

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TEMA:

El testimonio anticipado como medio de prueba en los procesos penales.

AUTOR:

Abg. Francisco Fernando Flores Barragán

TUTOR:

Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez M.SC.

GUAYAQUIL, ECUADOR

2022



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Abogado Francisco Fernando Flores Barragán**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**.

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez

REVISOR

Dra. Nuria Pérez y Puir – Mig

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Miguel Hernández Terán

Guayaquil, a los 08 días del mes de septiembre de 2022



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Francisco Fernando Flores Barragán

DECLARO QUE:

El Proyecto de Investigación **El testimonio anticipado como medio de prueba en los procesos penales** previa a la obtención del **Grado Académico de Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal IV**, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 08 días del mes de septiembre de 2022

EL AUTOR:

Abg. Francisco Fernando Flores Barragán



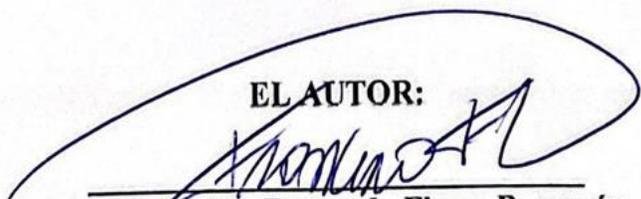
**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Francisco Fernando Flores Barragán

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, **la publicación** en la biblioteca de la institución del Proyecto de Investigación, previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal, titulada: **El testimonio anticipado como medio de prueba en los procesos penales** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 08 días del mes de septiembre de 2022

EL AUTOR:

Abg. Francisco Fernando Flores Barragán



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

INFORME DE URKUND

URKUND

Documento	FINAL 26 junio 2022 DESARROLLO TRABAJO TITULACION AB. FRANCISCO FLORES.docx (D143368793)
Presentado	2022-08-29 14:28 (-05:00)
Presentado por	andres.obando@cu.ucsg.edu.ec
Recibido	miguel.hernandez.ucsg@analysis.orkund.com
Mensaje	Mostrar el mensaje completo 2% de estas 65 páginas, se componen de texto presente en 11 fuentes.

Navigation icons: [Bar Chart] [Zoom] [Quote] [Share] [Up] [Left] [Right]

AGRADECIMIENTO

Expreso mi agradecimiento a Dios, quien a lo largo de mi vida me ha concedido muchas bendiciones y quien con su guía espiritual me ha permitido alcanzar muchas metas, entre ellas la culminación de un nuevo grado académico como Magíster en Derecho con mención en Derecho Procesal. Por lo tanto, a él dirijo mi agradecimiento y mi satisfacción por tan importante logro en el ámbito académico, el cual será un valioso aporte para mi desarrollo profesional.

Agradezco a mis padres por su amor, dedicación y enseñanza de principios y valores que forman parte de mi ética y mi moral para ayudar a edificar espacios de una sociedad más justa como uno de los fines propios que persigue el derecho. También agradezco a mis hermanos con quienes he compartido este trayecto y en han sido mis compañeros y mi fiel soporte ánimo y emocional ante los retos que plantea tanto la carrera como la profesión.

A mi esposa e hijos, por ser mi inspiración de lucha y dedicación constante para superarme en el día a día.

A mis docentes de la maestría, por sus enseñanzas y guía, no solo en lo pedagógico, sino en lo profesional y en lo humano.

Abg. Francisco Fernando Flores Barragán

DEDICATORIA

La consecución de este logro académico en primer lugar está dedicada para Dios, por haberme guiado y provisto de todo lo necesario para emprender este camino del estudio del derecho con el afán de adquirir conocimientos y virtudes en beneficio de la sociedad.

Este mérito académico también se lo dedico con mucho amor a mis padres, puesto que ellos han establecido los pilares de mi formación como ser humano y profesional.

A mis hermanos, por estar presentes en todo instante sin dudar en prestarme su apoyo en todo momento cuando lo he requerido.

A mi esposa e hijos, por darme alegría cada día de mi vida, lo cual me da las fuerzas para seguir adelante en todos mis deberes y objetivos a nivel humano y profesional.

Abg. Francisco Fernando Flores Barragán

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN	ii
DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD	iii
AUTORIZACIÓN	iv
INFORME DE URKUND	v
AGRADECIMIENTO	vi
DEDICATORIA	vii
ÍNDICE	viii
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
Introducción	1
Capítulo teórico	12
El proceso judicial	12
El proceso penal	15
El rol de las pruebas dentro del proceso penal	18
Los medios probatorios	21
El nexos causal	28
La prueba anticipada: los fines que se propone dentro del proceso penal	30
Los principios procesales como parte de las garantías del debido proceso en materia penal y su relación con la prueba anticipada	35
Principio de contradicción	36
Principio de inmediación	39
Principio de oportunidad	41
Principio de oralidad	44
Referentes empíricos	47
Capítulo Metodológico y de resultados	53
Metodología	53
Alcance de la investigación	55
Exploratorio	55
Descriptivo	56
Explicativo	56
Métodos	56

Métodos teóricos	58
Métodos empíricos	59
Cuadro de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis (CDIU)	59
Criterios éticos de la investigación	62
Resultados de normas jurídicas	62
Constitución de la República del Ecuador	63
Código Orgánico General de Procesos	66
Código Orgánico Integral Penal	68
Constitución Política de Colombia	71
Código General de Procesos de Colombia	71
Código de Procedimientos Penales de Perú	72
Resultados de entrevistas	73
Análisis de casos	77
Caso 1	77
Caso 2	81
Capítulo de discusión	84
Capítulo de propuesta	91
Impacto social	91
Impacto jurídico	92
Características	94
Desarrollo de la propuesta	95
Conclusiones	97
Recomendaciones	100
Bibliografía	102

RESUMEN

En esta investigación se presenta como problema vinculado con el desarrollo de los medios probatorios dentro del proceso penal al nivel de especificidad, claridad y la necesidad de determinar parámetros de obligatoriedad y de determinación propia de en qué tipo de procesos penales de acuerdo con el tipo de delitos se pueda practicar el testimonio anticipado. Por lo tanto, requiere de una mejor reglamentación dentro del texto del COIP, de tal manera que se pueda proteger de forma más adecuada la integridad y el aporte de víctimas y testigos de ciertos delitos para así lograr una mayor aproximación al elemento de la verdad histórica. En consecuencia, el objetivo general que se traza esta investigación se sustenta en reformar el COIP de modo tal que existan parámetros, condiciones y procedimientos mejor establecidos y desarrollados para practicar el testimonio anticipado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. De tal manera, que se ha realizado una investigación que dentro de su metodología ha aplicado la modalidad cualitativa donde se presenta un aporte significativo de criterios de doctrina, de normas jurídicas de derecho comparado, así como de los estudios de casos y la consulta a expertos, siendo estas dos últimas técnicas verdaderos instrumentos que logran demostrar la realidad de la problemática, pero que al mismo tiempo ofrecen argumentos para solucionar el problema. Los resultados correspondientes permiten constatar que la propuesta es factible y que el testimonio anticipado debidamente reglamentado contribuiría muy eficazmente al acceso a la verdad histórica, al mismo tiempo que respetar al debido proceso.

Palabras claves:

Testigo, Testimonio anticipado, Verdad histórica, Víctima

ABSTRACT

In this investigation, it is presented as a problem related to the development of the evidentiary means within the criminal process at the level of specificity, clarity and the need to determine mandatory parameters and self-determination of what type of criminal proceedings according to the type of crimes, early testimony can be practiced. Therefore, it requires better regulation within the text of the COIP, in such a way that the integrity and contribution of victims and witnesses of certain crimes can be more adequately protected in order to achieve a greater approximation to the element of historical truth. . Consequently, the general objective of this research is based on reforming the COIP in such a way that there are better established and developed parameters, conditions and procedures to practice early testimony within the Ecuadorian legal system. In such a way, that an investigation has been carried out that within its methodology has applied the qualitative modality where a significant contribution of doctrinal criteria, legal norms of comparative law, as well as case studies and consultation with experts is presented. , being these last two techniques true instruments that manage to demonstrate the reality of the problem, but at the same time offer arguments to solve the problem. The corresponding results allow us to verify that the proposal is feasible and that duly regulated early testimony would contribute very effectively to access to historical truth, while respecting due process.

Keywords:

Witness, Early testimony, Historical truth, Victim.

Introducción

El *objeto de estudio* de la presente investigación está constituido por el testimonio anticipado, el cual representa una forma de garantizar el hecho de contar con la narrativa o relato de la víctima en relación con la descripción de los sucesos en que se produjo un atentado contra sus bienes jurídicos reconocidos por el derecho penal, lo cual amerita el impulso de una acción penal donde se investigue y se determine si en realidad existen presunciones debidamente fundamentadas para llamar a juicio y tratar de demostrar tanto la materialidad de la infracción como el elemento de responsabilidad penal, de modo tal, que se impondrá la sanción respectiva al infractor de la norma penal y del bien jurídico protegido de acuerdo con los presupuestos de los verbos rectores que definen las conductas punibles en la mencionada normativa.

De esa manera, se debe reconocer que el testimonio anticipado como un medio o elemento de carácter primordial y esencial para tratar de descubrir la verdad histórica. Es decir, que se pretende reconocer la verdad ligada a los hechos que en realidad se suscitaron al momento en que se cometió un delito. De tal manera, se trata de aprovechar que la víctima de un delito cuenta con el conocimiento reciente de los hechos para que estos sean presentados ante un juez de garantías penales, lo que debería ocurrir con el propósito de evitar que se desvanezcan ciertos indicios o que la víctima pueda olvidar detalles importantes con el transcurso del tiempo y por las secuelas emocionales y psicológicas que la impulsan a tratar de olvidar los eventos o sucesos traumáticos que vivió al momento en que se produjo un delito que se atentara en su contra.

En consecuencia, el testimonio anticipado se lo puede reconocer y entender como una práctica procesal de carácter urgente y necesaria, la que se debe practicar en aquellos

delitos y circunstancias de delitos graves en los que existan severas conmociones a nivel físico y emocional para las víctimas. Por consiguiente, el testimonio anticipado lo que pretendería en realidad es por una parte tratar de asegurar la autenticidad en el mayor grado que resulte posible en lo concerniente a la verdad procesal; mientras que por otra parte se trata de evitar que la víctima tenga que posteriormente rendir nuevas declaraciones o testimonios reproduciendo o recordando nuevamente los hechos relacionados con el ultraje a su integridad y a otros bienes jurídicos subjetivos que tendrían una protección especial por parte del derecho penal, es decir, se busca evitar la revictimización.

En tanto que, el *campo de estudio* está representado por los procesos penales, siendo estos las instancias en las que se denuncia, se investiga, se analizan los hechos y las posturas, y se resuelve sobre la situación jurídica de una persona sobre la que recae una acusación o imputación de la comisión de un delito, lo que desemboca en la ratificación del estado de inocencia o en la determinación de la existencia del elemento de responsabilidad penal, lo que tiene por consecuencia la imposición de una pena privativa de libertad, además de sanciones pecuniarias y restricciones de otros derechos conforme el marco normativo penal vigente, en este caso dentro de la realidad jurídica del Estado ecuatoriano.

En relación con lo precisado en las líneas precedentes, se debe reconocer que el proceso penal; como cualquier otro proceso a sustanciar y resolver dentro de las respectivas jurisdicciones del sistema de justicia, en gran medida depende del acervo probatorio presentado por parte de los sujetos procesales, de forma tal que se pueda apreciar una demostración próxima a los hechos que forman parte de esa realidad o verdad procesal, para mediante el aporte de los elementos de prueba los jueces de garantías penales cuenten

con elementos suficientes y determinantes que contribuyan justifiquen y motiven sus sentencias o resoluciones para administrar justicia.

Al referirse a los procesos penales, en efecto, se debe considerar a su vez, que estos tienen entre sus particularidades esenciales una mayor carga de disposiciones garantistas que tienen por objetivos no vulnerar los derechos tanto a nivel procesal como a nivel fundamental de las partes procesales que están congregadas dentro de una o más instancias procesales para dirimir un conflicto ante las normas penales. En este caso, estas garantías principalmente se relacionan con la tutela judicial efectiva y el debido proceso, garantías que deben tenerse muy en cuenta puesto que dentro de todo proceso penal están en juego decisiones que podrían de alguna u otra manera a afectar derechos constitucionales en el caso que estas no se cumplan de forma integral.

En términos concretos, en los procesos penales se pueden ver afectados por parte de la persona procesada derechos tales como: la libertad, así como otros derechos de carácter civil y político, esencialmente se trata de derechos económicos, laborales, el derecho al honor, entre otros. En tanto que, respecto de la víctima, no solo se trata de considerar el bien jurídico afectado, sino que también existen aspectos emocionales y psicológicos, además de aspectos pecuniarios y otros aspectos que puedan manifestarse dentro de campos tanto, objetivos, así como subjetivos ligados con la reparación integral.

A lo anteriormente, mencionado, se debe considerar también el hecho que de las afectaciones de los mencionados sujetos procesales descritas en las líneas precedentes, en cuestión pueden darse lugar precisamente por descuidarse de garantías procesales y constitucionales necesarias e imprescindibles, por lo que cobran mayor importancia o relevancia la satisfacción de las garantías de la tutela judicial efectiva, así como del debido

proceso. Es así, que a través de estos argumentos se puede establecer una relación entre el objeto y campo de estudio que se presentan y se desarrollan en la presente investigación.

En relación con la delimitación del *problema científico*, se debe establecer que el testimonio anticipado dentro de la realidad procesal ecuatoriana presenta algunas conjeturas o diatribas que requieren ser resueltas a través de mecanismos normativos incorporados dentro de la legislación penal del país. Puntualmente, se tratará de precisar un enfoque investigativo que determine dos situaciones o problemas concretos y puntuales que afectan al objeto de la presente investigación.

Primero, se menciona como parte del problema el hecho que se pretende destacar como parte de este fenómeno que caracteriza a este estudio, el mismo que aborda y que trata de solucionar esta investigación, por cuanto corresponde a la realidad procesal actual que a nivel del Código Orgánico Integral Penal (COIP) determina o establece que el testimonio anticipado es una figura y una diligencia con carácter procesal que se aplica de forma facultativa o discrecional. Es decir, que el testimonio anticipado de la víctima no contaría con un consenso y a su vez con una disposición mandatoria o vinculante dentro del mencionado Código para que se practique de forma expedita en aquellos delitos de suma gravedad.

Entre algunos ejemplos o casos donde se debería practicar el testimonio anticipado con el mencionado carácter imperativo u obligatorio, debería ser cuando se haya cometido en delitos contra la vida, en delitos contra la integridad sexual, en delitos contra violencia intrafamiliar, entre otros. Resulta indispensable el destacar que a la práctica de este testimonio se le debe prestar especial atención cuando se trate de víctimas que estén comprometidas en cuanto a su bienestar cuando ellas se encuentren en graves situaciones

de vulnerabilidad. Lo mencionado, requeriría ser cumplido en casos puntuales en que estas víctimas están comprendidas por niñas, niños y adolescentes, adultos mayores, mujeres embarazadas, personas que padezcan de discapacidad o enfermedades catastróficas, más aun cuando se encuentren en situación de doble vulnerabilidad como parte especial de esta prerrogativa de favorabilidad en la tutela de derechos de las personas que forman parte de los grupos de atención prioritaria como lo determina la Constitución de la República del Ecuador (CRE).

Como *segundo elemento constitutivo del problema*, se debe reconocer o advertir que la práctica del testimonio anticipado acarrearía la crítica y la resistencia de algunos sectores de la comunidad jurídica ecuatoriana, puesto que bien se trate de jueces de garantías penales (se incluyen jueces de tribunales de garantías penales), fiscales, defensores públicos y privados (posibles mayores opositores a la aplicación de esta figura o mecanismo), académicos de las ciencias del derecho penal, en fin de diversas personas que estén vinculadas con la actividad procesal penal, expondrían como argumento de resistencia, crítica o rechazo a la práctica del testimonio anticipado al hecho de que no se estaría litigando en igualdad de condiciones procesales, por lo que se estaría otorgando un trato preferencial a la víctima por sobre las garantías del debido proceso que también asisten a la personas procesada.

Por lo tanto, al considerarse lo antes mencionado, debe entenderse que el testimonio anticipado tiene fines o propósitos dotados de intenciones muy positivas en aras de asegurar la verdad histórica, pero que tienen como contrapeso los vacíos normativos de las leyes procesales ecuatorianas a nivel penal, además de la posible oposición a la observancia de los principios procesales de la inmediación, la contradicción y la igualdad de armas que

están relacionados con las garantías del debido proceso y con el principio de la seguridad jurídica aplicables al proceso penal.

En consecuencia, al observar las dimensiones y los indicadores que constituyen a este problema que presenta la investigación, se requiere contar con los suficientes soportes teóricos, normativos tanto a nivel nacional como de derecho comparado o derecho internacional, así como jurisprudenciales acordes con la realidad procesal ecuatoriana que contribuyan como argumentos sólidos que permitan elaborar o diseñar una propuesta para establecer condiciones y reglas claras para la aplicación del testimonio anticipado dentro de los procesos penales, de forma tal que pudiera generar mayor aceptación o presentarse como una figura de aplicación más lógica dentro del ordenamiento jurídico penal del país.

Justamente, lo antes manifestado permite identificar que una de las razones por las cuales se presenta este problema del que se trata en esta investigación, tiene que ver con la falta de normatividad y de reglas claras dentro de la legislación penal lo que desemboca evidentemente en el desconocimiento sobre la forma real de cómo se lleva a cabo esta diligencia con carácter previo, y tal desconocimiento lleva a las objeciones antes mencionadas, en especial a nivel de los operadores de justicia en relación al deber que tendrían respecto de su ágil y oportuna aplicación para evitar la revictimización de la víctima y en con miras a asegurar la verdad histórica, sin que esto signifique contravención o vulneración alguna de las garantías del debido proceso.

Por consiguiente, dentro de los argumentos expuestos para la descripción y planteamientos del problema de esta investigación, no se puede obviar o ignorar el hecho que uno de los males o padecimientos más graves del que adolece el sistema penal ecuatoriano y las corrientes que estudian el derecho penal dentro del país desde una

perspectiva garantista, tiene en cuestión que ver con el hecho de exponer o desarrollar posturas completamente cerradas a la transformación o cambios de ciertas realidades procesales donde se pueden introducir cambios o reformas que no atenten contra la tutela judicial efectiva, ni contra el debido proceso ni la seguridad jurídica.

Es por dicha razón, que cuando se trata de aplicar ciertas acciones o medidas garantistas, suelen presentarse confusiones sobre lo que representa el debido proceso y sobre qué derechos o garantías se pueden ver afectados si dentro del proceso penal se actúa de determinada manera. Por lo tanto, esta confusión se ve sistematizada o caracterizada en cuanto al hecho que la práctica del testimonio anticipado atentaría esencialmente contra los principios de contradicción y de igualdad de armas, lo cual está por muy lejos de la verdad, por cuanto la víctima puede rendir este testimonio dado que la CRE garantiza la no revictimización, además que se trata de delitos puntuales de suma gravedad donde puede existir mayores situaciones de vulnerabilidad, no solo por el hecho de haberse cometido un delito grave en contra de su integridad, sino que existen grupos de personas que pueden tener mayor grado de vulnerabilidad no solo por el delito, sino condiciones a nivel personal que los ubican dentro de los grupos de atención prioritaria, lo cual está contemplado por la propia Constitución.

En tal caso, entonces, dentro de la observación y análisis de este problema, se debe destacar el hecho que las posturas que han incidido en la falta de tipificación en cuanto a la reglamentación en términos más adecuados y específicos para la imperatividad de la práctica del testimonio anticipado no se pueden desligar de los argumentos de la revictimización de las víctimas, así como de las condiciones de vulnerabilidad y de la búsqueda efectiva de la verdad procesal. Por lo tanto, el problema de esta investigación

tendría una posible explicación dado el hecho de haberse ignorado estos argumentos y situaciones por las que debería estar normado el testimonio anticipado dentro del proceso penal de conformidad con los presupuestos y argumentos antes señalados.

Por los motivos antes indicados, resulta necesario que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano tanto desde los sectores de la legislatura en materia penal, así como del sistema de justicia y a nivel de la academia vinculada al estudio del garantismo penal se genere un cambio de enfoque y se eliminen estigmas o prejuicios, así como se derriben paradigmas y creencias equívocas sobre el hecho que el testimonio anticipado dentro de los procesos penales vaya a representar un favoritismo o una medida parcializada en favor de la víctima y en detrimento de las garantías de la tutela judicial efectiva, del debido proceso y la seguridad jurídica de las que también debe estar asistida y amparada la persona procesada.

Al cambiarse desde una postura normativa que introduzca las reformas pertinentes a nivel de la legislación penal ecuatoriana, entonces se estará comprendiendo y materializando la verdadera naturaleza del testimonio anticipado, tanto en cuanto a la aproximación oportuna de la verdad procesal y de evitar la revictimización, lo que cobra mayor importancia cuando se trata de delitos de graves repercusiones para la víctima, así como en cuanto generen alarma social y las víctimas sean personas que por su condición se encuentren en situaciones de especial vulnerabilidad. Es así, que este problema como ha sido explicado a lo largo de estas líneas tiene un gran alcance y muestra amplias y justificadas razones por las cuales es abordado en la presente investigación, lo que a su vez precisa de soluciones que estarán detalladas en posterior respecto a la propuesta que se presentará como parte del desarrollo de este estudio.

En virtud de todo lo expuesto hasta el momento en relación con el problema de la investigación, es necesario plantearse la pregunta que direcciona su desarrollo, por lo tanto, se presenta la siguiente interrogante:

¿Por qué se debe establecer a nivel del COIP la reglamentación en términos de especificidad de casos en que debe ser obligatoria la práctica del testimonio anticipado dentro de los procesos penales?

