en los casos en los que aún no hay un sospechoso del cometimiento del presunto delito, viola los principios de inmediación y contradicción?
7. ¿Considera estrictamente necesaria la notificación a la persona procesada de la rendición o practica anticipada del testimonio?