Al presentarse la *premisa de la investigación*, se debe indicar que el testimonio anticipado tiene por finalidad el asegurar de forma oportuna la descripción más próxima en términos de la verdad histórica y de carácter procesal en relación a delitos que a su vez por la magnitud del daño que le infieren a la víctima, presentan la característica o atributo de ser delitos graves, por lo que adicionalmente este tipo de testimonio pretende evitar en posterior la revictimización de las víctimas no solo por el hecho de haber sufrido una ofensa derivada del hecho punible, sino que también por tratarse de víctimas posiblemente más susceptibles por situaciones de vulnerabilidad.

En tal caso, lo antes mencionado respecto de la premisa se evidencia que la situación descrita en cuanto a la problemática y sus respectivas incidencias que se derivan de ella son parte de la realidad que requiere ser modificada dentro del sistema procesal del país, por lo que existe una solución viable como se intenta explicar y demostrar a lo largo del desarrollo de esta investigación. En tal contexto, la premisa está plenamente justificado por cuanto existen fundamentos para la solución del problema respecto de las manifestaciones que tiene el mismo de la relación existente entre el campo y objetos de la investigación ya explicados previamente.

Respecto del planteamiento de los objetivos de la investigación se establece como *objetivo general* elaborar una propuesta de reforma a nivel del COIP para establecer las reglas y las circunstancias en que se debe practicar el testimonio anticipado de forma obligatoria dentro de los procesos penales en el Ecuador. En cuanto a los *objetivos específicos*, estos consisten en el desarrollo de las siguientes tareas: 1. Describir los fundamentos teóricos del testimonio anticipado y su relación con los procesos penales y su aporte para la verdad histórica, la no revictimización y las garantías del debido proceso. 2. Comparar la práctica del testimonio anticipado a nivel de la legislación procesal penal internacional. 3. Analizar casos prácticos o jurisprudencia penal en donde existan casos de aplicación y de omisión de la práctica del testimonio anticipado dentro de procesos penales. 4. Realizar un diagnóstico del resultado de las entrevistas de los profesionales del derecho penal consultados sobre la situación jurídica del testimonio anticipado en el Ecuador.

En lo concerniente a los *métodos de la investigación* se han utilizado métodos de carácter teórico y de carácter empírico. En lo que se refiere a los *métodos teóricos*, estos métodos sirven para realizar un estudio y argumentación de la doctrina que contiene los fundamentos que permitan descubrir y comprender el objeto y campo de estudio, así como de otros elementos relacionados con ellos.

En lo concerniente a los *métodos empíricos*, estos se caracterizan por el desarrollo de técnicas de recolección de datos donde participan personas que a través de las técnicas como la entrevista se recaba información relacionada con sus experiencias y criterios en relación con el tema propuesto. Del mismo modo concurre la validación de la propuesta que parte de la observación de la misma por parte de un experto en derecho procesal penal que analice la lógica, viabilidad pertinencia y utilidad de la propuesta. A esto se suma la

revisión de casos prácticos que representan el insumo probatorio que acredite la validez del problema y los efectos que causa dentro del ordenamiento jurídico.

En alusión con la *novedad de la investigación*, esta investigación presenta como principal elemento al hecho de incorporar una propuesta de reforma al COIP para establecer reglas específicas donde se determine en qué casos debe ser obligatoria la práctica del testimonio anticipado dentro de los procesos penales en el Ecuador. Además, dicha propuesta de reforma deberá establecer de qué forma se deberá llevar en la práctica el desarrollo de este testimonio.

En consecuencia, esta investigación y su propuesta buscan destacarse por el hecho de afianzar de forma más utilitaria y eficaz la búsqueda de la verdad histórica, el evitar la no revictimización, en especial de víctimas en mayores situaciones de vulnerabilidad en relación con el delito, así como preservar el cumplimiento íntegro de los principios procesales a nivel penal y en su relación con las garantías de la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica.

Capítulo teórico

Este capítulo presenta el desarrollo de algunas precisiones teóricas que permiten comprender las características y el rol procesal que cumplen los medios probatorios dentro del proceso penal, además de precisar cuál es la relación que se puede formar con ellos a través de la práctica del testimonio anticipado con el fin de garantizar la verdad procesal o la denominada verdad histórica. En efecto, la verdad histórica contribuye a garantizar la tutela de la víctima dentro del proceso penal, lo cual tampoco implica ubicar a la persona procesada en situación de desventaja, puesto que cuenta con la oportunidad procesal de replicar lo manifestado tanto en el testimonio anticipado, así como a los otros medios probatorios puesto que existe su oportunidad procesal para ejercer el derecho a la defensa.

Dicho lo anterior, en este punto de la investigación, se observará a la luz de la doctrina como confluyen los fines procesales, los medios probatorios dentro del proceso penal, el testimonio anticipado, los derechos de las partes procesales y el debido proceso, para de esa manera evidenciar que el testimonio anticipado es parte del garantismo y que debe ser aplicado con una mayor consideración por parte del sistema de justicia. Además, que se podría fundamentar que su aplicación no contravendría ni atentaría contra las garantías del debido proceso.

El proceso judicial

Al analizar la postura de Fiorenza (2019), se reconoce que un proceso judicial implica una serie de actos donde se formulan peticiones, solicitudes, acusaciones o declaraciones sobre hechos donde se exige a terceros el cumplimiento de una obligación, la vulneración de un derecho o la aceptación de una situación jurídica. Por lo tanto, esta exposición de hechos, motivaciones y pretensiones debe llevarse a cabo con sustento en

derecho en virtud de lo que reconozcan ciertas normas y principios, lo cual debe ser conocido y resuelto por un órgano judicial competente o facultado en virtud del asunto o materia, el que deberá seguir determinados procedimientos previstos en las normas jurídicas.

Un proceso judicial implica una actividad secuencial regulada por las normas de derecho, por lo tanto, los intereses de las partes no pueden ser planteados según su criterio, sino que todo planteamiento debe apearse a las reglas procesales para garantizar la tutela efectiva y la seguridad jurídica como elementos trascendentales que se encuentran ligados o vinculados con el debido proceso. Sin embargo, cabe acotar que si bien es cierto las partes o sujetos procesales deben cumplir con las reglas y los principios procesales que habrán de direccionar el camino a seguir de una causa, no se puede excusar ni desconocer el respeto y observancia de la tutela de derechos fundamentales que no se pueden sacrificar o ver afectados por formalidades procesales. Dicho de otro modo, la actividad judicial debe mantener un equilibrio o armonía entre el respeto a las reglas procesales y al mismo tiempo que el curso de una causa no afecte derechos fundamentales como parte de la dirección propia de toda actividad procesal.

De su parte, Pastor (2019), indicó que un proceso no es otra cosa, sino que una secuencia de actos o diligencias que parten de un petitorio, acusación o declaración de derechos donde se exige que otro cumpla con la prestación de algo exigible. Por consiguiente, de obtener la razón por los méritos procesales pertinentes, el peticionante podrá asistido en derecho, el llevar a cabo el accionar el aparato judicial para que se satisfaga su petición o la reivindicación de un derecho desconocido o vulnerado en virtud de la tutela del sistema de justicia.

Al analizar la concepción planteada líneas arriba, la secuencia procesal supone el deber de cumplir con el impulso de las partes procesales para tratar de identificar las razones del conflicto y resolver de acuerdo con las prerrogativas del derecho aquellos conflictos donde se aprecie tanto el incumplimiento o quebrantamiento de una norma, así como las peticiones sobre obligaciones o deberes que puedan existir pendientes entre las partes. Por tal razón, todo proceso judicial debe atender estos fines propios del sistema de justicia a través de principios y procedimientos previstos y regulados por las normas procesales, de forma tal que han sido legisladas de acuerdo con los requerimientos propios que permitan el cumplimiento de la actividad procesal y la resolución de los puntos controvertidos o en conflicto.

Al apreciar y analizar la postura de Toledo (2017), un proceso representa un escenario de discusión técnica de hechos, de normas, de principios y de intereses controvertidos, lo que deberá ser resuelto considerando ciertas garantías fundamentales que demuestren o acrediten igualdad entre los sujetos procesales, conocimientos de los hechos, las normas y los principios por parte de los funcionarios judiciales, y de la justificación de las decisiones donde se establezcan los fallos en atención a garantías que de forma equilibrada y lógica respondan a la razón procesal y al cumplimiento de garantías que por su fin y esencia son inobjetables e insoslayables.

Entre otras concepciones, se debe reconocer que la doctrina sugiere que los procesos dentro del sistema de justicia representan un espacio de discusión o debate jurídico acerca de la veracidad de ciertos hechos y de su relación con las pretensiones sobre la reclamación de ciertos derechos que demandan ser tutelados o protegidos por el aparato judicial. Entonces, como bien se puede reconocer, todo debate o discusión debe regirse por reglas

previas, claras y congruentes, de lo que se encarga el derecho de manera tal que se practiquen los métodos jurídicamente idóneos para resolver el conflicto, tanto de acuerdo con las premisas aceptadas por la comunidad jurídica dentro de los procedimientos determinados en las leyes, al mismo tiempo que deben estar relacionados o vinculados con las disposiciones garantistas que certifican la validez y la legitimidad procesal en términos auténticos de justicia.

El proceso penal

Según la reflexión crítica de López (2017), el proceso penal es toda acción que puede ser impulsada de forma pública o privada, o que siendo pública puede realizarse a petición de parte u oficio, para investigar hechos que se consideran como delitos por haberse atentado contra bienes jurídicos protegidos por del derecho penal, donde se llevan a cabo investigaciones actos procesales donde se busque la verdad de los hechos, y a través de esa verdad o conocimiento de ciertos acontecimientos, se determine la de un delito, la identificación de la responsabilidad material probada del infractor y la sanción respectiva, salvo el caso contrario; establecer que no existe delito ni daño, o que no se ha verificado la responsabilidad del procesado, por lo que se ratifica su situación jurídica o estatus de persona inocente.

En lo concerniente al proceso penal, este se puede llevar a cabo a través de acciones públicas o privadas, siendo que las acciones públicas pueden ser impulsadas por el propio ministerio o ente fiscal como representante de las víctimas como titulares de la acción penal, como puede a su vez la acción penal estar impulsada por representación particular y petición de la propia persona ofendida para que el ente fiscal promueva las investigaciones

y de darse el caso la acusación de quien haya vulnerado bienes jurídicos de la víctima que cuenten con la protección del derecho penal.

En tanto que, una acción penal privada, puede presentarse en aquellos casos que una conducta genere un daño a un bien jurídico protegido por el derecho penal, pero que no esté comprendido dentro de un ámbito de ofensa a la sociedad, sino únicamente de intereses particulares o derechos subjetivos, pero que por el factor de dolo y daño dan lugar a que se pueda iniciar un proceso penal dentro de las jurisdicciones respectivas previstas por las normas procesales.

En tal contexto, el proceso penal infiere una actividad investigativa, probatoria y argumental para determinar la existencia de un delito, la responsabilidad y la pena o castigo de quien sea determinado como responsable de acuerdo con un juicio penal llevado a cabo por los órganos de justicia penal. En tal sentido, existe la investigación y el factor de acusación por parte de la Fiscalía en caso de considerarse la existencia de elementos de cargo, y la sustanciación o resolución de parte de juzgados y tribunales de garantías penales que deberán resolver de acuerdo con lo aportado en el proceso tanto por la Fiscalía y/o el acusador particular en representación de los derechos de la víctima.

La revisión doctrinal realizada a través de lo desarrollado por Armenta (2017), determinó que el proceso penal implica una controversia que debe ser conocida por una jurisdicción, cuya jurisdicción y competencia a nivel penal observa hechos para calificar conductas, en las que si se consideran a lo largo de las investigaciones y de un eventual juicio que existe responsabilidad penal, entonces se deberán aplicar las penas y disponer los medios de reparación integral que estén previstos por las normas penales. En tal caso, el

proceso penal implica la búsqueda de la verdad para administrar justicia dentro del contexto de la investigación de los delitos.

De conformidad con lo acotado en las líneas precedentes, el proceso penal entraña una cuestión de controversia que se liga al conocimiento de una judicatura en virtud de su competencia, dado que la calificación de los hechos jurídicos representa un factor trascendental, para tratar de determinar con el mayor grado de precisión y convicción posible qué tipo de conducta punible se está tratando de juzgar y/o condenar, para que según los casos se pueda determinar o desvirtuar el elemento de responsabilidad penal y de los daños como parte de los elementos característicos propios de los delitos.

Según los apuntes de Caro (2017), el proceso penal implica el llevar a cabo una serie de investigaciones, escucha de versiones, recopilación de documentos, desarrollo de pericias, instalar audiencias, escuchar y evaluar argumentos, en fin, toda una secuencia de actos encaminados a saber si los hechos denunciados son parte de la comisión del delito, además de calificar los impactos que tienen para la víctima y la sociedad, o en su defecto desvirtuar la culpabilidad de quien se presume tiene la calidad de responsable. No obstante, este proceso debe llevarse a cabo a través de los procedimientos establecidos en la ley de conformidad con las garantías procesales, constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos que deben ser cumplidos por el sistema de justicia para resguardar los derechos fundamentales de las partes que concurren dentro del proceso penal.

Por parte del mencionado autor, la labor investigativa del proceso penal conlleva una serie de diversos actos procesales los cuales se estima son necesarios e indispensables según cada caso exija para tratar de descubrir el elemento de la verdad histórica para poder

determinar si existe responsabilidad y culpabilidad sobre quien recae la acusación y la investigación en virtud de la existencia o noticia del delito. No obstante, esta actividad no se debe sustentar únicamente en la cuestión meramente procesal, puesto que el derecho procesal contemporáneo se encuentra vinculado de forma más estrecha y cercana con el garantismo, para así evitar las arbitrariedades e irregularidades que pudieran presentarse en el sistema de justicia en cuanto al conocimiento y sustanciación de procesos sobre ciertos eventos delictivos.

El rol de las pruebas dentro del proceso penal

Las pruebas dentro del proceso penal, de conformidad con lo precisado por Zetien (2017), contribuyen a la observación de los hechos y de ciertos elementos que pudieron haber sido parte de la comisión de un delito, tanto para probar una actitud o conducta, así como una acción u omisión para verificar el resultado y el daño que se ha perpetrado contra los bienes jurídicos de una persona o de algún elemento (seres animales, personas jurídicas, naturaleza), de tal suerte que se reconozcan a la infracción penal, a la víctima y el daño recibido, al infractor o agresor y su grado de participación, para que a través de los elementos y hechos demostrados que concurran entre sí, establecer una sanción de acuerdo con la gravedad de la falta. Sin embargo, si las pruebas no logran relacionar todos estos elementos entre sí, a criterio del juzgador se podrá ratificar el estado de inocencia de la persona que está siendo acusada y procesada.

Las pruebas indiscutiblemente son el elemento trascendental e imprescindible que se requiere para decidir sobre los hechos delictivos que son motivo de investigación de juzgamiento. Naturalmente, la prueba en el proceso penal sirve para cada sujeto procesal de manera tal que a través de ella pueda cumplir con sus pretensiones y su rol procesal, de lo

contrario, si no hubiera pruebas; o de haberlas, estas no fueran reales, pertinentes o concluyentes, no se podría cumplir con los intereses procesales de cada una de las partes procesales. De esa manera, la Fiscalía y/o el acusador particular acusan en representación de la víctima, en tanto que, la parte procesada por medio de las pruebas buscará afianzar la presunción de inocencia para que pueda ser un hecho demostrado, mientras que los juzgadores se basarán en las pruebas aportadas por las partes controvertidas para fundamentar su decisión, sea de acusar o de ratificar el estado de inocencia de la persona procesada.

Otra apreciación importante de la doctrina es la desarrollada por Aguilar y Cossio (2017), quienes manifestaron que la prueba dentro del proceso penal cumple un rol esencial, por cuanto la investigación de los delitos asume situaciones complejas que requieren una observación y un análisis minucioso para esclarecer ciertos hechos, para saber si ocurrieron o no, y en caso de haberse producido, se debe identificar otros elementos descriptivos importantes como el tiempo, el lugar, la forma, los medios empleados, las personas involucradas, así como otros elementos que permitan descubrir o aproximarse a lo que se conoce como la verdad procesal.

Por su parte, los mencionados autores sugieren que la prueba en el proceso penal atiende cuestiones que pudieren ser de difícil y compleja comprobación en ciertos casos. Por lo tanto, la prueba penal trata de esclarecer hechos dentro de contextos o escenarios complejos por cuanto se requiere un estudio meticuloso de ciertos hechos donde se precisan ciertos elementos y la práctica de ciertas técnicas para descubrir lo ocurrido en cuanto los momentos, los sitios, los hechos y las personas que estuvieren conectados o no entre sí, para de tal manera determinar qué pudo haber ocurrido e identificar la verdad, sea para

absolver de responsabilidad y culpa, o sea para condenar al o los responsables de un hecho punible.

Al apreciarse lo expuesto por Guevara (2018), la prueba en el proceso penal representa una guía para las partes procesales de forma tal que cada parte pueda respaldarse en ellas para así establecer sus razonamientos, teorías, peticiones, objeciones y resoluciones dependiendo del rol que le corresponda a cada sujeto procesal. Por ejemplo, el autor en mención determina que a través de las pruebas tanto fiscal como la víctima pueden impulsar una acusación sobre la persona que se presume es responsable del delito con el fin de obtener una sentencia condenatoria, en tanto que la defensa a través de las pruebas puede demostrar que no existe infracción o participación del procesado, por lo que se puede conseguir ratificar el estado de inocencia. En tanto que para los jueces *a quo*, y de tribunales, se podrá contar con los argumentos que respalden la decisión sobre ratificar el estado de inocencia o declarar la responsabilidad penal y establecer la respectiva sanción.

Esta guía de carácter procesal permite la actividad racional de cada una de las partes procesales para que puedan demostrar la veracidad de sus dichos y de sus argumentos en aras de cumplir con sus intereses no solo en lo probatorio, sino en la función del resultado que se pretende dentro del proceso penal. Por lo que, en resumidas cuentas, las pruebas dentro del proceso penal no vienen a ser otra cosa que parte de los argumentos y fundamentos que se ligan con las motivaciones de la decisión y el resultado procesal que emana de parte de lo resuelto por parte de los juzgadores dentro del ámbito o concierto penal.

Los medios probatorios

Los medios de prueba dentro del proceso penal son aquellos instrumentos o elementos de apoyo para que las partes procesales puedan llevar a cabo la representación de sus intereses y derechos procesales. Por lo tanto, la legislación penal, en el caso ecuatoriano como el en COIP, así como en todo ordenamiento jurídico procesal a nivel penal, cada normativa de carácter punible, debe en consecuencia definir cuáles son sus medios probatorios. En el caso ecuatoriano, las pruebas consisten en: el documento, el testimonio y la pericia, los que exclusivamente serán explicados en este capítulo a la luz de lo que reconoce la doctrina.

El documento

El concepto formado por Delgado (2018), del cual se realiza una interpretación tanto importante como esencial, tiene que ver con el hecho la prueba documental representa todo registro físico o digital, o base de datos que contenga datos o información que pueda brindar detalles sobre ciertos sucesos, actuaciones y personas vinculadas con la comisión de un delito, lo que se analiza estrictamente dentro del enfoque del ámbito penal. En este contexto, este medio de prueba es importante porque podría contener información que en cierta medida resulte más palpable, observable y fidedigna a los hechos que se pretende investigar y los cuales se aspira a desentrañar su verdad.

La prueba documental se caracteriza por su carácter físico, digital y registral para que se identifique la constancia de hechos y declaraciones de las personas que pudieren estar vinculados con el suceso delictivo o que pudieren aportar con alguna información relevante que sirva para poder encontrar argumentos que contribuyan a la resolución del

caso. En este sentido, se trata de una información verificable que de alguna manera podría demostrar ciertos hechos o eventos que estuvieren asociados con la comisión del delito.

Para la óptica argumental de Duarte (2008), la prueba documental o prueba escrita, desde su consideración representa una constancia de dichos, afirmaciones, actos, compromisos o cualquier tipo de acontecimiento del cual se tenga algún registro, que permita indicar o establecer ciertos sucesos para que las partes fundamenten sus hechos, sus versiones y argumentos para dar paso a la decisión del juez penal. En este sentido, esta prueba puede presentar tanto presupuesto de certeza como de falsedad, o incluso incertidumbre, pero suele ser una pieza fundamental en las investigaciones y en el decurso procesal, porque en cierta medida definiría hechos más concretos, los cuales de no ser cambiados, modificados o falsificados se aproximarían a la verdad fáctica.

Este tipo de prueba representa en cierto modo una constancia de hechos o eventos que pudieren estar asociados o bien con el delito, o bien con hechos o eventos que pudieran estar relacionados con él. Por esta razón, esta prueba en cierto modo tiene un sentido determinante, pero también pudiera ser objeto de varias refutaciones en cuanto a su contenido o determinación de los hechos, puesto que el nivel de certeza de esta prueba podría estar establecido en la medida que pueda demostrar hasta qué punto existen personas comprometidas con la comisión de un evento delictivo.

Entre otras concepciones que se ha tejido dentro del entramado doctrinal respecto de la prueba documental, lo aportado por Tschadek (2017), resume que este tipo de prueba tiene un carácter registral, es decir, que podría mostrar hechos más evidentes que establezcan vínculos entre las personas investigadas y los delitos cometidos, o que bien puedan desmentir o desvirtuar alguna presunción de culpabilidad sobre cierta persona. Este

tipo de prueba, lógicamente puede ser examinada no solo para efectos de contenido, sino en cuestiones de autenticidad para tratar de corroborar un aporte más eficaz dentro de la investigación penal.

Como se ha establecido con anterioridad, la prueba documental implica ser un registro de hechos, declaraciones o de eventos que pudieren de alguna manera estar asociados con el delito, siempre que se pudiera comprobar o refrendar la autenticidad de dichos registros. En tal sentido, la prueba documental pudiera ser determinante en mayor o menor medida de acuerdo con ciertos delitos y eventos que son blanco de análisis y de debate entre las partes procesales.

El testimonio

Conforme a lo expresado por González y Cachón (2021) , la prueba testimonial, a decir de dichos autores constituye una reproducción virtual de los hechos, puesto que apela a la memoria y a las vivencias o experiencias de las personas que deben relatar ciertos hechos para así aportar dentro del proceso determinadas piezas de información cuyos relatos puedan redefinir los hechos que son materia de investigación, o dar lugar a otras teorías o hipótesis sobre un suceso que está siendo investigado en torno de un delito. Dicho de otro modo, lo expuesto por los mencionados autores, en cuestión sugiere una representación verbal que formará parte del imaginario de los operadores o funcionarios del sistema de justicia, con tal información verificar ciertos sucesos, o poder asociarlos o disociarlos, así como formular otras conjeturas que permitan acercarse a lo ocurrido. De tal manera, por medio de un testimonio, se puede ratificar un delito y encontrar un responsable, como descartarlo y cerrar un caso materia de investigación y de una causa penal.

El testimonio se considera como una reproducción o recordatorio de eventos suscitados en un momento determinado del tiempo en que se pudo haber cometido un delito, por lo que se trata de recordar a través de la memoria y de la percepción de la víctima, del procesado y de testigos qué tipo de hechos se produjeron en relación con el delito que está siendo materia de investigación y de juzgamiento. Por lo tanto, de tales aclaraciones se pueden afirmar o refutar ciertas hipótesis o elementos de convicción que estuvieren ligados a la comisión del delito, lo cual deberá ser discernido por los juzgadores correspondientes.

Entre otras aportaciones teóricas, por parte de Nieva (2019), la prueba testimonial recoge una serie de declaraciones que permitirán que los agentes fiscales, defensores y jueces, dentro de los roles y posiciones que deben asumir, así como de las tareas que deben asumir dentro del proceso penal, puedan en cuestión formarse un criterio que permita esclarecer los hechos y reproducir situaciones que conduzcan a la verdad fáctica. No obstante, este autor apuntó adicionalmente que la prueba testimonial preferentemente deberá en la medida que resulte posible, verse respaldada, apoyada o complementada con los demás medios probatorios dentro del proceso penal, para así con un mayor criterio de objetividad y eficacia se pueda determinar lo que en realidad pudo haber acontecido y resolver así el proceso o causa en cuestión.

Estas declaraciones comprenden el relato de hechos, más no de opiniones, sino de eventos objetivos que hayan sido presenciados por personas que hubieran visto, escuchado o conocido de algún evento o persona que estuviera asociada con el delito, para así poder conocer o identificar la verdad de los hechos o lo que se puede reconocer como verdad histórica. Sin embargo, este tipo de prueba no puede estar aislada, es decir, se requiere

cotejar o verse complementada con otros medios o tipos de prueba para que tenga mayor credibilidad y razonabilidad lo aportado por el testimonio que sean escuchados a lo largo del proceso penal, concretamente en lo que al juicio se refiere.

En tanto que, al observar lo precisado por Rodríguez (2012), el testimonio comprende a recepción de declaraciones de varias personas, en tal caso, de la víctima, de testigos, del ofendido, de peritos y de ciertas personas que dentro del proceso y por consideración de los sujetos procesales puedan prestar o proveer información clave sobre los hechos que están siendo materia de investigación. En tal sentido, estas declaraciones se reconocen como versiones cuando se está en fases de investigación o instrucción, y testimonio cuando adquiere mayor notoriedad y carácter público dado que se trata de una instancia de juzgamiento al procesado.

Se precisa reconocer y explicar que un testimonio puede ser o no determinante en virtud de lo aportado en términos de conocimiento de los hechos, veracidad e imparcialidad. Sin embargo, los testimonios bien podrían ser decisivos por lo que digan una o más personas de acuerdo con estos términos mencionados. No obstante, de forma independiente a lo cuantitativo, los testimonios presentan un aporte que debería en aras procesales tener un mayor significado en lo cualitativo en virtud de que se trate de calidad de información que permitan recrear o aproximar la investigación y el juzgamiento de acuerdo con el elemento de la verdad histórica.

La pericia

En relación con la prueba material, en consideración de lo explicado por Guzmán y Ferrajoli (2018), este tipo de prueba consiste en aquellas evidencias físicas, que regularmente se pueden encontrar en el lugar del suceso, en el cual se examinan ciertas

características que permitan determinar su vinculación con ciertos hechos que son motivo de una investigación, de una sustanciación procesal y de un juzgamiento donde se trata de demostrar si hubo o no delito, de la forma en que se pudo haber cometido, y del grado de posible participación, así como la identificación de ciertos probables responsables, para así declarar la ratificación del estado de inocencia o la culpabilidad según corresponda.

La prueba material se enfoca sustancialmente en proveer de medios, indicios u objetos que estén presentes en la escena del crimen o que se relacionan con el delito, en virtud de conocer los eventos o hechos que presumiblemente se pudieran ligar con el episodio delictivo al que se haya dado lugar. Por lo que, este tipo de prueba trata de alguna manera de determinar la parte técnica u operativa del delito y a través de ella se pudiera reconocer o determinar a los posibles responsables de la perpetración de una conducta delictiva que es investigada y juzgada por el sistema de justicia.

Otro de los referentes teóricos que se pudo encontrar en el desarrollo de esta investigación, obedece a los lineamientos elaborados por Díaz y Barea (2018), quienes explicaron que la prueba materia o pericial consiste en la presentación de elementos materiales que pudieren estar relacionados con la comisión del delito, pero para presumir o demostrar esa relación, se requiere de un estudio técnico minucioso llevado a cabo por expertos en determinadas ciencias o artes. Es por esta razón, que al considerar estas premisas, este tipo de pruebas tienen el reconocimiento o denominación de pericias, dado que solo pueden ser llevadas cabo por verdaderos conocedores o expertos que posean saberes y destrezas en ciertos campos que se vinculan como parte de la investigación.

Dichos autores, sostuvieron que la prueba material es una prueba cuyo contenido y aporte es eminentemente técnico, es decir, que no podría ser completamente entendida o

explicada por las partes procesales, por lo que se requiere de la ayuda de los peritos que en su calidad de especialistas pueden y deben explicar todo lo concerniente a la relación de los elementos materiales que estuvieren relacionados con la comisión del delito. Además, que la presencia del perito no solo se debe a una cuestión de conocimiento técnico y práctico, sino que se requiere de un informe de un tercero que de forma imparcial pueda establecer un criterio o descripción de los elementos y de los sucesos, de modo que las partes procesales, en especial los jueces formen un criterio propio para la decisión judicial.

Al observar otras concepciones que se forman a través de la doctrina, de acuerdo con Vásquez (2015), se identifica que las pericias y las pruebas que son objeto de ella, tratan en cuestión de definir elementos y hechos desconocidos para a través de estos elementos intentar reconstruir y/o explicar ciertos eventos y ciertas relaciones de conductas que serían parte de la realidad fáctica o material para comprender los acontecimientos que giran en torno al caso respecto del proceso penal. En consecuencia, toda prueba que es objeto de pericia contiene valiosa información para que especialmente el juez penal se forme el criterio correspondiente y que mejor se apegue a los hechos y al derecho, para a través de este insumo o medio probatorio poder sustentarse para motivar y dictaminar su fallo o respectiva sentencia.

De acuerdo con lo aportado por el mencionado autor, la pericia trata de demostrar valores como la verdad y la autenticidad tanto de los elementos encontrados como de los hechos que son parte del delito. En tal caso, la pericia y como tal la prueba material representa un ejercicio explicativo de los elementos fácticos del delito en virtud de los hallazgos materiales que se relacionaren con los lugares, personas, y hechos que tengan que ver con el delito. No obstante, cabe mencionar y destacar que a pesar que la pericia supone

un ejercicio técnico, esta no se puede desvincular de la idoneidad, veracidad e imparcialidad, así como de otros criterios y parámetros procesales que están regulados por las normas procesales desde la óptica del debido proceso, de la seguridad jurídica y del garantismo.

El nexa causal

En cuanto al nexa causal, de acuerdo con el análisis teórico realizado por Roxin y Abanto (2012), se puede apreciar que conforme a su interpretación, estos autores han considerado que este elemento o presupuesto del razonamiento y de la lógica penal vinculado con la imputación, no representa otra cosa más que la correspondencia entre los hechos que son atribuidos o considerados como delito, así como los daños y los participantes entre víctimas u ofendidos y victimarios o infractores de la norma. Dicho de otro modo, esta correspondencia implica que todos estos elementos o presupuestos se relacionen entre sí para probar la existencia del delito y la culpabilidad del procesado, en este sentido, a través de esta verificación se cumple con el nexa causal, caso contrario, no existirá fórmula adecuada para una óptima imputación y para la demostración de la responsabilidad penal de ese sujeto procesal, lo que terminaría procesalmente en la ratificación de su estado de inocencia.

En relación con el nexa causal, se entiende como la relación entre personas, hechos y resultados donde se pueda presumir con el mayor grado de razonabilidad posible la existencia del factor de existencia del delito y de la responsabilidad de las personas sobre quienes se tiene la sospecha de su participación o ejecución del delito. Es por esta razón, que este nexa cumple un papel importante dentro de la teoría de la imputación, de forma tal que se cuenten con los suficientes elementos de convicción para imputar y formular cargos,

además de llevar a juicio a quien o quienes se creen responsables de la comisión de un delito.

Para Cury (2016), se podría emplear el término de causalidad como elemento definitorio o descriptivo de lo que es el nexo causal. En esencia, el nexo causal desde su perspectiva implica la relación entre la acción o conducta punible que provoca un daño, y el daño o resultado propiamente dicho, para lo cual ambos elementos deben estar desarrollados recíprocamente entre sí. En tal caso, esta relación debe ser directa y no debe estar alterada por otras circunstancias adyacentes al hecho original, porque de concurrir otros eventos, se estaría modificando el resultado que desvanecería ese nexo causal.

Se podría considerar en otros términos que el nexo causal implica el establecer una convergencia o punto de relación entre los eventos que se presume estarían vinculados con el delito, entre las personas y los elementos encontrados o acervo probatorio, de lo cual se trata de reconocer cómo todos ellos se amalgaman en una teoría sólida del delito y de la responsabilidad penal, para no solo imputar, sino advertir la posibilidad de sancionar si el elemento de la responsabilidad punible llega a ser verificado. Por tales motivos, el nexo causal se considera como uno de los presupuestos que mayor concurrencia debe presentar al momento de la imputación y sanción de los delitos.

No obstante, un hecho a considerar según Trujillo (1976) es que el nexo causal o elemento de causalidad no desempeña un papel concurrente dentro de aquellos delitos por omisión, sino de aquellos delitos donde es necesaria manifestar la voluntad a través de ciertas acciones donde existe una intervención del agente del delito. Es decir, en delitos de omisión el elemento de la voluntad es más difícil y complejo de verificar, comprobar o demostrar, por lo que esta situación *per sé* representa una excepción en cuanto a la

determinación del nexo causal como base de una imputación y de una eventual sanción penal.

El elemento de la voluntad representa una cuestión debatible, por lo que el nexo causal trata de englobar los presupuestos objetivos del delito en virtud de la acción y del resultado. Por tal motivo, se debe reconocer que el nexo causal versa sobre elementos demostrables y que no se entablen supuestos de difícil verificación, dado que aquello supondría no ser coherentes con sus fines propios y con la teoría de la imputación. De esta manera, se trata de asegurar que este elemento solo será invocado cuando se cuente con los argumentos o elementos suficientes que permitan establecer que ha existido un delito y que existen determinados sospechosos que son presuntamente responsables de su comisión.

La prueba anticipada: los fines que se propone dentro del proceso penal

Al revisarse lo propuesto por Flores (2011), la prueba anticipada se considera como ese medio o instrumento que se practica o se recepta a un momento previo dentro del instante procesal usual en el que le corresponde. Esta situación acontece por cuanto en el marco de ciertos delitos complejos donde la seguridad de la víctima corre peligro, así como su estabilidad emocional y considerando también que pueden ocurrir otros sucesos que puedan cambiar los hechos y las declaraciones originales, entonces es necesario asegurar la información que pueda aportar la víctima para encausar debidamente la investigación. De ese modo, se podría contar con los presupuestos que permitan formarse un razonamiento más adecuado y evitar ciertos errores u omisiones en cuanto a la decisión del juzgador, sea para ratificar el estado de inocencia de una persona, o para determinar la responsabilidad penal en las formas o niveles correspondientes a quienes corresponda según los razonamientos o conclusiones que se vayan presentado en el proceso penal.

Lógicamente, en el caso de la víctima, se debe reconocer que de acuerdo con el tipo de delito de la cual esta haya sufrido un agravio, esta situación podría provocar en ella graves perturbaciones emocionales, físicas y otros factores de riesgo que comprometan su integridad e incluso su vida, motivo por el cual es necesario que dentro del sistema procesal se tomen ciertos recaudos para asegurar su testimonio de forma anticipada como elemento clave para poder conocer o reconocer los hechos suscitados con el mayor grado de fidelidad posible para llevar a cabo una investigación penal y de haber cabida al respectivo juzgamiento por la comisión de la conducta delictiva. De esa manera, se pretende asegurar el conocimiento de la verdad histórica, además de proteger los derechos de la víctima a que pueda aportar al descubrimiento de esa verdad sin que esto implique que se parcialice el proceso, sino que existen circunstancias especiales que demandan la recabación de este testimonio, así como la protección de la víctima lo cual es un deber constitucional, por lo que no se pierde la oportunidad de contradecir dicho testimonio por parte del procesado.

Ciertamente, debería entenderse que el testimonio anticipado no tiene por fin favorecer intereses jurídicos, sino que representa el cumplimiento de postulados garantistas en especial cuando el derecho penal acepta que las víctimas enfrentan sucesos de difícil recordatorio y explicación, lo que constituye un motivo esencial y fundamental por el cual se tipifique y se precise de la práctica de este acto de carácter urgente. Es, así que ese carácter de urgencia se debe a los motivos antes mencionados, por lo que lejos está de ser una postura ilegítima, parcializada o carente de razón.

Al mismo tiempo, habría que acotar que las razones y los argumentos antes mencionados son los elementos justificativos del porqué en la actualidad el testimonio anticipado ha ido adquiriendo mayor protagonismo tanto a nivel procesal como en el

dogma penal. No obstante, esta premisa tampoco desconoce que pueden existir errores o falencias en su práctica, pero justamente lo que se pretende es que su estudio y análisis jurídico constante lo fortalezca para que este acto procesal resulte ser más consecuente con los fines que lo caracterizan.

De conformidad con lo expuesto por Sabogal y Carvajal (2017), la prueba anticipada se estima como un requerimiento o diligencia previa en comparación con los estándares habituales de los tiempos, momentos o instancias procesales en los que se debe evacuar una prueba. Este tipo o forma de prueba se ve respaldado por criterios de necesidad donde se trata de aprovechar los medios o circunstancias para obtener evidencias poco después de acontecido un delito, o habiendo transcurrido cierto tiempo, de modo tal que se desvanezcan los indicios o elementos probatorios, o que se vean alterados. También se lleva a cabo si existe la presunción debidamente fundamentada que permita demostrar que la práctica de una diligencia probatoria será difícil o improbable de realizarse dentro del transcurso de un cierto tiempo.

El carácter de la necesidad en relación con el factor del transcurso del tiempo y que se puedan desvanecer las pruebas o parte de ellas relacionado con el aporte del testimonio de la víctima, en consecuencia justifica que se recabe el testimonio de la misma como un acto urgente y de carácter imperativo, puesto que se trata de evitar que se pierda o se diluya alguna información importante que pueda determinar los hechos y conexión de los mismos con los sospechosos de un delito, dado que tal relación o nexo causal se podría establecer o fundamentar con un testimonio anticipado. Además, se debe reconocer que pueden presentarse casos en que la memoria o los recuerdos de la víctima estuvieran limitados por

condiciones ligadas a memoria de corto plazo, por lo que sería lógico, racional y necesario que se practique un testimonio anticipado o testimonio urgente.

Una reflexión interesante que se puede realizar a partir de lo expuesto por Berizonce (2017), es que la prueba anticipada trata de alguna forma de prever eventualidades que obstaculicen la debida administración de justicia, además de atender las circunstancias de vulnerabilidad de la víctima. Es por esta razón, que bien se podría considerar a esta especie de prueba como una forma de justicia temprana, pero que lejos de formarse criterios o conclusiones anticipados, en realidad lo que se busca es garantizar el acceso a cierta información antes que resulte más complejo el acceder a ella dentro de cierto tiempo. Es por este motivo, que esta prueba se ha ganado su espacio dentro del proceso penal, pero al mismo tiempo trata de evitar menoscabar los derechos de réplica que asisten a la parte contraria.

Este tipo de prueba basado en el testimonio anticipado presenta como característica peculiar el hecho de representar una previsión que impida que el testimonio de la víctima por alguna razón no pueda ser prestado dentro de los momentos procesales que regularmente corresponden por los mandatos de las normas del procedimiento penal. Es por esta razón que se trata de prevenir eventualidad que se definan en las normas procesales para que el transcurso del tiempo, así como otras circunstancias impidan contar con el testimonio de la víctima, de la misma manera que se vea afectada la calidad o la autenticidad del testimonio, por lo que se precisa por las condiciones propias de un hecho el contar de forma inmediata con las declaraciones de este sujeto procesal, lo cual ha obligado a que las leyes en materia procesal penal prevean este tipo testimonio.

Entre algunas acotaciones y notas interesantes respecto de la prueba anticipada, siendo más específicos en relación con el testimonio entendido como una declaración de *primera mano*, se observa lo manifestado por Michel (2013), quien teorizó acerca del hecho de la existencia de acontecimientos que deben ser conocidos de forma inmediata, pues la verdad de las víctimas no solo es su verdad, sino que también es la oportunidad de reconocer la realidad antes que la víctima con el paso del tiempo pueda incluso prestar menos apertura o colaboración eficaz para contar o relatar lo sucedido. En tal caso, la verdad puede colapsar o perderse en el tiempo, por lo que es importante involucrarse con ella cuando existe la ocasión.

Este carácter de declaración de primera mano, tiene que ver con el hecho que la víctima puede enfrentar diversas situaciones que como se ha remarcado a lo largo de esta investigación pueden afectar o alterar no solo la posibilidad de contar con el testimonio, sino con la veracidad, precisión de detalles y exactitud que se demanda para guiar el razonamiento de la actividad procesal. Por lo tanto, se insiste en recordar que pueden existir factores emocionales y psicológicos, donde pueden presentarse episodios de estrés, coacción o intimidación a la víctima, olvido, ausencia del testigo, entre otros, por lo que se debe buscar de forma justificada como anticipar el testimonio de manera tal que ninguno de los elementos antes mencionados conspire o relegue las pretensiones del descubrimiento de la verdad histórica como piedra angular sobre la cual se puede juzgar una conducta de forma racional y apegada a los lineamientos y garantías propias del derecho procesal penal.

Existe una concepción que se puede interpretar de lo sostenido por Marchiori y Bido (2017), donde se puede argumentar que una prueba que se recabe o que se practique de forma anticipada tiene por fin no solo el evitar una pronta consumación o desaparición

de los indicios de un delito, sino que también se lo realiza como un medio de asistencia inmediato a la víctima, donde los hechos e información se deben registrar tal cual se dieron lugar. De ese modo, se trata de preservar la credibilidad y la imparcialidad para ser debatido en juicio por la parte acusada o presunta responsable de su acontecimiento como parte de un tipo penal sancionable.

Justamente, se debe considerar que el testimonio anticipado se justifique en preceptos legales que lo certifiquen, es decir, que lo admitan para evitar que se refute su práctica por cuanto la defensa de la persona procesada llegue a declarar su improcedencia y su oposición al establecer o indicar que vulnera principios procesales lo que atentaría con la igualdad de oportunidades dentro de la sustanciación de la causa. Por tales motivos, el testimonio anticipado requiere de un desarrollo y justificativo legal debidamente fundamentado, para que no solo se reconozca un derecho y una garantía en favor de la víctima, sino que se no se desnaturalice la esencia del debido proceso y se compruebe que no se está afectando a los derechos de la persona procesada en cuanto a los principios de contradicción, intermediación, igualdad, oralidad, y por supuesto, para demostrar que tampoco se está afectando a la seguridad jurídica.

Los principios procesales como parte de las garantías del debido proceso en materia penal y su relación con la prueba anticipada

Evidentemente, todo proceso de cualquier materia que se trate, debe estar enmarcado y determinado por una serie de principios y garantías que validen el accionar procesal y a la tutela judicial efectiva. Como no podría ser de otra manera, el proceso penal debe cumplir con una serie de principios y garantías que emanan tanto del derecho internacional de derechos humanos, del derecho constitucional y del propio derecho

procesal penal. En consecuencia, uno de los fines y obligaciones del proceso penal, siempre será cumplir con las garantías que constituyen al debido proceso, dado que así se podrá demostrar a la opinión jurídica a nivel de derecho interno, así como a nivel internacional que el Estado, en este caso el ecuatoriano, está perfectamente alineado con las corrientes del garantismo que son parte del derecho penal moderno.

Es por esta razón que en relación con el testimonio anticipado, es necesario definir y establecer los principios y garantías que pueden considerarse como desconocidos o vulnerados por su aplicación, pero como se mostrará posteriormente en el apartado de los estudios de caso y de la discusión, estos no se ven comprometidos. No obstante, para comprender esta postura que sostiene que el testimonio anticipado está perfectamente justificado como una actuación procesal que no se contrapone a algunos de los principios procesales y garantías en materia penal, por lo cual es importante reconocer o identificar qué es lo que la doctrina dice acerca de ellos. Es por este motivo, que en las siguientes líneas, se pasa a explicar las características, fines y alcance de algunos principios esenciales del proceso penal. Entre estos tenemos: al principio de contradicción, al principio de inmediación, al principio de oportunidad, y al principio de oralidad que serán abordados desde algunos referentes de carácter teórico.

Principio de contradicción

Para el criterio de Lorca (2019), se expuso de su parte que un proceso penal, así como otros procesos deben ser justos y equitativos, en cuanto las partes en conflicto y que concurren ante un sistema procesal para conseguir su solución en términos efectivos o satisfactorios, por virtud propia del garantismo deben contar con las mismas oportunidades para lograr exponer, representar y defender sus intereses. En tal contexto, un proceso nunca

podrá ser considerado justo, y su validez sería objetable si se corrobora que las partes confrontadas no tuvieron las mismas oportunidades, espacios y condiciones para replicar o refutar lo manifestado o expuesto por el contrario.

La contradicción es un ejercicio y una garantía imprescindible como elemento integrante del debido proceso, más que todo en términos de equidad procesal y de imparcialidad, puesto que la igualdad de oportunidades de objetar y refutar pruebas y argumentos implica acreditar el cumplimiento de un sentido auténtico de justicia, de forma tal que se evite polarizar o parcializar las actuaciones procesales, dado que de producirse esta situación el proceso penal sería injusto, irracional, parcializado y evidentemente estaría viciado por cuanto de producirse tal polarización se estaría afectando de sobre manera las garantías del debido proceso que deben ser omnipresentes en todo proceso penal.

En relación con lo aportado por Gómez (2016), el principio de contradicción, en especial dentro del contexto penal, representa la oportunidad de replicar, debatir y de refutar las pruebas, argumentos y peticiones de la contraparte, en virtud de pretender con sus argumentos propios dar contestación y desvirtuar o formar otro tipo de concepción y criterio para el juez penal, de forma tal que cuente con una referencia y una contra referencia que le permita formarse un criterio y la convicción para decidir quién tiene la razón, y; a su vez, poder tomar la decisión pertinente en cuanto a lo que va a disponer en su sentencia.

El derecho a la réplica es indispensable en todos los escenarios procesales del derecho, pero evidentemente que en el derecho penal se ve reforzado en términos de necesidad e importancia, puesto que la justicia penal no es únicamente sancionadora, tampoco absolutoria, es decir, depende de la razón para castigar o absolver en virtud que

este elemento de la razón emerge de la confrontación de las partes procesales. De esta manera, todos los sujetos procesales, concretamente víctima y procesado a través de sus representantes (Fiscalía, acusador particular y defensa) respectivamente, puedan litigar como parte de un ejercicio de un auténtico debate jurídico que permite asegurar la justicia y no en imposiciones parcializadas que harían ver la existencia de los órganos de justicia y del proceso penal como algo estéril y fútil.

Las posturas de autores como Chozas y Álvarez de Neyra (2015), indicaron que el principio de contradicción es sustancial para el derecho a la defensa y para las instancias de acusación, es decir, debe existir el debate y la confrontación jurídica de ideas y de argumentos para certificar la validez procesal en términos de imparcialidad e igualdad de condiciones, de lo contrario se estaría atentando contra la garantía superior que es el debido proceso. Dicho de otra manera, estos autores sostuvieron que el principio de contradicción representa esa garantía que tienen las partes para exponer todo en cuanto necesiten en derecho, en tanto sea pertinente, de modo tal que se vicie el proceso por solo considerar las actuaciones y los dichos de una sola de las partes, dado que aquello sería injusticia, lo cual es incompatible con el garantismo que debe regir al derecho procesal penal.

Estos autores manifestaron que este principio representa una condición *sine qua non* de la actividad procesal, puesto que está ligado con el derecho a la defensa, por lo cual desde los postulados garantistas y de acuerdo con los derechos fundamentales ninguna persona puede estar privada de este derecho. En caso que se desconozca el pleno ejercicio de este derecho, se estará violentando una garantía fundamental, por lo cual existe un desequilibrio procesal ilegítimo, además de inconstitucional, razón por la cual se configura

el elemento de responsabilidad estatal por cuanto ninguna persona puede ser coartada de ejercer su defensa en los términos y formas que la ley procesal penal lo precise.

Principio de inmediación

A criterio de Ambos y Malarino (2019), el principio de inmediación dentro del proceso penal conlleva a la participación, intervención, presencia e intervención del juez para que proceda a receptar los elementos o medios de carácter probatorio, para que delante de los sujetos procesales comprendidos por la víctima, la fiscalía, el acusador particular (de ser el caso), el procesado y su defensor; sea público o privado, así como de los testigos y peritos, se lleve a cabo la valoración de tales elementos con el fin que se formule los criterios y razonamientos pertinentes para tomar una decisión dentro de la causa.

La inmediación implica el factor de presencia y desarrollo de la actividad procesal donde el juez emerge como el sujeto procesal que analiza los hechos y los fundamentos legales de las demás partes procesales, para que a través de su valoración se administre justicia dentro de un conflicto penal determinado. En este sentido, la labor del juez está enfocada en escuchar, revisar y analizar los impulsos, requerimiento y contestación de las partes para de esa manera tomar una decisión respecto de la contienda o problema jurídica que le corresponde conocer en medida de su jurisdicción y competencia.

En tal caso, la inmediación es la concurrencia de todos los sujetos procesales para dar lugar a un proceso justo, donde todos cuenten con sus oportunidades para defender o promover sus derechos y actos procesales en los términos que lo prevea y lo determine las normas procesales, inclusive a nivel constitucional para así cumplir con las prerrogativas esenciales dentro del garantismo y del proceso penal en cuanto a lo que se debe y concierne al debido proceso y a la seguridad jurídica.

En cuanto a lo determinado por Ferrajoli (2014), se reconoce que los procesos penales entre sus principales objetos tienen al descubrimiento de la verdad histórica, pero de ninguna manera con tal de cumplir con este objetivo se debe llevar a cabo un proceso de forma inquisidora. Por el contrario, el proceso penal desde un punto de vista epistemológico debe ser ese espacio de discusión de la técnica jurídica y de lo que cada parte procesal asume como su verdad. Es por esta razón que tal conocimiento solo se puede ver garantizado con la presencia del juez para analizar los hechos y argumentos, lo cual es conocido como principio de inmediación.

Lo mencionado en las líneas anteriores implica que la verdad histórica requiere ser conocida por todas las partes o sujetos procesales, pero evidentemente es el juez de garantías penales, en especial en instancias de tribunal o de juzgamiento quien requiere de conocerla para a través de un proceso reglado direccionado y garantizado por su autoridad, se llegue a practicar o evacuar todos los actos procesalmente necesarios y pertinentes para que pueda ser descubierta. Es por esta razón que el rol del juzgador tiene vital importancia, motivo por el cual adquiere o tiene la calidad de un principio procesal que al mismo tiempo se alinea con la concepción garantista del derecho penal y como parte de los derechos fundamentales.

En relación con lo expuesto por Yáñez (2018), de su parte se acotó que el principio de inmediación como elemento constitutivo del proceso penal, se entiende como aquel principio que busca garantizar la presencia del juez penal no solo para escuchar y evaluar los argumentos de las partes, sino para establecer una guía de cómo debe marchar o llevarse a cabo el proceso penal de forma garantista. Es decir, el juez penal traza el camino y

dispone el orden a seguir que debe ser preservado en la búsqueda de la verdad, la razón y la justicia.

Lo acotado en las líneas anteriores, refleja que el principio de inmediación adquiere una importancia especial dentro del proceso penal, aunque bien se pueda reconocer que este principio debe ser aplicado en cualquier tipo de causa, en el proceso penal los intereses ciertamente son más delicados en virtud de los bienes jurídicos que concurren, puesto que se trata de investigar y posiblemente determinar y sancionar una conducta punible toda vez que se haya constatado si existe responsabilidad penal, por lo que es indispensable la presencia y al adecuado accionar del juez en materia penal para garantizar una decisión justa, puesto que existe una contraposición o conflicto entre la libertad versus los daños y la reparación de los bienes jurídicos afectados.

Principio de oportunidad

Sobre el principio de oportunidad se debe considerar lo precisado por autores de la talla de Roxin (2014), que a raíz de la interpretación de sus apuntes dogmático se puede comprender que este principio concede en cierta manera a la fiscalía como titular de la acción penal en representación de los intereses de la víctima, así como los de la sociedad en general, el poder tomar una decisión sobre el hecho de impulsar una acusación y llevar a cabo una acción penal sobre el presunto responsable de la comisión de un delito; o, en su defecto, abstenerse de investigar, de formular cargos y acusar cuando no existan fundamentos que permitan identificar un atentado real contra el orden público, o cuando la situación del infractor por circunstancias físicas graves no pueda afrontar las consecuencias de una pena.

La precisión doctrinal previamente expuesta sugiere que el principio de oportunidad representa la posibilidad de la que dispone la Fiscalía o Ministerio Público de no incurrir en una acusación por la comisión de un delito, puesto que se asume que existen condiciones previstas por la normativa penal para que no se lleve a cabo la acusación de una persona involucrada en la comisión de un delito. Generalmente, este principio se aplica cuando se trata de delitos que no implican un grave factor de daño y que no entrañan peligrosidad social.

Entre las características o las condiciones por las cuales se puede aplicar el principio de oportunidad dentro del ámbito penal, se encuentran aquellos casos en los que existe una pena privativa de libertad que no sea extensa. Además, se presenta el hecho que este principio aplica cuando la persona que está siendo investigada o procesada sufra de algún daño físico cuya gravedad lo prive de llevar una vida normal, por lo que tal persona no podría enfrentar ni un proceso penal, menos aún una pena privativa de libertad, por lo que aplicar ese tipo de pena resultaría estéril y carecería de propósito en términos de castigo y de rehabilitación por parte del infractor de la norma. Es por tal razón que existe este principio de forma tal que el agente fiscal puede acogerse al mismo para no impulsar una acusación en virtud de las condiciones ya mencionadas que deben estar precisadas en la ley.

Para la perspectiva de Martínez (2006), el principio de oportunidad implica una racionalización y una limitación de la facultad punitiva del Estado, lo cual se justifica a través del hecho que el Ministerio Público está en capacidad y facultad normada en las normas penales e incluso con sustento constitucional de abstenerse de llevar a cabo la imputación de una persona que hubiere cometido un delito en tanto la conducta penal no

sea enteramente relevante, además de que dicha persona no estuviere en condiciones físicas de afrontar tanto un posible proceso como una eventual pena.

La premisa doctrinal anterior reafirma lo antes mencionado sobre el carácter estéril de aplicar una pena o sanción a quien no está en condiciones para afrontarla o por tratarse de una infracción penal que no asuma gravedad. Sin embargo, se destaca el factor de imposibilidad de afrontar una pena por parte del acusado o procesado por cuanto la pena se dirige a una persona que cometió un delito y que por haber asumido esa conducta la privación de la libertad tiene por propósitos el sancionar la conducta incurrida, el evitar que dicha persona delinca nuevamente y que tal persona se rehabilite de acuerdo con las directrices del sistema penitenciario y de rehabilitación social.

De acuerdo con lo anteriormente dicho, el principio de oportunidad implica que se abstiene o se desiste de llevar una acusación a la persona de quien se presume ha cometido un delito, al mismo tiempo que se evita la pena, puesto que no habría propósito dentro de una persona que no contaría con las condiciones de afrontar el castigo impuesto por el sistema de justicia, además que no podría rehabilitarse ni compensar a la sociedad por los daños ocasionados al haber incurrido en una conducta tipificada como delito dentro del catálogo de normas penales.

Al revisarse el análisis desarrollado por Vásquez y Mojica (2010), se advierte que la aplicación del principio de oportunidad se emparenta con el principio de mínima intervención penal por cuanto se busca reducir de forma justificada el poder punitivo del Estado para reservarlo para aquellas conductas que sí representen delitos de gravedad y conmoción pública que demanden activar todo el aparato judicial, así como el destinar recursos humanos y operativos para su persecución. En consecuencia, a la luz de estos

principios, la persona responsable o presunta responsable del hecho quedaría absuelto ante un hecho dentro del contexto punible no es enteramente grave, así como por el hecho de tener algún posible daño o condición física grave que impida la aplicación de la pena, y a su vez justifique el hecho de dicha absolución.

Esta relación o emparejamiento entre el principio de oportunidad y el principio de mínima intervención penal, se destaca por cuanto al limitarse el poder punitivo del Estado, se deduce que la punición o castigo de las conductas penales se reduce a términos de racionalidad, necesidad y pertinencia, lo que brinda celeridad y economía procesal al sistema de justicia, al mismo que tiempo que se contribuye a descongestionar el sistema penitenciario saturado por la cantidad de PPL que cumplen sus penas dentro de los respectivos centros carcelarios del Estado. Entonces, esta relación se encuentra justificada por no tratarse de hechos punibles graves, además que la persona investigada o procesada no representaría una amenaza para la sociedad si ha sufrido un daño físico que le imposibilite continuar cometiendo delitos, por lo que procede ese criterio y la aplicación de este principio para no dirigir la fuerza punitiva del Estado en quien no está en posibilidades de enfrentarla.

Principio de oralidad

La oralidad dentro del proceso penal explicada por Aguayo (2017), permite entrever que se fundamenta a través de este tan mentado principio, puesto que su importancia, necesidad y utilidad está corroborada por cuanto permite que los sujetos procesales puedan de forma más dinámica, realista, auténtica y con mayor constancia de la realidad establecer cada una de sus pretensiones y fundamentos dentro de la causa. Del mismo modo, este principio permite ejercer con mayor técnica y condiciones más justas la debida réplica o

contradicción como parte elementos de los principios y garantías a nivel procesal, lo cual representa una de las razones principales por las cuales la oralidad ha ganado mayor espacio dentro del derecho procesal, en especial dentro del contexto penal.

Este principio reviste suma importancia dentro de los paradigmas actuales del garantismo procesal, esto por cuanto que no solo existe mayor constancia de las afirmaciones procesales dentro de una causa que se conoce y se está sustanciando dentro del sistema de justicia, sino que a través de su aplicación, este sistema se permite brindar celeridad a las actuaciones procesales donde se puede constatar de forma fehaciente lo expuesto y actuado por cada una de las partes procesales. Igualmente, se debe destacar que este principio permite el desarrollo más efectivo de la contradicción como un elemento necesario y garantista dentro de todo proceso, más que todo en el proceso penal debido a la carga punible de los hechos que se analizar, lo cual a su vez es representa un elemento *sine qua non* del debido proceso.

En lo que respecta a Binder (2012), la oralidad llevada al proceso penal representa una de las formas de litigación procesal que denota mayor fluidez en el trámite de las causas, superando los procesos más restringidos e incluso inquisidores retardados y empantanados por las rigurosas tramitaciones por escrito, donde la oralidad se apreciaba en los tramos finales de la causa, quedando dudas sobre las actuaciones previas dentro de la causa que no podían ser enteramente discutidas o rebatidas como se lo puede hacer dentro de un marco procesal donde la oralidad concede mayores oportunidades de poder litigar en igualdad de condiciones entre las partes procesales.

En tal contexto, se debe reconocer que la oralidad no solo se trata de una cuestión de fluidez de actos y de argumentos, sino que se evidentemente que denota ser una clara

intención y postura para brindar celeridad a los procesos que por abusar de actos y formalidades escritas se estancan y que impiden una administración de justicia más ágil, eficaz y oportuna en términos de acceso a un sistema de justicia de calidad. Por lo tanto, el principio de oralidad ha ganado un sitio y un rol predominante dentro de los nuevos enfoques y modos de obrar en las causas a nivel del derecho procesal.

De conformidad con lo reseñado por Vidal (2017), la oralidad procesal en materias tan elementales como la penal, representa ese medio técnico que es necesario para asegurar la igualdad procesal en relación con el debido proceso. Dicho autor propuso que la oralidad permite la contradicción y los replanteamientos del conflicto, posibilidad que se veía limitada o incluso viciada en procesos que se fundamentan en la rigidez de formas escritas de las cuales no se puede tener certeza plena de su autenticidad. Es por tal razón, que la oralidad procesal resulta ese elemento que permite introducir en mayor medida los lineamientos del garantismo y del debido proceso dentro de la sustanciación de las distintas causas penales dentro del sistema de justicia.

Al llevarse a cabo un proceso sustanciado en la oralidad, más que todo en el ámbito procesal penal, este principio desempeña un rol o función clave, puesto que por la magnitud de los derechos que entran en litigio, se requiere de una mayor constancia del obrar procesal, por lo que a más de las formas y los registros escritos, la constancia de la oralidad permite argumentar con mayor detalle el afirmar, negar o replicar dichos o proposiciones que son fundamentales para valorar cada actuación que contribuya a la resolución de la causa en términos de mayor idoneidad de valoración de esos mismos argumentos.

Referentes empíricos

En cuanto a la labor investigativa realizada por Yanes (2021), reconoce que el testimonio anticipado es considerado como un medio de prueba que busca garantizar la exposición o reconstrucción de los hechos de parte de la víctima de un delito, en especial teniendo gran aplicación en los delitos de naturaleza sexual. De igual manera, se considera que el testimonio anticipado al ser un acto urgente de algún modo contribuiría a que el sistema de justicia, en este caso los juzgadores puedan formarse un criterio más ágil de los hechos, en relación al delito que le corresponde conocer y juzgar.

Sin embargo, tal forma de prueba también enfrenta posturas opuestas a su práctica dentro del proceso penal, puesto que podría vulnerar el principio de contradicción y el derecho a la defensa como elementos constitutivos del debido proceso. Es por esta razón, que dicho estudio plantea la necesidad de replantearse reglas o formas o medios más eficaces para su práctica, de forma tal que exista un equilibrio en prestar pronta recepción a lo que puede decir o aportar la víctima, pero sin menoscabar o vulnerar las garantías antes mencionadas ligadas con el debido proceso.

Precisamente, esta investigación apunta a que el testimonio anticipado cobra gran importancia en la investigación dentro de los delitos sexuales, lo que se debe en gran parte a la delicadeza y gravedad de los sucesos afrontados por la víctima, de tal manera que se reconoce y se identifica que en este tipo de delitos es muy importante e imprescindible investigar con inmediatez, no solo por la obtención y preservación de los indicios, sino para intentar contar con el relato de la víctima, puesto que el grado de perturbación psicológica de tal evento podría nublar o incidir en cuanto a la forma de comunicar los hechos, lo cual resulta vital para tratar de encontrar el elemento de la verdad histórica.

Aunque precisamente, las críticas que se presentan, tal como se ha mencionado por el hecho de que presumiblemente atente o afecte contra el principio de contradicción y el derecho a la defensa, en cierta manera demanda que se establezcan garantías para que la parte procesada pueda rebatir de modo eficaz y oportuno lo que haya sido relatado o mencionado por parte de la víctima. De tal manera, que el testimonio anticipado evidentemente que es un acto urgente y necesario, pero que no se debe descuidar que en términos de su práctica no se soslaye ni la contradicción ni la defensa de la persona procesada.

Al revisar el aporte académico de Cadena (2015), se idéntica que el testimonio anticipado forma parte de las atribuciones que tiene el juzgador penal ecuatoriano para recibir y receptar pruebas con carácter urgente, lo cual obedece a criterios de excepcionalidad del que están asistidos personas enfermas, o que saldrán del país, así como a víctimas de violencia sexual o aquellas personas que justifiquen que no podrán concurrir al tribunal de garantías penales en la etapa de juicio. En tal caso, dicho autor propone como justificación que existen delitos que por su naturaleza podrían generar cambios o variaciones de ciertos hechos o circunstancias que en lo sucesivo lleguen a impedir receptar el testimonio de la víctima, o a lo mejor, una vez practicada no aportaría los mismos elementos necesarios para el hallazgo de la verdad. Es por tal motivo, que se requiere que el testimonio de la víctima sea receptado de forma urgente.

En este contexto, el testimonio anticipado implica que el juzgador penal puede disponer a su criterio de su práctica o ejercicio cuando requiera con inmediatez y un carácter de urgencia del testimonio de las personas de forma previa al instante del juzgamiento donde corresponde escuchar el testimonio de la víctima. Sin embargo, como se

ha mencionado, tal criterio depende de algunos fundamentos que justifiquen ese carácter de excepcionalidad, los cuales deben estar contemplados dentro de las normas procesales, para que de esa manera cuenten con legitimidad y apego al principio de legalidad y que sean parte de situaciones expresas y claras que formen parte de la seguridad jurídica dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Entonces la excepcionalidad se ve justificada debido a circunstancias que deben estar reconocidas normativamente, lo que obedece puntualmente a eventos de condiciones de salud que impliquen enfermedad, ausencias justificadas por salida del país, o en casos de violencia sexual dada la complejidad de la situación y del factor emocional de la víctima. Igualmente, se pueden justificar otros motivos mientras sean racionales para que el juez de garantías penales pueda contar con estos argumentos antes de la etapa de juicio. Por consiguiente, lo que se busca evitar es que se modifiquen o se desvanezcan elementos o piezas de información para que se pueda acceder de forma pronta a dicha información de forma auténtica y realista para descubrir y preservar el elemento de la verdad histórica que representa el eje central que motiva a la práctica del testimonio anticipado.

Por su parte, la referencia teórica e investigativa de Núñez (2019), propuso un atributo muy importante para la práctica del testimonio anticipado, por lo que se orienta en reforzar lo manifestado por la víctima de acuerdo con criterios de credibilidad, lo cual podrá ser soportado posteriormente por la práctica de las respectivas pericias, de modo tal que el juzgador llegue a identificar los presupuestos de veracidad y de lógica de los dichos con los hechos materiales del delito. De esta manera, se busca el elemento de correspondencia que valide el testimonio anticipado como un acto urgente de forma que no vulnere las garantías procesales vinculadas con el derecho a la defensa.

El elemento de credibilidad es sustancial, puesto que no solo se trata de recabar la información, sino que se requiere sustentar su autenticidad y su credibilidad por lo que son necesarias las pericias. Esto se debería que es lógico asumir que el testimonio anticipado se estaría llevando en condiciones de presión y perturbación psicológica de la víctima en caso de tratarse de acontecimientos graves como lo es en el caso de los delitos sexuales. No obstante, en otros casos se justificaría por cuanto pueden existir otros factores sea emocionales, o ligados a la capacidad de preservación de los recursos, o por motivos de salud donde también se necesita la práctica de este testimonio, así como la evaluación del factor de autenticidad.

En términos prácticos, el testimonio anticipado no puede centrarse únicamente en receptar la información, sino que esta se sujeta a la valoración de las demás partes procesales para impulsar el curso del proceso, y en el caso particular de los juzgadores para formarse los criterios correspondientes sobre los que se apoyará su decisión. Por lo tanto, el testimonio anticipado representa un elemento importante en términos de tiempo, información, realidad y del aporte o provecho que se pueda extraer de lo mencionado, explicado o indicado por parte de quien corresponda rendirlo según los términos previstos en la ley.

Al revisar lo realizado por Azogue (2017), se encuentra en su trabajo investigativo una reflexión tanto lógica como importante, por la cual se debe partir del hecho que el testimonio anticipado es un medio probatorio válido dentro de la legislación penal ecuatoriana, no obstante, se debe tomar en cuenta ciertas situaciones para disminuir el grado de objeciones que se tejen o se forman alrededor de su práctica. En efecto, se sugiere en tal investigación que la práctica del testimonio anticipado se lleve de forma más objetiva

y congruente, de forma tal que en ciertos casos sea obligatoria para evitar la revictimización de la víctima.

Lo expuesto por parte del mencionado autor, reafirma el valor probatorio del testimonio anticipado, puesto que este tiene la calidad de prueba para encaminarse al elemento de la verdad procesal, lo que le ha valido ganarse un espacio dentro del ámbito normativo procesal dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Es por esta razón, que este testimonio debe practicarse con minuciosidad e imparcialidad para que pueda constituir un medio o recurso probatorio tanto válido como legítimo dentro del proceso penal donde se lleve a cabo respecto de la investigación de un determinado delito. Por tales motivos, se expone ese criterio de objetividad donde a más de preservar los términos de imparcialidad del proceso, la eficiencia de su práctica tampoco incurra en prácticas revictimizadoras, puesto que la víctima está asistida por la garantía de no estar sobreexpuesta al recordatorio de eventos o sucesos traumáticos.

Dicho de otro modo, el testimonio anticipado se enfoca en proteger la integridad y los derechos de la víctima, pero tampoco puede desconocer los derechos y garantías procesales de la persona procesada o que está siendo investigada, por lo que de alguna manera se propicia a un equilibrio que no solo tiene que ver con los derechos de las partes procesales, sino que también tienen que ver con el guardar las garantías del debido proceso.

Conforme a lo propuesto por Morillo (2019), coincide en términos de lo expuesto en las líneas anteriores en que se menciona que el testimonio anticipado lo que busca es evitar la revictimización dentro de delitos execrables, como por ejemplo en el caso de los delitos sexuales. En este contexto, la no revictimización, obedece a una de las garantías y derechos que el Estado a través del sistema de justicia debe asegurar a las víctimas, en

especial cuando se trata de delitos donde las manifestaciones de maldad, crueldad y violencia pueda dejar secuelas sumamente graves en lo posterior para la estabilidad mental, física y emocional de la víctima.

Conforme a lo precisado por el trabajo investigativo del autor antes mencionado, se debe establecer que el testimonio anticipado, entre alguno de los fines que persigue es convertirse en una herramienta que procura evitar la revictimización para que dentro de delitos graves no se exponga a la víctima a un posterior recordatorio que equivale a revivir el suceso traumático que le tocó experimentar. De tal manera, que al poco tiempo de transcurrido el suceso, se estima que la víctima podría cooperar o cuando menos ser más realista en cuanto a sus declaraciones, además que si se trata de hechos recientes resultaría menos tortuoso el intentar de parte de la víctima retratar lo sucedido, en cambio recordar estos hechos al cabo de un tiempo considerable podría abrir una herida o revivir algún evento traumático que pueda tener mayores secuelas emocionales dependiendo justamente de su capacidad de afrontar los hechos.

Es por tal razón, que lo que se intenta prevenir por parte del testimonio anticipado es generar nuevas afectaciones psicológicas y emocionales, incluso cuando se pueda creer que estas ya han sido superadas. Entonces, este argumento dota de lógica a que se tipifique y se practique el testimonio anticipado, motivo por el cual es objeto de continuos estudios en el escenario del derecho procesal, incluso abarcado otros aspectos o elementos integrantes de la ciencia penal, tal es el caso del desarrollo de estudios a nivel victimológico y/o criminológico.

Capítulo Metodológico y de resultados

El presente capítulo comprende el desarrollo de los fundamentos y las técnicas metodológicas que permiten el adecuado desarrollo del proceso investigativo, de forma tal que se empleen las técnicas e instrumentos de investigación que resulten más adecuados y pertinentes, así como necesarios y efectivos para así cumplir con los objetivos y demás consignas trazadas como parte de la elaboración de este documento de carácter científico, académico y jurídico. Es así, que en este capítulo se muestra cuál es la modalidad, el enfoque, las técnicas de recopilación y análisis de la información, de forma tal que se cumpla con la adecuada identificación del problema, al igual que con el desarrollo de una posible solución que se ajuste a las demandas del mismo.

Metodología

Respecto de la metodología empleada para el diseño de esta investigación, se lleva a cabo la aplicación de la modalidad *cualitativa*, lo que se sustenta a partir de un riguroso proceso de búsqueda de distintas fuentes a nivel doctrinal o teórico caracterizadas o comprendidas por textos, revistas y documentos en portales web como repositorios de instituciones académicas vinculados con el estudio del derecho o las ciencias jurídicas. De igual manera, se ha recurrido a la revisión de fuentes normativas o legislación tanto a nivel ecuatoriano como extranjero, cuyo estudio de legislación comparada permite identificar la realidad jurídica del problema según la legislación ecuatoriana, y cómo podría tener aspectos similares o diferencias con la legislación extranjera o comparada a fin de encontrar posibles soluciones o guías para la resolución de la problemática ecuatoriana.

El diseño metodológico de esta investigación también se realiza a través del aporte de las entrevistas dirigidas a profesionales del derecho procesal, en este caso en el ámbito

procesal penal, de forma tal, que con sus conocimientos y experiencia puedan brindar un análisis crítico sobre el problema que les es mostrado y que constituye motivo de consulta, para que por medio de su observación y análisis identifiquen causas y efectos para formular un razonamiento crítico que se oriente a identificar los componentes estructurales del problema, sus incidencias o secuelas y posibles soluciones a ser aplicadas de forma jurídica.

Otro elemento muy importante y de carácter trascendental como parte de este proceso investigativo, es el estudio o análisis de casos, por medio de los cuales a través de la revisión de sentencias en materia procesal penal, específicamente vinculadas con la práctica del testimonio anticipado, se podrá identificar o reconocer los presupuestos de necesidad para proponer e introducir reformas orientadas a esclarecer, mejorar y consolidar los parámetros de su aplicación dentro del proceso penal en el Ecuador. Además, se podrá reconocer posibles razones, argumentos y la motivación en cuanto a casos en que ha sido practicado este testimonio anticipado o testimonio urgente, así como casos en que no lo haya sido a pesar que hubiera sido necesario, de forma tal que se cuente con dos situaciones y posturas jurídicas discrepantes que coadyuven a formular una motivación mejor estructurada para cumplir con la propuesta que caracteriza al desarrollo de este documento de investigación.

De igual manera, un aspecto a destacar dentro de esta investigación es la presentación de la validación de la propuesta como un instrumento en la que se certifique la validez, la pertinencia, la necesidad y la eficacia de la propuesta por parte de un experto conocedor de la problemática arraigada dentro del contexto del derecho procesal penal. De esa manera, se podrá identificar las fortalezas y los puntos a mejorar en cuanto al diseño,

presentación y ejecución de la propuesta en torno al problema que se aborda dentro del presente estudio, lo cual también representa un importante referente dentro del contexto metodológico.

En consecuencia, de acuerdo con los instrumentos antes mencionados, además de la pertinencia y lógica que estos ofrecen, entonces se justifica la modalidad *cualitativa* para la elaboración del presente documento investigativo, el que pretende ser un útil recurso tanto en lo académico como en lo jurídico, para que sus argumentos sirvan de fundamento para el diseño de otros estudios y propuestas encaminados a la mejora en cuanto a la práctica del testimonio anticipado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Alcance de la investigación

Al referirse al alcance que caracteriza a esta investigación, se tiene por intención reconocer la viabilidad de la investigación y su propuesta, así como pertinencia, necesidad e impacto que generará dentro de la comunidad jurídica ecuatoriana, específicamente dentro del proceso penal, el cual se reconoce como una de las tantas ramificaciones o entornos del derecho procesal, el que se caracteriza por su fecundidad en cuanto a temas de estudio donde se puedan identificar problemas, necesidades de mejora y las soluciones que mejor se adapten a las circunstancias jurídicas de la problemática.

Exploratorio

Este tipo de estudio ofrece una explicación de los distintos argumentos de carácter teórico que representen o supongan elementos claves para identificar y comprender cada uno de los elementos que son parte del problema a través de su respectivo objeto y campo, donde se manifiesta esa relación de causa y efecto que parte del aporte de lo que genera cada elemento vinculado con el testimonio anticipado y que es parte de este proceso de

observación y diagnóstico donde la doctrina ayuda a una mejor comprensión de los mencionados elementos de este estudio.

Descriptivo

Precisamente, todo elemento dentro de un proceso investigativo requiere de una descripción de cada uno de sus elementos y componentes, en este caso, del testimonio anticipado y su relación con algunos principios a nivel procesa penal y con los postulados del garantismo. Es por esta razón, por la que se procede a analizar qué es lo que representan cada uno de estos elementos por separado y luego unificando criterios abordados en el capítulo de análisis o discusión, se llegue a entender o comprender el impacto dentro del contexto del procedimiento penal ecuatoriano respecto del rol que cumple el testimonio anticipado como parte del proceso penal.

Explicativo

Las explicaciones que ofrece esta investigación sobre el testimonio anticipado, sus causales que lo motivan y justifican y los resultados procesales que produce, son necesarios para identificar tanto sus puntos fuertes como sus puntos frágiles o debatibles dentro del proceso penal, lo que acontece tanto desde una mirada general de la doctrina como desde una mirada más específica de legislación ecuatoriana en contraste con la legislación comparada que permiten disponer de pautas más adecuadas para proponer o establecer qué tipo de soluciones deberían ser consideradas para ser aplicadas.

Métodos

Como parte de los *métodos de la investigación*, se han desarrollado los *métodos teóricos* y los *métodos empíricos*. El uso o aplicación de estos métodos permiten obtener y trabajar de forma adecuada con los diferentes insumos o piezas de información, cuyos

recursos son indispensables, así como prácticos y utilitarios para abordar el análisis del problema, así como los componentes que lo integran. De tal manera, se logra obtener suficiente información sobre los elementos de la problemática lo que ayuda a identificar la magnitud de sus incidencias al mismo tiempo que las vías de solución o mecanismos más adecuados para el efecto.

En cuanto a los *métodos teóricos*, estos se sustentan por el hecho de representar distintas técnicas por las cuales se procesa y se analizan los distintos referentes teóricos que son empleados para el diseño o construcción de la investigación desde la postura y las conclusiones o razonamiento crítico de diversos autores que han escrito sobre diferentes aspectos relacionados con el problema de investigación y sobre el propio problema en sí. En consecuencia, estos métodos apuntan a que se lleve a cabo un razonamiento eficaz sobre otros recursos de carácter investigativo. Estos métodos a su vez se ven complementados por la revisión de la legislación ecuatoriana y extranjera, como es en los casos de la colombiana y peruana, cuyo punto de vista comparado permite disponer de distintos criterios sobre las incidencias sobre el fenómeno de la investigación y las soluciones sobre las incidencias que provoca.

En tanto que, sobre los *métodos empíricos*, estos se ven representados por una serie de técnicas o instrumentos donde existen diferentes insumos por los cuales se recaba o recopila información. En relación con estos métodos, se aplican técnicas tales como: las entrevistas a profesionales del derecho procesal penal y la revisión, estudio y análisis de casos relacionados con el problema u objeto de la investigación. En efecto, estas técnicas y recursos permiten una mayor aproximación al mencionado objeto para comprenderlo en

dimensiones más cercanas a la realidad jurídica ecuatoriana y contar con información, fundamentos o argumentos más adecuados para el desarrollo de la propuesta.

Métodos teóricos

Histórico jurídico:

A través de este método, se puede identificar cuál es el origen o razón de la problemática, de forma que al conocerse mejor los antecedentes se pueda realizar una observación más precisa del objeto de estudio.

Jurídico doctrinal:

Este método está representado por la revisión, estudio y análisis de distintos referentes de doctrina que mediante sus investigaciones explican y describen algunos aspectos vinculados con el tema de investigación, lo que orienta en su elaboración en cada una de sus distintas etapas.

Análisis y síntesis:

Por medio de este método se destaca los aspectos de mayor trascendencia de la investigación, por lo que de toda la información disponible se desarrolla un estudio minucioso de los elementos más sobresalientes que son parte de las fuentes de elaboración de este documento de carácter científico.

Inductivo deductivo:

Se observan, se identifican y se realiza el estudio de los aspectos específicos y generales de la investigación, para comprender los diferentes puntos de vista o enfoques que se puedan generar a través del estudio de la problemática jurídica dentro del ámbito del derecho procesal penal.

Exegético jurídico:

Este método se relaciona con la interpretación crítica a nivel personal que se propone el investigador, tanto a nivel de las fuentes de doctrina, como de las normas jurídicas pertinentes y la jurisprudencia.

Jurídico comparado:

En este método se realiza una comparación de la legislación ecuatoriana y la legislación de algunos otros Estados, como el colombiano y peruano, de manera que se puedan hallar diferencias y/o similitudes en cuanto a la forma de definir y tratar al objeto de la investigación.

Métodos empíricos

Este tipo de métodos son parte de las técnicas descriptivas y exploratorias donde se busca obtener ciertos criterios o datos a través de fuentes informativas que muestren de una forma más directa las dimensiones del problema de la investigación en su relación causa y efecto. En este sentido, a través de técnicas como la entrevista y la observación documental de procesos o estudios de caso, se pretende conocer de forma más profunda y clara al problema de la investigación constituido por su objeto y las incidencias o relación que tienen con su campo respectivo.

Cuadro de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis (CDIU)

En relación con el desarrollo de este cuadro, su propósito es establecer de forma concreta los elementos del objeto y del campo de la investigación vinculados con su respectivo problema. De esa manera, se podrá analizarlos a través de cada uno de los componentes o indicadores del respectivo cuadro, de forma tal que identifiquen los presupuestos normativos y jurisprudenciales pertinentes para una adecuada comprensión de

la respectiva problemática, la que a su vez será contrastada con la opinión de profesionales en el ámbito del derecho procesal penal, lo que contribuirá un mejor diagnóstico de la situación jurídica que emana del objeto de la investigación y hallar las soluciones que mejor respondan a los requerimientos que de él se desprendan.

Categorías	Dimensiones	Instrumentos	Unidades de análisis
El testimonio anticipado	Los procesos penales	Análisis de documentos	Constitución de la República del Ecuador Artículo. 76.7 Código Orgánico General de Procesos Artículos 120 numeral 2, 122 numeral 7 y 188 Código Orgánico Integral Penal Artículos, 444 numeral 7 463 último inciso, 501, 502 numeral 2, 582 numeral 4, 643 numeral 5.

			<p>Constitución Política de Colombia</p> <p>Artículo 29</p> <p>Código General de Procesos de Colombia</p> <p>Artículos 188, 221 y 222</p> <p>Código de Procedimientos Penales de Perú</p> <p>Artículo 151</p>
		Análisis de precedentes judiciales	<p>Se revisarán y analizarán dos procesos que constituyan una muestra de la realidad jurídica del testimonio anticipado dentro del proceso penal en el Ecuador</p> <p>Se entrevistará a cinco expertos en el área procesal penal</p>

		Entrevistas	que contribuyan con su postura crítica del problema
--	--	-------------	---

Elaborado por: Abg. Francisco Fernando Barragán Flores

Criterios éticos de la investigación

Dentro del desarrollo de esta investigación se garantiza la confidencialidad, autenticidad e imparcialidad de la información recabada como parte de cada uno de los instrumentos y unidades de análisis para su elaboración. Del mismo modo, en cuanto a las entrevistas se menciona puntualmente que tanto la identidad y la información compartida será reservada y empleada únicamente para fines académicos sin que represente ningún tipo de uso indebido o malintencionado de forma que no exponga la integridad, la reputación, la imagen y el honor de ninguna persona natural o jurídica, puesto que los criterios expuestos dentro de este instrumento cumplen una finalidad pedagógica y metodológica sin que representen posturas personales deliberadas que puedan malinterpretarse o confundirse para no ocasionar perjuicios de ninguna naturaleza.

Resultados de normas jurídicas

El presente estudio de normas jurídicas ofrece un análisis de derecho ecuatoriano en cuanto a las disposiciones que regulan o establecen la práctica del testimonio anticipado dentro de varias circunstancias y en consideración a cierto tipo de delitos. En efecto, este estudio se centra especialmente en reconocer y analizar el testimonio anticipado en relación con la víctima por cuanto es el sujeto sobre el que pesa la ofensa a sus bienes jurídicos, lo cual expone una situación de sensibilidad que requiere la práctica de este testimonio, sin

perjuicio de otras razones que puedan establecer las normas ecuatorianas, en especial con el enfoque garantista del proceso penal que son expuestas y analizadas en las siguientes líneas.

Del mismo modo, se realiza un estudio comparado del testimonio anticipado identificando y detallando sus dimensiones y alcances dentro de la legislación y sistemas procesales de Colombia y Perú. Por lo tanto, esta comparación permitiría observar y reconocer sus razones y fundamentos que a partir de su motivación se puedan identificar patrones o elementos comunes que aporten a la posterior propuesta donde se puedan establecer reglas más claras y específicas para fortalecer la práctica del testimonio anticipado dentro del sistema procesal penal ecuatoriano.

Constitución de la República del Ecuador

La CRE en su artículo. 76.7 presenta la garantía del derecho a la defensa, la que en líneas generales comprende algunos aspectos puntuales tales como: la no privación de la defensa en ninguna instancia de la causa o proceso, así como contar con el tiempo suficiente y los medios racionales para el ejercicio de la defensa técnica. Los procesos deberán ser públicos, salvo cuestiones excepcionales previstas en la ley; como, por ejemplo, cuando se trate de cuestiones que por su nivel de afectación a la víctima deban mantenerse en reserva, un caso puntual podría ser una violación, puesto que se trata de preservar la dignidad de la persona y no revictimizarla. También se destaca que toda diligencia deberá realizarse contando con los abogados de las partes (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008).

Entre otras de las garantías que son parte del derecho a la defensa, se requiere de un intérprete o traductor cuando una de las partes no comprende el idioma en que se sustancia

el procedimiento. La defensa por parte de un abogado es menester dentro de la garantía del debido proceso, por lo que ningún acto procesal puede prescindir de la representación efectuada por un abogado en relación de cada una de las partes del proceso, sea que se trate de un abogado particular o de un abogado o defensor público. También es parte primordial del debido proceso la presentación de argumentos, razones, o peticiones, sea de forma verbal o escrita por parte de cualquiera de los sujetos procesales en controversia. Esta misma garantía comprende al principio de contradicción, puesto que las partes tienen el derecho de presentar pruebas y argumentos y poderlos replicar, refutar o contestar dado que solo de esa manera se garantiza un proceso justo, equilibrado e imparcial, lo que también se conoce como principio de igualdad de armas.

Continuando con las garantías del debido proceso, se reconoce el derecho constitucional y de connotación procesal de que ninguna persona puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia, dado que la identidad de personas y de hechos, así como de la decisión de la causa, supone la calidad de cosa juzgada, lo que se avala precisamente por la identidad de presupuestos tanto objetivos como subjetivos dentro de una causa comparada con una precedente que involucre a las mismas partes y los mismos sucesos.

Por otra parte, dentro del debido proceso es menester la comparecencia de los testigos y peritos para rendir sus testimonios y responder a las preguntas que haya lugar, para así se garanticen los principios de inmediación, concentración y contradicción. A su vez, los juzgadores deberán ser independientes, imparciales y competentes, para evitar manipulaciones y arbitrariedad dentro del sistema de justicia a nivel de las causas que les corresponde conocer, sustanciar y resolver.

Al mismo tiempo, estos juzgadores deberán cumplir con el principio de motivación de sus resoluciones, de tal forma, que acrediten a las partes y a la sociedad cuáles fueron los métodos y las razones que los orientaron para fallar o decidir de determinada manera. De ese modo, se garantiza la transparencia y la publicidad de los procesos, lo que incluye a las decisiones del sistema de justicia, para así mostrar capacidad, probidad, honestidad, racionalidad; y, en especial, para que las partes procesales puedan revisar lo actuado y de encontrar errores o vulneraciones en sus derechos. En este último supuesto, de verificarse por alguna de las partes la existencia de errores o vulneración de derechos, podrán ejercer los respectivos medios impugnatorios o de aclaración sobre las decisiones tomadas por parte de los juzgadores, lo cual implica el ejercicio de una garantía fundamental que es un elemento incuestionable del debido proceso.

El artículo 77.7 de la CRE dentro de las garantías del derecho a la defensa como parte del proceso penal se precisan algunos aspectos puntuales sobre ella. Se parte del hecho que la persona procesada tiene el derecho de conocer los cargos y las razones que los motivan para su formulación en contra de ella, lo que deberá realizarse de forma previa, detallada, en su idioma y en lenguaje sencillo, además de conocer cuál es la autoridad que lo realiza. Del mismo modo, la persona procesada puede acogerse al silencio para evitar que parte o todo lo que pueda llegar a decir se termine usando en su contra. Igualmente, la garantía de defensa prohíbe la incriminación de la persona procesada.

Lo precisado previamente representa un elemento constitutivo de la garantía del derecho a la defensa, por cuanto es menester reconocer que la defensa es un acto técnico-jurídico, el cual no puede estar sujeto a improvisaciones, sino que requiere de un factor de tiempo y de medios que permitan una debida preparación para que el litigio pueda darse en

condiciones de igualdad y forma justa. De esa manera, se pretende evitar desigualdades o inequidad procesal, al mismo tiempo que parcializar los actos procesales en favor de una de las partes intervinientes del proceso, lo cual afectaría al debido proceso.

Código Orgánico General de Procesos

De acuerdo con esta norma orgánica en su artículo 120 numeral 2 se establece que dentro de toda clase de proceso se puede practicar como parte de las diligencias preparatorias y a petición de parte lo concerniente con la anticipación de las pruebas de forma urgente sobre aquellos elementos de información que pudieran perderse (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2015). Lo planteado en este artículo se relaciona con el testimonio anticipado por cuanto si la intención de practicar un testimonio de forma urgente, tiene que ver con el hecho de asegurar el acceso u obtener información clave en el momento oportuno.

Dicho de otro modo, se pretende conocer con inmediatez la verdad histórica, por cuanto en delitos graves donde la víctima pueda verse severamente perturbada su situación psicológica y emocional podría alterar tanto la percepción que tiene la víctima sobre los hechos, por lo que es importante receptar su testimonio por disponer de información más clara por tratarse de un suceso reciente; así como por el la posibilidad que la información pudiera desvanecerse, en esta caso por el hecho que la víctima por el mencionado factor de las perturbaciones no estuviera en voluntad o capacidad de contribuir del modo más eficaz y veraz posible a través de su testimonio.

En tanto que, el artículo 122 numeral 7 del COGEP prevé condiciones por las cuales se justifica e incluso se precisa la práctica del testimonio anticipado, puesto que por razones de personas con edad avanzada o con graves padecimientos de salud; incluso con alto

riesgo de que pudieran fallecer, o en casos de una eventual ausencia del país por tiempo prolongado o indefinido, entonces se constatan motivos que realmente impiden la presencia física o hasta de forma virtual para rendir testimonio. Por lo tanto, en estas condiciones, resulta imperativo que se procure receptor los testimonios antes que por las mencionadas situaciones se pierda tanto la oportunidad como la información que permita el conocimiento de los sucesos que se ligen con la verdad histórica relacionada con las investigaciones y análisis de hechos donde se presume la existencia de un delito y la participación de ciertas personas, lo cual puede ser esclarecido a través de quienes puedan presentar testimonio. En especial, este testimonio cobra mayor importancia si se trata de las víctimas, las que guardan mayor vinculación o conexión con los hechos acontecidos.

Por su parte, el artículo 188 del COGEP, precisa los testimonios se llevan a cabo en las instancias de juzgamiento, o en las respectivas audiencias. No obstante, prevé la posibilidad que se puedan realizar de forma anticipada o urgente cuando existan motivos justificados por la ley. En este caso, se han precisado las circunstancias o los motivos por lo que se puede practicar esta clase de testimonio a lo largo del presente documento de investigación. No obstante, es menester reafirmar que el testimonio anticipado no solo es una garantía o un mecanismo útil para asegurar la obtención de información de forma ágil u oportuna, sino que también representa un factor de previsión en materia procesal para anticiparse a posibles escenarios o situaciones que dificulten contar el desarrollo de un testimonio en el decurso de un proceso que se ventila ante un órgano del sistema de justicia.

En este contexto, el COGEP a pesar de ser una norma orgánica que no regula al proceso penal, sí establece algunos aspectos regulatorios para ciertas situaciones que son comunes a todos los procesos, por cuanto las directrices y preceptos del testimonio

anticipados dentro de esta norma son perfectamente aplicables al proceso penal. Esto se debe por tratarse de cuestiones que en todo proceso se puede evidenciar la necesidad de contar con el testimonio de personas relacionadas con los hechos que son materia de investigación y de sustanciación de un proceso o juicio para el esclarecimiento de los hechos, así como el descubrimiento y/o aproximación al elemento de la verdad histórica.

Código Orgánico Integral Penal

El artículo 444 numeral 7 del COIP establece como parte de las atribuciones de la Fiscalía, el que los agentes fiscales puedan solicitar a los jueces de garantías penales la recepción de testimonios anticipados, por cuanto en delitos de naturaleza sexual o de violencia contra la mujer o intrafamiliar se presentan razones que pueden justificar la práctica de este testimonio. No obstante, la norma *ibídem* reconoce que esta recepción debe aplicar los fundamentos propios de los principios de inmediación y contradicción como parte de los principios procesales dentro del contexto penal (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014).

El COIP en su artículo 463 último inciso reconoce una de las causales o motivos por los cuales se practica el testimonio anticipado, debiéndose básicamente a circunstancias motivadas por exámenes médicos relacionados con la obtención de muestras por lo que los profesionales de la salud que tienen el deber de preservar estos elementos de prueba, dentro de condiciones de seguridad una vez que los hayan remitido al personal del Sistema Especializado Integral de Investigación, deberán rendir testimonio anticipado, o en su defecto, el testimonio que se debe practicar respecto de su experticia podrá ser realizado a través de video conferencia de acuerdo con lo previsto con el COIP

Tal motivo o contexto por el cual se puede practicar el testimonio anticipado se debe por cuanto la obtención de muestras consistentes en fluidos corporales, componentes orgánicos y genético-moleculares, representan piezas o elementos claves de información que se podrían relacionar con la verdad histórica, además de la identidad y el aporte a la explicación de sucesos que podrían estar vinculados con la comisión de un delito. Es decir, contar con esa información de forma ágil y considerándose de primera mano, evitaría que se alteren la marcha y los resultados del proceso investigativo a partir de lo aportado por la pericia. Es por esta razón, que la práctica del testimonio anticipado contribuiría a garantizar la autenticidad de sus resultados.

Naturalmente, no se podía prescindir de la definición legal que aporta el COIP respecto del testimonio como parte de los medios probatorios dentro del proceso penal. Es por esta razón que el artículo 501 *ibídem* precisa que se trata de un medio que permite conocer la declaración de las partes procesales integradas por la persona procesada, la víctima y otras personas que hayan presenciado los hechos o que tengan conocimiento de ciertos acontecimientos o hechos que puedan revelar detalles acerca de la comisión de un delito.

En cuanto al artículo 502 numeral 2 del COIP se reconoce al testimonio anticipado como parte de los medios probatorios dentro del proceso penal. En tal caso, el testimonio anticipado procede en aquellos casos excepcionales donde se hallen comprendidas personas que padezcan enfermedades graves o complejas, así como personas que tengan dificultades físicas que les permitan comparecer o presentarse en los instantes procesales en los que habitualmente se presentan los testimonios; tal es el caso en de las audiencias de juzgamiento.

Del mismo modo, este testimonio puede practicarse cuando la o las personas que vayan a rendirlo deban salir del país. Otro grupo de personas que se comprende dentro de las circunstancias por las cuales se practica el testimonio anticipado son aquellas que tienen la calidad de víctimas o testigos protegidos; lo cual se justificaría tanto por la importancia de la información que puedan aportar en contextos de delitos graves, además de preservar su integridad y dichos elementos de información cuando ambos elementos afronten factores de riesgo. En este mismo contexto de protección y en relación con el testimonio anticipado se encuentran los informantes y agentes encubiertos que por la naturaleza del rol que cumplen dentro del proceso penal es evidente que se requiere de llevarse a cabo el testimonio anticipado. También, la mencionada norma establece que podrán rendir este testimonio las personas que demuestren de forma justificada y convincente que no podrán comparecer a la audiencia de juicio.

Respecto del artículo 582 numeral 4 del COIP sobre la versión ante el fiscal, se considera que en el eventual caso que la persona que rinda la versión indique que, por razones de salida del país, o bien por cualquier otro motivo justificado que le impida presentarse con su testimonio ante el Tribunal de Garantías Penales, entonces podrá solicitar a través del fiscal que los juzgadores puedan recibir su testimonio anticipado.

Por su parte, el artículo 643 numeral 5 del COIP precisa que en los casos en que se lleven a cabo procedimientos expeditos por motivos de contravenciones contra la mujer o miembros del núcleo familiar, en tales circunstancias las víctimas de este tipo de contravenciones podrán rendir testimonio anticipado, además de contar con las debidas medidas de protección, a lo que se suma la práctica de exámenes periciales y otras diligencias probatorias del ser el caso. Esto se debe por cuanto los acontecimientos de

violencia intrafamiliar y/o de género suponen sucesos delicados por lo que la naturaleza propia de los hechos y el factor de riesgo que los caracteriza motiva a que se lleve a cabo el testimonio anticipado como una forma de proteger la integridad, la información, los intereses y los derechos de las víctimas.

Constitución Política de Colombia

El artículo 29 de dicha Constitución reconoce como parte del debido proceso a que dichas garantías se apliquen sin dilaciones injustificadas (Asamblea Constituyente de Colombia, 1991). Es decir, se reconoce el derecho a que se puedan realizar ciertos actos dentro de un momento donde se considere oportuno la práctica de un acto procesal, tanto con miras a asegurar ciertos resultados o requerimientos del proceso, así como los derechos de las partes procesales. Este argumento, como tal se desprende la Sentencia C-154-2004 de la Corte Constitucional de la República de Colombia (Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 216 (parcial) del Decreto 01 de 1984, 2004). En tal caso, dicha sentencia, aunque de forma abierta y en un sentido muy general indica dentro de las reglas mínimas procesales las dilaciones injustificadas no pueden restringir el principio de celeridad y la protección de los derechos procesales de las partes.

Código General de Procesos de Colombia

Por su parte, este Código en su artículo 188 la práctica de testimonios anticipados con fines judiciales o no judiciales, por lo que cuentan con una admisión dentro del ordenamiento jurídico colombiano (Congreso de la República, 2012). A esto se suma lo establecido en el artículo 221 donde se precisan las reglas para la práctica del interrogatorio o recepción del testimonio, lo que se resume esencialmente, en corroborar la identidad del testigo, el preguntar sobre los hechos y el recibir otro tipo de información gráfica que

permita amparar su testimonio, además no se permitirá que el testigo se ayude de apuntes, salvo que se trate de valores o fechas, lo que puede ser autorizado por el juez en tanto la validez y espontaneidad del testimonio no se vea afectado.

Por su parte, lo determinado en el artículo 222 *ibídem*, en relación con la ratificación de los testimonios recibidos fuera del proceso, se podrá llevar la práctica del testimonio anticipado previendo la ratificación de los testimonios cuando lo volvieran a rendir cuando haya sido solicitado, sin que el testigo pueda leer la declaración que haya efectuado con anterioridad.

Como bien se puede apreciar, dentro del ordenamiento jurídico colombiano existe el testimonio anticipado, el cual pese a no estar establecido dentro de sus normas penales, pero por disposiciones y argumentos constitucionales, y por ende, garantistas, y a nivel de disposiciones generales o comunes para todos los procesos, se pueden presentar circunstancias por las cuales se pueda rendir testimonio anticipado, no obstante, que se requeriría de una regulación más específica dentro de la normativa colombiana.

Código de Procedimientos Penales de Perú

El Artículo 151 de dicho Código precisa que la figura de los casos urgentes avalaría la práctica de lo que se conoce como el testimonio anticipado. Por consiguiente, esta clase de testimonio se puede llevar a cabo por medios telegráficos, teléfono o radio, en tanto sea solicitado por el juez dentro de un proceso penal (Congreso Nacional, 1983). En consecuencia, se puede inferir que dentro de este proceso pueden presentarse situaciones o circunstancias especiales por las cuales un juez penal puede considerar el llamado a que se rinda un testimonio anticipado.

No obstante, el testimonio anticipado dentro de la legislación procesal penal peruana, también debería de contar con mayor precisión respecto a los fundamentos por los cuales es objeto de consideración, pero al mismo tiempo establecer reglas claras que de alguna manera permitan definir y llevar su práctica de una forma más específica y adecuada en términos garantistas para el proceso penal.

Resultados de entrevistas

En cuanto a las entrevistas y los datos y resultados que arrojan las mismas, se destaca que representan una técnica y a la vez un insumo muy importante para la elaboración de esta investigación, dado que como parte de los métodos empíricos permite contar con el conocimiento y el criterio profesional de expertos en el derecho procesal penal para que se refieran al diagnóstico de la problemática abordada en este estudio, así como a las soluciones que pueden dársele a la misma a través de la experiencia de profesionales de las ciencias jurídicas vinculados con el quehacer cotidiano del proceso penal. Es por esta razón que se efectúa un análisis general de las respuestas otorgadas a cada una de las preguntas, de forma tal que esta técnica de la investigación cumpla con sus cometidos, por lo que se respeta la veracidad y autenticidad tanto del desarrollo de las entrevistas como de lo indicado o manifestado para cada una de las personas entrevistadas, lo cual se garantiza y se respalda en los anexos que constan como evidencia de la labor realizada.

Preguntas de la investigación

1) ¿Cuál es el rol que cumple el testimonio anticipado dentro de los procesos penales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Se puede identificar que las personas entrevistadas manifiestan que el testimonio anticipado busca ser un instrumento útil, para asegurar con antelación la incorporación y la

práctica de una prueba testimonial para evitar que esta no pudiese rendirse dentro del juicio, sea por circunstancias previstas en la norma o por cuestiones fortuitas dentro de delitos que permiten entrever un nivel considerable de gravedad. Además, que dentro del contexto delicado que supone el recabar la reproducción de los hechos por parte de la víctima, esta puede ser una actividad revictimizadora que requiere ser evitada. Otro elemento a destacar por parte de los entrevistados es que por la extensión de hasta 120 días que puede tomar la sustanciación del procedimiento penal ordinario, se puede debilitar el accionar de la Fiscalía en cuanto a obtener y hacer uso de este importante medio probatorio como es el testimonio de la víctima.

2) ¿De qué manera el testimonio anticipado podría contribuir a la aproximación de la verdad histórica dentro del proceso penal?

Sobre esta interrogante, las personas entrevistadas respondieron que el testimonio de la víctima debe ser prestado en momentos oportunos, para que así se pueda ser valorado de forma armónica con el resto de elementos probatorios. De tal manera se puede establecer una valoración de criterios apegados a la coherencia, relación, lógica y similitud de los hechos. También se destaca que este tipo de testimonio aporta información fresca y con menos posibilidades que sea contaminado, por lo que se debe tener en cuenta que un factor a considerar es el temor que sienten las víctimas y que estas pueden cambiar los hechos por miedo a represalias derivadas de declarar en contra del autor del delito. Además, a criterio de los entrevistados se reconoce que este tipo de testimonios goza de mayor credibilidad por ser practicado o receptado de primera mano.

3) ¿Qué tipo de criterios o fundamentos justifican la práctica del testimonio anticipado en diversos delitos que no sean únicamente contra la integridad sexual y reproductiva y cuáles serían esos delitos?

A esta pregunta por parte de los entrevistados se precisaron algunas cuestiones importantes, puesto que como se busca fortalecer los ámbitos y las formas de la práctica del testimonio anticipado, se debe tener en cuenta que priman aquellos casos en que se tenga certeza que en posterior no se podría contar con el testimonio de la víctima, sea por motivos de salud, de salidas del país justificadas o cuando se trata de delitos graves como lo son los de asesinato o narcotráfico que pueden comprometer la integridad y la propia vida del testigo. En este sentido, se estima dentro de las entrevistas que limitar este útil mecanismo probatorio solo a delitos de naturaleza sexual, permite que en otros tipos de delitos se favorezcan las posibilidades para que impere la impunidad en casos de asesinatos, delincuencia organizada, secuestros extorsivos, tráfico de drogas, entre otros. Es así, que se destaca a través de la experiencia forense que los autores de estas conductas como primera medida tratan de localizar a los testigos oculares para amenazarlos, bien sea para que cambien su testimonio o no comparezcan a rendirlo en la audiencia de juzgamiento.

4) ¿Cómo se debería practicar el testimonio anticipado de forma tal que no vulnere las garantías del debido proceso, en especial de los principios de concentración, inmediación, igualdad de armas y derecho a la defensa?

Un punto importante que debe ser expuesto como parte de los criterios de los entrevistados, tiene que ver con el hecho que el testimonio anticipado debe ser practicado con las formalidades propias de la audiencia de juzgamiento, puesto que no puede ser realizado en secreto, sino contando con todos los sujetos procesales, de manera tal que no se vulneren las garantías del debido proceso. De la misma manera, se acota que si el testigo es mayor de edad deberá prestar juramento y advertido de la pena de perjurio. En caso que sea menor de edad, el mismo deberá estar asistido y representado por su curador. Si es un extranjero, deberá contar con la asistencia de un perito traductor. Igualmente, el testigo

deberá informar sobre sus datos personales, con excepción de cuando se trate de testigos protegidos o informantes, o cuando sea testigo encubierto o peligre su vida.

En términos concretos, el testimonio anticipado deberá garantizar el desarrollo de las normas del debido a través del cumplimiento de principios procesales imprescindibles de acuerdo con las prerrogativas del sistema acusatorio oral, por lo que se deberá garantizar los principios de inmediación, contradicción, del derecho a la defensa, así como la oralidad y la publicidad, exceptuándose los delitos sexuales. También a nivel de las entrevistas, entre sus respuestas se sugiere que el testimonio anticipado sea grabado en audio y video de modo que sea valorado posteriormente por el Tribunal de Garantías Penales dentro de la audiencia de juicio, de tal manera se estará garantizando la idoneidad de este instrumento probatorio de cara al descubrimiento de la verdad procesal.

5) ¿En su opinión cuál consideraría usted la mejor alternativa o mecanismo para esclarecer las reglas o los parámetros para mejorar y ampliar la práctica del testimonio anticipado dentro del COIP?

Las entrevistas revelan que es aconsejable que el testimonio anticipado se rinda desde el inicio del proceso penal, en especial desde que se califica la flagrancia para evitar que se diluya la información y la veracidad del testimonio con el transcurso del tiempo. Del mismo modo, se sugiere que este testimonio se realice con peritos y demás personal capacitado, de tal forma que se evite la revictimización y se mantenga la reserva de la integridad e identidad de las víctimas, como el caso de los delitos sexuales, para que se practique a través de la cámara de Gessell. Del mismo modo, debe ser una regla general que en delitos graves como asesinato se considere la práctica del testimonio anticipado.

Análisis de casos

En el desarrollo de esta investigación, se emplea la técnica de estudio de casos como una manera de demostrar de forma fehaciente y auténtica la realidad del problema vinculado al contexto del derecho procesal penal, donde se determina que es necesario introducir cambios o reformas para articular e implementar de mejor manera la práctica del testimonio anticipado dentro del ordenamiento jurídico punitivo ecuatoriano. Por lo tanto, se procede a revisar dos casos prácticos donde se analiza en el primero de ellos cómo con acierto se dispuso y se aplicó el testimonio anticipado y otro en el cual a pesar que era pertinente su práctica, esta como tal no fue realizada. Estos casos nos permiten realizar un contraste de los aspectos jurídicos que integran este acto procesal urgente, de tal forma que se pueda desarrollar una propuesta donde se establezcan mejores condiciones para su práctica respetando los derechos fundamentales de los sujetos procesales y las reglas o condiciones propias del debido proceso.

Caso 1

En este proceso signado con número de Causa N° 09285-2018-02198 se aprecia cómo se inició un proceso penal en contra de los ciudadanos A y B, por la comisión del delito de asesinato en contra del ciudadano N.N (Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Guayaquil, 2021). En tal caso, se aprecia que ambos procesados fueron sancionados con una pena privativa de libertad de veintiséis años por haber encuadrado su conducta en calidad de autores directos del mencionado tipo penal, tal como se establece de acuerdo con los artículos 140 numeral 2 del COIP y 42 numeral 1 ibídem. Del mismo modo, de acuerdo con el artículo 70 numeral 14 de la misma norma penal se les impuso una reparación integral por un monto económico de 1000 salarios básicos unificados, lo que suman un valor de 10.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Evidentemente, en la audiencia oral pública de juzgamiento comparecieron los sujetos procesales donde tanto la Fiscalía General del Estado manifestaría que existía la materialidad de la infracción y la vinculación de estas personas con el tipo penal que es materia de juzgamiento, para así demostrar la consecuente responsabilidad penal y culpabilidad de los dos ciudadanos antes mencionados. En tanto que, la defensa del ciudadano indicaría que A no se encontraba en el lugar de los hechos al momento de estos ocurridos, además que se le habría vulnerado los principios generales del debido proceso. Por su parte, la defensa del ciudadano B se manifestó que se incorporaron al proceso de forma tardía, por lo que ya se habría dado la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio. Es por esta razón, que la defensa de B, solicitaría la incorporación de prueba no solicitada oportunamente, de acuerdo con los presupuestos del artículo 617 del COIP, por lo que se pretendía demostrar que fue una tercera persona que no estaba identificada quien habría realizado el disparo que habría terminado con la vida del ciudadano N.N.

En este proceso, se observa que los testigos tuvieron un rol determinante al momento de rendir sus testimonios, puesto que a través de ellos el Tribunal de Garantías Penales en cuestión se pudo formar los criterios correspondientes para tomar una decisión sobre la situación jurídica de los dos procesados. Particularmente, se aprecia que los testigos presentados por la Fiscalía fueron determinantes en cuanto a la narración de sus hechos fue auténtica, lógica, secuencial y conexa, puesto que han permitido que los juzgadores contaran con un relato que les permitiera comprender los hechos y formarse la convicción de la participación de las personas procesadas, lo que consecuentemente derivó en el reconocimiento de su responsabilidad penal en cuanto a la forma de materialidad de la

infracción, declarando así la culpabilidad de estos sujetos procesales e imponiendo las penas antes mencionados.

Principalmente, los testimonios de la hermana de la víctima y de un menor que habría rendido testimonio anticipado fueron coincidentes, además de claros, categóricos y demostrativos en cuanto se orientó al Tribunal de Garantías Penales a llegar a una misma conclusión. Por lo que, en efecto, se produjo un elemento de búsqueda, ubicación, identificación e interceptación de la víctima, además del empleo de un arma de fuego que estaba en poder de los procesados, razón por la cual se pudo deducir que en efecto se había cometido un asesinato por parte de estas personas en contra del ciudadano N.N.

Estos relatos o testimonios evidentemente permiten corroborar que existe una coincidencia en cuanto a los testigos de Fiscalía sobre los hechos, lugares, momento y circunstancias de la infracción, motivo por el cual al compararse con los testimonios de los propios procesados se aprecia que estos no concuerdan respecto de los lugares donde se realizaron los disparos. En este contexto, entonces se determina que los testimonios para que puedan ser eficaces y auténticos para los jueces, estos deben llevar a una misma conclusión, lo que fue una condición que únicamente fue cumplida por parte de los testigos que fueron anunciados y presentados por la Fiscalía.

En cuanto al testimonio de un adolescente, se apreció una narrativa concisa y consistente sobre los hechos relacionados con la muerte del ciudadano N.N. quien era su tío, por lo que identificó plenamente a los dos sujetos que terminaron con la vida de su familiar, y manifestó observar el momento en que A le entrega la pistola a B para que lo asesinara. Otro aspecto importante, es que el testigo estuvo en capacidad de determinar cuántos tiros realizó B, por lo que es un aspecto determinante y validante para su

testimonio. Justamente, mencionó el callejón donde se produjeron los disparos y consecuente asesinato de N.N. lo que concuerda con el informe y parte policial respectivo.

De igual manera, dentro de este proceso se produjo otro testimonio anticipado por parte de C quien manifestó conocer tanto a la víctima como a los victimarios, por lo que aportó a través de su testimonio que existiría un aparente problema de relaciones de pareja entre el occiso y B, puesto que el primero habría tenido relaciones con su mujer. Igualmente, supo manifestar que escuchó alrededor de cuatro disparos que habrían terminado con la vida de N.N. Este testigo al ser una persona que tendría ciertos nexos con los procesados, dio como resultado el constatar dentro del proceso que era necesaria su protección y comparecencia dentro de la causa. De esta manera, se consideró que era importante que prestara testimonio anticipado.

En cuanto los testimonios de la defensa, estos no demostraron tener un conocimiento pleno de los hechos ni del problema que existía entre las partes involucradas y que motivaron a que se presentara el conocido acontecimiento delictivo que es materia de juzgamiento. Por otra parte, los testimonios de los propios procesados se inclinaban a establecer la responsabilidad de un tercero al cual no fueron capaz de identificar ni de explicar de forma coherente su supuesta participación. Entonces, estos testimonios en consideración del Tribunal no habrían llevado a cabo una adecuada labor de descargo.

En consecuencia, dentro de las fojas procesales de la respectiva sentencia que es objeto de estudio, se aprecia como elementos de motivación del Tribunal que el testimonio del menor debía de realizarse por tratarse de una persona que por su edad y por la condición de familiar de la víctima, en cuestión debía contar con protección especial y receptarse su testimonio de forma anticipada por ser una testigo en condiciones de vulnerabilidad. En

este contexto se aprecia que el adolescente aportó un testimonio claro por cuanto ubicó a las personas que estaban en la escena, a la víctima, a los procesados y describió la forma de participación de cada uno, por lo que el testimonio en cuestión se considera como creíble.

Por lo tanto, dentro de este caso se aprecian algunas cuestiones esenciales, la primera que tiene que ver con el hecho que el testimonio anticipado puede en efecto practicarse en delitos de contexto social y jurídico grave, como lo es en el caso del delito de asesinato. La segunda, el testimonio anticipado del menor, en este caso fue necesario, además de pertinente y efectivo para mantener y develar la verdad histórica. La tercera, este tipo de testimonios puede brindar mejores oportunidades para una descripción más adecuada de los hechos, por lo que sí es imperativo que se fortalezcan las directrices para que se puedan llevar a cabo de forma más adecuada a nivel del proceso penal ecuatoriano.

Caso 2

En lo concerniente a este caso, dentro de la Causa N° 09281-2019-04181 se abrió instrucción fiscal al ciudadano N.N por el delito de robo de acuerdo con el artículo 189 inciso primero del COIP. En este hecho punible, se debe mencionar que el citado ciudadano fue llamado a juzgamiento, pero se ratificó su estado de inocencia, dado que no se pudo comprobar la materialidad de la infracción (Tribunal de Garantías Penales Cantón Guayaquil, 2019). Otro elemento a considerarse es que dentro del proceso se practicaron algunas versiones y testimonios a lo largo de la causa, lo que se justifica porque existían denuncias previas sobre una banda delictiva que asaltaba en algunos puntos del norte de la ciudad.

Sin embargo, estas denuncias no pudieron dar lugar a una teoría de imputación y de responsabilidad penal que fuera lo suficientemente sólida para impulsar la acusación y la

sanción penal sobre N.N. En este contexto, se estima que se pudieron haber practicado algunos testimonios anticipados para tener noción de los hechos de aquellas personas que denunciaron previamente a N.N. y que se sumaron al proceso pena para presentar la acusación. No obstante, que el existir varias denuncias sobre una misma persona permitiría fundar una seria presunción de la comisión de un delito, pero esto no representaría prueba o fundamento suficiente en tanto no se cuente con elementos demostrativos de la materialidad de la infracción como uno de los presupuestos necesarios no solo para acusar, sino para sancionar a la persona que en tal escenario sea responsable de los delitos de los que se le acusa.

Entonces, el proceso en contra de este ciudadano deja algunos cabos sueltos, por cuanto la prueba y los elementos de prueba no guardan relación con la presunta actuación de la persona procesada, por lo que no existe ese nexo causal requerido para poder acusar y sancionar a la persona. De este modo, se debe puntualizar que deben existir hechos reales y probados, por lo que las denuncias y la implicación de otras personas denunciadas por robo, en cuestión precisan de saber si su conducta se adecua a los hechos denunciados. También se debe tener muy en cuenta que si se denuncia y se lleva al terreno de las presunciones la posible organización en modalidad de banda delictiva, esto debe ser probado, por lo que la pluralidad de denuncias no tendría el peso suficiente porque carece de certeza de una adecuada descripción de los hechos.

Dicho lo anterior, una de las premisas por las cuales se destaca que no pudo prosperar la denuncia y las intenciones punitivas de los denunciantes es porque a pesar que se encontraron grandes sumas de dinero, estas eran producto del traslado de una suma de dinero de una institución educativa, y que circunstancialmente las personas implicadas

estaban en sector donde se suscitaban los robos. No obstante, nunca se pudo probar la relación de N.N. con estas personas puesto que no se lo había visto con las personas que supuestamente portaban el dinero, y las operaciones de seguimiento no tenían una idea clara de a quien se perseguía por lo que en operativo fuera de una institución bancaria se había escuchado de un robo, pero las personas no tenían un vínculo entre si y quien se hallaba fuera del banco pese a ser interceptada con otros sujetos e identificado, no se evidenciaba que este tuviera evidencias contundentes que hubiera cometido un robo o que estuviera asociado con alguien más. Es por estos motivos, que se ratificó su estado de inocencia dentro de la presente causa.

En síntesis, si probablemente se daba lugar a testimonios anticipados, se hubiera podido conocer de mejor manera la verdad histórica, aunque esto no aseguraba o la ratificación del estado de inocencia de N.N. o su culpabilidad, si se hubiera dispuesto de un mayor marco de evaluación de los testimonios para contar con mayor certeza de haber valorado de mejor manera la situación jurídica de este ciudadano. En efecto, este caso aporta que el proceso penal en delitos como robo puede contar con un aporte ilustrativo de la verdad histórica por medio de la práctica del testimonio anticipado.

Capítulo de discusión

A largo del desarrollo de esta investigación se puede apreciar algunas cuestiones muy importantes para destacar el aporte y la utilidad que presenta el testimonio anticipado como una herramienta vital para la aproximación y descubrimiento de la verdad histórica sobre la comisión de un delito. Entre estas cuestiones se puede evidencia como punto de partida al propósito por el cual forma parte del proceso penal dentro de determinadas circunstancias y los casos en los cuales se aplica y la forma cómo se lo obtiene. Por lo tanto, al considerarse este primer elemento, que es asegurar la información sobre los hechos del caso previniendo cualquier situación que complique o imposibilite a la víctima en rendir su testimonio que aporte esa información, se evidencia en cuestión que la consigna de este acto procesal es garantizar un medio de prueba que pueda ser obtenido y evaluado posteriormente en la etapa de juicio.

Es decir, la obtención de tal medio de prueba que consiste en una declaración sobre los hechos observados, constatados o vividos por la víctima o por quien pudiera testificar para aclarar hechos que son materia de investigación y análisis dentro de un proceso penal, se deben recabar en un momento oportuno, el cual es en el instante inmediato o sin que transcurra un tiempo más o menos extenso, incluso antes de la audiencia de juzgamiento, para así contar con un acervo de información previsto por parte de a quien se requiera dicho testimonio, de forma tal que se pueda prever cualquier eventualidad que prive a los juzgadores y a la propia administración de justicia el conocer los hechos oportunamente en casos que no pudiera tenerse la certeza de contar con tal testimonio por parte de quien deba rendirlo, en especial si se trata de la víctima.

Del mismo modo, se precisa que el testimonio anticipado se debe realizar en aquellos casos o circunstancias en que, por las condiciones propias de un delito, y por los factores emocionales, además de aspectos ligados a la salud y a la capacidad de recordar los hechos de la víctima, se requiera de conocer dicho testimonio de forma previa a los momentos procesales en que normalmente corresponde hacerlo, en tal caso, cuando se llega a la etapa de juicio dentro de la audiencia respectiva donde se va a juzgar al presunto responsable de la comisión de un delito. Es por esta razón, que se trata de prevenir hechos o situaciones que distorsionen los recuerdos o la autenticidad del testimonio como pieza clave del reconocimiento de la verdad procesal.

En todo caso, los aspectos y razones principales que motivan y que justifican la recepción del testimonio anticipado, tienen que ver esencial y fundamentalmente en casos de ausencia o de circunstancias que afecten o incidan en la capacidad de rendir un testimonio apegado a la verdad y cuidando cada detalle que aproxime a este resultado. En el primer caso de ausencia, se pueden enunciar situaciones o hechos puntuales que permitan establecer y comprender los motivos de la ausencia de este testigo y/o víctima, los que puntualmente tendrían que ver en casos que se considere que su integridad física y su vida corran peligro, así como en casos en que la ausencia sea el producto de cuestiones de salud, de viajes o situaciones personales justificadas que de cierto modo impidan que esta persona rinda su testimonio, por lo cual se deba receptar previamente a la audiencia de juzgamiento.

En tanto que, en los casos de complicaciones de salud que afecten a la memoria, o por condiciones propias de una memoria frágil, o por perturbaciones psicológicas e incluso por evitar la revictimización, es que se presenta de forma imperativa y necesaria el que se deba rendir el testimonio anticipado por la víctima. De acuerdo con estas primeras

precisiones, se aprecia que existen motivos sumamente claros y concretos que respaldan la práctica del testimonio anticipado. Es así, que estos argumentos son los que básicamente se ven contemplados y desarrollados en la legislación penal ecuatoriana a nivel del COIP para que se consideren las causales para que se practique este tipo de testimonio.

Al considerar estos elementos constitutivos y justificativos del testimonio anticipado, entonces se puede reconocer que la doctrina aporta con bastante amplitud y con unanimidad que representa un mecanismo tanto necesario como útil para asegurar la calidad y la autenticidad de la información y reproducción de los hechos desde la perspectiva de la víctima y/o de testigos fundamentales que hayan presenciado y hasta experimentado en su contra el vejamen que supone una conducta o acción delictiva. Esta utilidad se ve respaldada por cuanto se aprecia que existe prácticamente un consenso en cuanto al aporte de este acto urgente en cuanto al elemento de descubrimiento de la verdad histórica.

En efecto, en esta investigación se ha desarrollado y explicado a lo largo de su contenido que la verdad histórica supone un elemento trascendental para el razonamiento de los juzgadores al momento de valorar los hechos y cotejarlos con los argumentos de las partes procesales y otros medios probatorios dentro de la causa penal, de tal forma que cuenten con mejores fundamentos y con elementos de prueba más sólidos que les permitan administrar justicia de forma adecuada. Visto desde esta perspectiva el testimonio anticipado cuenta con gran aceptación a nivel de la doctrina, lo que a su vez se estima validado por estar tipificado dentro de las normas del procedimiento penal en el Estado ecuatoriano, así como contar con un reconocimiento en ordenamientos jurídicos como el colombiano y el peruano.

Precisamente, a nivel de la legislación penal colombiana y peruana es que se puede apreciar que el testimonio anticipado es catalogado o considerado como un acto procesal urgente, puesto dentro de sus normativas, aunque no describen con amplitud los hechos y las circunstancias que lo motivan, sin manifiestan de forma expresa su práctica, de modo tal que no se cierran a considerar situaciones emergentes donde no solo se debe procurar el elemento de obtención y preservación de la verdad, sino también de proteger los derechos de la víctima en términos de tutela judicial efectiva, de celeridad y simplicidad procesal, al mismo tiempo que se garantiza el derecho de velar por sus intereses procesales, al igual que se trata de evitar a través de esta clase de testimonio que la víctima deba pasar por prácticas revictimizadoras.

No obstante, como toda discusión jurídica debe tener un punto de contraste y de oposición, no se puede soslayar las posturas y los argumentos por los cuales se menciona que el testimonio anticipado vulnera al debido proceso en cuanto a igualdad de oportunidades procesales, o igualdad de armas además que conspira contra el principio de contradicción como elemento fundamental y consustancial al mencionado debido proceso. Esto se debería a que la víctima o algún otro testigo de forma separada y anticipada rendiría su testimonio sin que pueda ser escuchado o valorado de manera oportuna e inmediata, lo que generaría una situación de desigualdad jurídica, así como una desventaja que sería considerada como injusta por parte de quienes representan la defensa de los derechos e intereses de las personas procesadas.

Sin embargo, tales criterios no representarían argumentos del todo sólidos, verdadero y congruentes cuando se observa que el COIP establece situaciones motivadas y justificadas donde tiene cabida excepcionalmente el rendir el testimonio anticipado, por lo

que no se trata de una regla general en detrimento de los intereses y de los derechos y garantías de la persona procesada. Inclusive, se debe considerar que, aunque tanto a nivel de la Constitución y del COIP, además de los instrumentos internacionales de derechos humanos proclaman la igualdad de oportunidades procesales, así como de otros derechos y garantías, no es menos cierto que si respecto de la víctima si requiere practicar el testimonio anticipado, es precisamente porque existen causales previstas en la normativa, en este caso del COIP que determina en sus artículos 463 y 502 numeral 2 que se presentan condiciones de vulnerabilidad de la víctima y de una situación de desventaja donde la práctica del testimonio anticipado se realiza de forma excepcional, lo que legitima su práctica y no supone motivos para que se estime ubicar a la persona procesada en relación de desventaja.

Igualmente, la administración de justicia no puede prescindir ni dejar pasar la oportunidad de averiguar y de reconocer la verdad histórica, lo que tampoco implica parcializar el accionar de los jueces de garantías penales, sino que existe un criterio de necesidad fundamentado por el cual no se puede dejar de practicar un acto urgente e imprescindible para el razonamiento de los juzgadores. En tanto que, respecto de las personas procesadas, estas cuentan con un tiempo procesal que durante el resto las investigaciones y del juicio permite preparar la defensa de estas personas.

Al mismo tiempo, se debe destacar que los procesados tendrán la oportunidad de impugnar, por lo que si de oportunidades se trata justamente existen escenarios para apelar decisiones judiciales, lo que establece un equilibrio dentro del proceso penal, en tanto que la víctima y el sistema de justicia pueden enfrentarse a escenarios donde no se pueda contar con este testimonio anticipado, tampoco el acceso en términos oportunos para averiguar y

descubrir la verdad procesal, para lo cual habría que prever la posibilidad que quizás tales oportunidades no se vuelvan a presentar.

Es así, que al considerar todo lo anteriormente expuesto, el testimonio anticipado representa un acto urgente necesario y útil como se lo ha mencionado, es de tal manera que existen argumentos que tal como se precisaron justifican su práctica dentro del proceso penal ecuatoriano. No obstante, no se puede estar ajenos a la problemática que el testimonio anticipado requiere de un mejor desarrollo en cuanto a algunas cuestiones normativas dentro del COIP que puedan articular de mejor manera la forma y los casos en los cuales se practica dentro de las causas penales en el país.

En virtud de lo antes dicho, se debe reconocer que el testimonio anticipado no solo se debe practicar en delitos de naturaleza sexual donde es el común denominador, sino que en ciertos casos relativamente se practica como por ejemplo en caso de delitos contra la vida, tal es el caso en los delitos de asesinato. Por consiguiente, bien pudiera practicarse este tipo de testimonio en otros delitos, pero en este sentido las normas del COIP, son muy abiertas e imprecisas, además que guardan cierto grado de discrecionalidad, lo que genera dudas e incertidumbre que favorezca su adecuada aplicación o práctica en el sistema procesal ecuatoriano.

Por tal motivo, resulta evidente que se precisa de introducir o aplicar reformas dentro del texto del COIP de modo tal que se tipifique de modo más específico, concreto y directo los casos en los que procede la práctica del testimonio anticipado, y que al mismo tiempo existan protocolos definidos para su aplicación, sin que esto implique dejar de lado o soslayar los derechos y garantías procesales de la persona procesada, pero tampoco sacrificar la integridad y la seguridad de la víctima, así como también se debe evitar el

fenómeno de la revictimización, lo cual representa aspectos que fueron abordados y explicados por los entrevistados en su calidad de profesionales del derecho procesal penal, quienes de acuerdo con su experiencia y capacidad han explicado y orientado en estos puntos de reflexión, tal como consta tanto en sus declaraciones dentro del cuerpo de este documento de estudio en el capítulo metodológico, así como en los anexos que respaldan del desarrollo de cada una de las labores de este trabajo de titulación.

Precisamente, el aporte de los entrevistados corrobora que el testimonio anticipado es un medio probatorio útil dada su calidad de acto urgente, al mismo tiempo que favorece al arribo a la verdad procesal y no perder información que pueda derivar en la impunidad en la comisión de delitos. Es así, que los criterios de los entrevistados abonan para el desarrollo de esta discusión donde se aprecia que ellos coinciden en que es necesario realizarse reformas en el COIP, tanto para fortalecer la práctica del testimonio anticipado, así como también para esclarecer sus reglas y que este tenga un carácter obligatorio mas no discrecional en delitos y circunstancia debidamente tipificadas.

También se aprecia, que es posible llevar un testimonio anticipado que no vulnere los derechos de la persona procesada, para lo cual se pueda garantizar la inmediación y la contradicción procesal, a su vez, que quede claro tal como se mencionó los delitos y las circunstancias en las que habrá de practicarse y la forma de cómo se deberá realizar. De ese modo, no solo se tendrá criterios sino normas uniformes que reglen la práctica del testimonio anticipado, de forma tal que la diversidad de criterios no suponga contradicciones y falta de claridad de en qué casos y condiciones se lo lleva a cabo, tal como se evidenció en las problemáticas y hechos abordados en el estudio de caso.

Capítulo de propuesta

La presente propuesta está encaminada a fortalecer las condiciones y los términos por los cuales habrá de practicarse el testimonio anticipado dentro del proceso penal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En efecto, la propuesta tiene por intención que el testimonio anticipado dentro del COIP cuente con reglas y parámetros más claros y adecuados para su práctica en el proceso penal, donde establezca en qué delitos se debe imperativamente llevar a cabo no solo dada la gravedad del delito y a ofensa a la víctima, sino por la complejidad propia de las investigaciones dentro de los tipos penales sobre los que se aplique esta propuesta.

De tal manera, la norma que desarrolle este planteamiento cuente con las debidas condiciones para tratar de asegurar la aproximación a la verdad histórica y a evitar la revictimización de quienes sufren los embates y consecuencias propias del delito, lo que constituye una representación de argumentos lógicos, consistentes y necesarios para reformar las reglas que regulen las condiciones y la forma en qué habrá de practicarse el testimonio anticipado.

Impacto social

Como parte del impacto social de esta propuesta, se podrá generar mayor confidencialidad en la sociedad y en los usuarios del sistema de justicia penal en cuanto a la forma de recabar información y de mantener una comunicación con la víctima y demás testigos de delitos de suma gravedad, de forma tal que se sientan seguros en cuanto a tener un acercamiento con las autoridades de justicia para prestar su versión de forma libre y voluntaria sin ningún tipo de coacción, intimidación, inseguridad y sin prácticas revictimizadoras, para que así puedan cooperar con la investigación penal y se sientan en

total libertad para poder relatar su versión o percepción de los hechos que contribuyan a obtener información que permita el acercamiento y/o descubrimiento de la verdad histórica en cuanto a la comisión de un delito.

De acuerdo con el criterio antes mencionado, este impacto social justamente se vería caracterizado por cuanto el desarrollo de esta propuesta donde se precise la obligatoriedad de llevarse a cabo el testimonio anticipado dentro de determinados delitos por el contexto delicado que suponen, además de contar con condiciones donde se brinde ese factor de confianza a la víctima y/o demás testigos. Esto representaría generar una impresión positiva en la sociedad en términos de demostrar que el sistema de justicia asume un mayor compromiso de administrar justicia y de castigar a los delitos como resultado de un proceso investigativo y de sustanciación jurídica enfocado en descubrir la verdad de los hechos. Es así, que si esta verdad revela la existencia de culpabilidad de la persona procesada, entonces la persona será sancionada, caso contrario será ratificado su estado de inocencia, pero en todo caso todo será producto de una investigación seria donde en las circunstancias y momentos oportunos se practiquen los medios adecuados para receptar ese testimonio anticipado que conlleve al descubrimiento de la verdad procesal.

Impacto jurídico

Respecto al impacto jurídico se debe destacar que la propuesta en relación con reformar el artículo 582 del COIP para establecer en qué casos se debe practicar el testimonio anticipado en términos más específicos donde se puntualiza en qué delitos, así como el procedimiento a seguir, en cuestión representa una propuesta totalmente innovadora que puede transformar positivamente un acto urgente que si bien es cierto cuenta con un reconocimiento jurídico dentro del COIP, y que presenta utilidad procesal, en

cuanto a la forma que se lo propone se identifica que se lo puede llevar a cabo de forma más provechosa en términos de proteger a la víctima de la revictimización, de no perder la oportunidad de acercarse a la verdad histórica, y de no atentar contra las normas o principios del debido proceso.

En tal caso, la propuesta cuenta con un importante alcance jurídico, lo cual no solo contribuye a simplificar actos procesales, sino que se puede de forma más expedita y garantista el llevar a cabo actos donde se proteja la integridad de la víctima, así como se evita que se desvanezcan los indicios de la verdad procesal, del mismo modo que se fundamenta en criterios justificados que de ninguna manera suponen condicionamientos o vulneración al derecho a la réplica o contradicción de la persona procesada. Es por esta razón que existe un beneficio jurídico dentro de esta propuesta, por lo que su sustento lógico y jurídico es demostrable.

De acuerdo con lo previamente indicado, la propuesta igualmente presente un enfoque garantista que parte del reconocimiento de principios y deberes propios del sistema de justicia penal, en tanto se cumpla con las garantías de no revictimización, así como llevar a cabo el proceso en términos de celeridad, simplicidad y economía procesal, los cuales aplican para todos los procesos que se ventilan dentro del sistema de justicia. No obstante, dentro del proceso penal estas garantías y principios adquieren un significado o valor especial por cuanto esta clase de procesos conllevan a la sensibilidad emocional y a la complejidad de ciertos aspectos probatorios, lo cual demanda que ciertos actos o diligencias se deban realizar tanto de manera urgente como eficiente, a lo cual apuntan los fundamentos de la presente propuesta.

Características

Esta propuesta se caracteriza por su carácter utilitario, práctico y factible, por lo cual se puede llevar a cabo en la práctica dentro del proceso penal y respetando las garantías vigentes dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En tal caso, los beneficios que se brindan a través de una eventual implementación son perfectamente tangibles, así como justificables y plausibles, dado que, por una parte, se evita que la víctima tenga que recordar hechos de dolorosa y/o difícil recordación. Igualmente se cuenta con el testimonio de testigos presenciales y que pueden ser elementos claves del proceso, para evitar que estos no puedan o se muestren renuentes en rendir su testimonio por distintos tipos de coacciones a su integridad o círculo personal al tener que precisar los hechos sobre la comisión de un delito. En este último caso, los testigos deberán contar con la suficiente protección por medio del Programa de Protección de Víctimas y Testigos.

Entre otros puntos benéficos de la propuesta, se resalta el hecho que se determina o especifican delitos que por temas de gravedad y complejidad termine siendo tanto necesario como útil que se lleve a cabo la práctica del testimonio anticipado. Al mismo tiempo, se debe mencionar que se permite ganar tiempo en la investigación de los delitos y en la sustanciación del caso, por lo se estaría evitando que desvanezcan los elementos de la verdad, tanto en relación con los puestos fácticos como de carácter histórico, lo cual le da mayor sentido y utilidad a esta propuesta.

Por consiguiente, se refuerza el contexto de una propuesta innovadora, útil y garantista, la que surge de la realidad que se aprecia dentro del sistema de justicia, donde sus respectivos operadores en algunos casos precisan de mejores herramientas y disposiciones jurídicas donde exista una mejor estructura para la práctica del testimonio

anticipado, lo cual se puede mejorar y fortalecer gracias al diseño de esta propuesta que pretende generar un cambio positivo dentro del sistema procesal penal, de forma tal que respetando al debido proceso se protejan los derechos de las víctimas y los testigos y esencialmente se contribuya a la preservación y descubrimiento de la verdad histórica de los hechos acontecidos dentro de la comisión de un delito.

Desarrollo de la propuesta

Propuesta de incorporación de artículo innumerado al artículo 582 del COIP

En virtud de los fundamentos de esta propuesta y de acuerdo con todos los argumentos presentados y analizados a lo largo de esta investigación, en consecuencia, se propone agregar el siguiente artículo innumerado al artículo 582 del COIP, para regular y fortalecer la práctica del testimonio anticipado, por lo cual se propone el siguiente texto:

ART. 582 Innumerado. - Obligatoriedad de petición de testimonio anticipado. - De manera exclusiva, en los casos de delitos flagrantes de robo, delitos contra la vida, y delitos contra la integridad sexual, el Fiscal de delitos flagrantes de Turno, deberá solicitar al Juez de Garantías Penales de Turno, que antes o después de la audiencia de calificación de flagrancia, se le recepte el testimonio anticipado a la víctima, así como al menos, a un testigo presencial si lo hubiere.

Tal como se puede constatar en las líneas precedentes, se ha llevado a cabo una propuesta que permite orientar de un modo más adecuado la práctica del testimonio anticipado en términos de determinar en qué delitos cabe su ejercicio, así como de los momentos y circunstancia de forma tal que se reconozcan los derechos y principios procesales, al igual que los constitucionales, con lo que se cumple con el propósito de

buscar con mejores herramientas lo concerniente a la verdad histórica y respetando las garantías propias del debido proceso.

Conclusiones

Las reglas y circunstancias por las cuales habrá de practicarse el testimonio anticipado son diversas y tienen su mención dentro del COIP. No obstante, a pesar de este reconocimiento de la norma procesal penal, se requiere de establecer de forma más expresa, clara y justificada otros contextos tipificados en la norma para llevar a cabo una mayor y mejor práctica del testimonio en aras de preservar y arribar a la verdad histórica dentro de diferentes tipos penales que son objeto de un proceso dentro del sistema de justicia penal. Del mismo modo, la investigación propone y fundamenta las razones por las cuales este testimonio debe ser practicado de manera obligatoria.

Igualmente, los resultados de esta investigación demuestran que el testimonio anticipado según los presupuestos de la doctrina tiene gran peso en virtud de su aporte para conocer la verdad histórica sobre la presunta comisión de un hecho punible. Es por esta razón, que los referentes doctrinales demuestran que el aspecto característico donde a su vez radica la importancia del testimonio anticipado tiene que ver con el hecho de la obtención de un registro reciente o próximo a los hechos en cuestiones de tiempo. Esto permite que la víctima y/o testigos puedan relatar con mayor precisión y capacidad recordar los hechos relacionados con el supuesto del delito, lo que conlleva a la verdad histórica y al mismo tiempo a proteger a víctimas y testigos, evitar que se desvanezca o se pierda su aporte a la causa, como al mismo tiempo evitar la revictimización. Igualmente, el debido proceso no se ve afectado porque la ley prevé que no se afecten los principios de inmediación y contradicción.

En la legislación penal internacional el testimonio anticipado es reconocido y practicado en países como Colombia y Perú, lo que lleva a sostener el argumento de su

utilidad por cuanto es aplicado en otras legislaciones y ordenamientos jurídicos a nivel procesal penal. Sin embargo, se aprecia que también se requiere de precisar de forma más amplia y garantista su ejercicio, por lo que la presente investigación permite proponer e introducir un modelo que se pueda desarrollar en otros Estados, lo cual abona a los aspectos prácticos y utilitarios de este trabajo académico y jurídico.

En cuanto a los estudios de caso, se aprecia que el testimonio anticipado no representa una regla general para delitos graves donde se debe asegurar la integridad y la vida de las víctimas y/o testigos, así como evitar el acceder a contar con su testimonio dentro de un momento oportuno y prevenir que desaparezcan los elementos de la verdad histórica y de carácter procesal. No obstante, se observan casos como en el caso N° 1 donde se demuestra que los testimonios anticipados pueden cumplir con un rol muy importante y ser determinantes por cuanto permiten contar con testigos claves que contribuyan a esclarecer los hechos del delito que se está investigando y que es objeto de un proceso penal.

Por otra parte, entre otro grupo de resultados de la presente investigación se constata que los entrevistados coinciden con que se deba introducir reformas en cuanto a la obligatoriedad del testimonio anticipado y que este se pueda practicar especificando de manera puntual y más amplia en los tipos de delitos o procesos en que por la gravedad del delito, así como por temas de complejidad y de protección de víctimas y testigos resulte imprescindible que se lleve a cabo. No obstante, los entrevistados manifestaron que se debe cuidar de las normas y garantías del debido proceso para que pueda existir para la persona procesada la debida contradicción de lo manifestado dentro del testimonio anticipado.

Del mismo modo, en esta investigación se concluye que la propuesta es viable, es factible y que respeta las garantías del debido proceso. Es por esta razón que el testimonio anticipado puede prestar una valiosa contribución para contar con mejores condiciones de acceso a la verdad histórica en diferentes tipos de delitos. Esto implica que se trata de una propuesta útil y que contribuye a realizar una mejor labor o desempeño procesal, dado que el reconocimiento de la verdad histórica representa un pilar fundamental para garantizar el adoptar resoluciones justas dentro del proceso penal.

Recomendaciones

Se recomienda a los operadores de justicia, en especial a los jueces de garantías penales que realicen una mayor reflexión dentro de su rol procesal para que identifiquen y valoren las causas, reglas y circunstancias que se deben tener en cuenta para disponer el testimonio anticipado, de forma tal que no solo adquiera más importancia, sino que fortalezca el criterio de proteger la integridad de víctimas y testigos, así como el aporte de sus testimonios, al mismo tiempo que el descubrimiento o aproximación a la verdad histórica. De esa manera, se ganará más espacio la práctica de este acto probatorio urgente como parte de una representación de los derechos de la víctima, cuidando los principios procesales penales de la inmediación y la contradicción como parte del debido proceso.

También se sugiere que los jueces de garantías penales realicen ponderaciones exhaustivas de las formalidades que debe cumplir el testimonio anticipado, así como el contenido y calidad del mismo, no solo para recabar información, sino para garantizar en debida forma que se tenga en cuenta lo aportado en el testimonio, y que este no represente una parcialización del proceso, sino que represente de lo que realmente se trata, de un medio probatorio para recabar elementos que permitan conducir a la verdad procesal, y que puedan ser contestados o replicados por la persona procesada, garantizado el debido proceso como un derecho fundamental.

Se expone que la propuesta de esta investigación pudiera tener una consideración dentro de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador a través de la comisión legislativa de lo penal. De esa manera, se estaría abriendo paso al desarrollo de una importante reforma dentro del COIP y como parte del proceso penal para que el testimonio anticipado cuente con pautas más claras, específicas y mejor definidas para su práctica

adecuada dentro del proceso penal. Al mismo tiempo que el desarrollo de esta propuesta represente un acto urgente obligatorio dentro del contexto de delitos graves, de manera tal que se proteja la integridad de las víctimas y de los testigos y se pueda asegurar y preservar los elementos de la verdad histórica.

Finalmente, se sugiere a las facultades de jurisprudencia del país que realicen nuevos estudios con mayor profundidad acerca del rol que cumple el testimonio anticipado dentro del proceso penal ecuatoriano. Por lo tanto, al proponerse nuevos estudios sobre este acto urgente, se podría contar con una diversidad y amplitud de criterios que fortalezcan la forma de cómo se lo contempla y se lo lleva a cabo dentro del ordenamiento jurídico penal, de forma que se pueda obtener un mayor provecho en los casos en que sea practicado, cosa que se alcanzaría una mayor utilidad procesal.

Bibliografía

- Abanto, M., & Roxin, C. (2012). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Lima: Grijley.
- Aguayo, J. (2017). *Apuntes sobre el principio de oralidad en el Código Orgánico Integral Penal*. Guayaquil : Biblioteca Jurídica.
- Aguilar, M., & Cossio, J. (2017). *La prueba en el proceso penal acusatorio*. Barcelona: Wolters Kluwer España .
- Ambos, K., & Malarino, E. (2019). *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*. Valencia : Tirant lo Blanch.
- Armenta, T. (2017). *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Asamblea Constituyente de Colombia. (1991). *Constitución de Colombia*. Gaceta Constitucional N° 114 de 04-jul-1991.
- Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. R.O. N° 444 de 20-oct-2008.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. R.O. Sup. 180 de 10-feb-2014.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. R.O. Sup. 506 de 22-may-2015 .
- Azogue, W. (2017). *La valoración del testimonio de los menores abusados sexualmente y la revictimización*. Ambato: Uiversidad Técnica de Ambato. Obtenido de <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/26815/1/FJCS-DE-1051.pdf>
- Berizonce, R. (2017). Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos. *Revistas ICDP*, 19-43. doi:<http://dx.doi.org/10.32853/01232479.v44.n44.2016.432>
- Binder, A. (2012). *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires : Ad Hoc.
- Cadena, M. (2015). *Procedimientos y aplicación de la cámara de Gésell en el Ecuador, en relación al testimonio anticipado (urgente) en los delitos de violación*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4741/1/T1760-MDP-Cadena-Procedimientos.pdf>
- Caro, J. (2017). *Normativismo e imputación jurídico-penal: estudios de Derecho Penal funcionalista*. Lima: ARA.

- Chozas, J., & Álvarez de Neyra, S. (2015). *Los sujetos procesales en el derecho penal*. Madrid: Dykinson.
- Congreso de la República. (2012). *Código General de Procesos*. Congreso de la República.
- Congreso Nacional. (1983). *Código de Procedimientos Penales*. R.O. 511 de 10-jun-1983.
- Cury, R. (2016). *Práctica penal*. Río de Janeiro: Editora Método Ltda.
- Delgado, J. (2018). *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 216 (parcial) del Decreto 01 de 1984, Sentencia C-154-2004 (Corte Constitucional de la República de Colombia 24 de Febrero de 2004).
- Díaz, M., & Barea, P. (2018). *Acceso a la abogacía. Tomo I. Materias comunes*. Madrid : Tecnos.
- Duarte, P. (2008). *La prueba penal*. Santo Domingo, República Dominicana: Ediciones Jurídicas Trajano Potentini.
- Ferrajoli, L. (2014). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Fiorenza, A. (2019). *En torno al proceso*. Barcelona: José María Bosch.
- Flores, I. (2011). *La prueba en el proceso penal italiano*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, A. (2016). *Reforma penal 2008-2016: el sistema penal acusatorio en México*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- González, M. C. (2021). *El testimonio como prueba: una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*. Barcelona: José María Bosch.
- Guevara, I. (2018). *La prueba en el proceso penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Guzmán, M., & Ferrajoli, L. (2018). *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- López, E. (2017). *Juicios orales en materia penal*. México: IURE Editores.
- Lorca, A. (2019). *El proceso justo, equitativo y de efectiva tutela*. San Sebastián : Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Marchiori, H., & Bido, J. (2017). *Victimología: protección a las víctimas*. Córdoba, Argentina: Encuentro Grupo Editor.
- Martínez, L. (2006). *Principio de oportunidad*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Michel, C. (2013). *Notas forenses*. Londres: Mcgraw-Hill Interamerican.

- Morillo, D. (2019). *El derecho a la no revictimización a las mujeres víctimas de la violación sexual y el derecho a la tutela judicial efectiva*. Quito: Universidad Central del Ecuador. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/18173/1/T-UCE-0013-JUR-171.pdf>
- Nieva, J. (2019). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Núñez, E. (2019). *El testimonio anticipado y las pruebas de embarazo en los delitos sexuales en las sentencias emitidas por el Tribunal Penal de Chimborazo durante los años 2017-2019*. Riobamba: Universidad Nacional de Chimborazo. Obtenido de <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/5876/1/UNACH-EC-FCP-DER-2019-0025.pdf>
- Pastor, A. (2019). *El Ministerio Público y el proceso penal en Europa*. Barcelona: Atelier.
- Rodríguez, O. (2012). *El testimonio penal y su práctica en el juicio oral y público*. Bogotá: Editorial Temis.
- Roxín, C. (2014). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sabogal, M., & Carvajal, J. (2017). *El juicio oral en el sistema pena acusatorio: normas rectoras procesales, acusación, preparatoria y juicio*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Toledo, P. (2017). *El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Tribunal de Garantías Penales Cantón Guayaquil, Causa N° 09281-2019-04181 (Tribunal de Garantías Penales Cantón Guayaquil 20 de Noviembre de 2019).
- Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Guayaquil, Causa N° 09285-2018-02198 (Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Guayaquil 3 de Septiembre de 2021).
- Trujillo. (1976). *La relación material de la causalidad en el delito*. México: Porrúa.
- Tschadek, O. (2017). *La prueba: estudio sobre los medios de prueba y la apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis.
- Vásquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons.
- Vásquez, J., & Mojica, C. (2010). *Principio de oportunidad: reflexiones jurídico-políticas*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Vidal, B. (2017). *Introducción al derecho procesal*. Madrid: Difusora Larousse.
- Yanes, M. (2021). *El testimonio anticipado como medio de prueba en delitos de abuso sexual*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Obtenido de

<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8202/1/T3586-MDPE-Yanes-El%20testimonio.pdf>

Yáñez, R. (2018). *Enjuiciamiento criminal inmediato*. Valencia: Tirant lo Blanch,.

Zetien, J. (2017). *La prueba de refutación en el proceso penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez .

Anexos

Anexo 1

Preguntas de investigación

- 1) ¿Cuál es el rol que cumple el testimonio anticipado dentro de los procesos penales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano?**
- 2) ¿De qué manera el testimonio anticipado podría contribuir a la aproximación de la verdad histórica dentro del proceso penal?**
- 3) ¿Qué tipo de criterios o fundamentos justifican la práctica del testimonio anticipado en diversos delitos que no sean únicamente contra la integridad sexual y reproductiva y cuáles serían esos delitos?**
- 4) ¿Cómo se debería practicar el testimonio anticipado de forma tal que no vulnere las garantías del debido proceso, en especial de los principios de concentración, inmediación, igualdad de armas y derecho a la defensa?**
- 5) ¿En su opinión cuál consideraría usted la mejor alternativa o mecanismo para esclarecer las reglas o los parámetros para mejorar y ampliar la práctica del testimonio anticipado dentro del COIP?**

Anexo 2

Datos de personas entrevistadas

Entrevistado 1



Abg. Fernando Lalama. Juez del Tribunal Único de Garantías Penales del Guayas con sede en el Cantón Guayaquil.

Entrevistado 2



Abg. José Cañizares Mera Juez de Tribunal Penal de Guayaquil Matrícula # 11271 C.A.G.

Entrevistada 3



Abg. Tania Monroy Sotomayor Jueza de Tribunal de Garantías Penales con sede en la ciudad de Guayaquil, Matrícula 09-208-631 FAG

Entrevistada 4



Dra. Martha Gavilanes

Entrevistado 5

Asunto: RV: ENTREVISTA

De: Nebel Fabricio Viera Encalada

Enviado: lunes, 6 de junio de 2022 23:06:1

Para: Francisco Fernando Flores Barragan

Cc: Francisco Fernando Flores Barragan

Asunto: Re: ENTREVISTA

Abg. Nebel Viera Encalada

Nota: Por cuestiones de agenda del funcionario no fue factible realizar la entrevista de forma personal y certificarlo con la debida fotografía. No obstante, se acredita como constancia la recepción del correo electrónico para efectos de certificar la autenticidad de la entrevista en cuestión.

Anexo 3

Contestación a las preguntas por parte de los entrevistados

RESPUESTAS

ENTREVISTADO: Ab. Esp. Fernando Xavier Lalama Franco, Juez del Tribunal Único de Garantías Penales del Guayas con sede en el Cantón Guayaquil.

1.- ¿Cuál es el rol que cumple el testimonio anticipado dentro de los procesos penales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano?

R.- El testimonio anticipado es un útil mecanismo procesal para poder introducir dentro del proceso, una prueba testimonial sobre la cual existe el riesgo que no sea aportada en el juicio, lo que podría ocasionar en unos casos que los delitos queden impunes, o se condene un inocente. Este medio probatorio ha demostrado ser, más que nada en los delitos sexuales, un mecanismo eficaz para evitar la revictimización de las víctimas, así como que pueda ser practicado antes que la víctima desista de testificar contra su agresor, como acontece en los delitos sexuales cometidos por personas del entorno familiar de la víctima.

2.- ¿De qué manera el testimonio anticipado podría contribuir a la aproximación de la verdad histórica dentro del proceso penal?

R.- Porque aporta un testimonio FRESCO Y CON MENOR POSIBILIDAD DE SER CONTAMINADO, ya que al ser aportado muy cerca de la comisión del delito, el recuerdo del testigo es reciente, y además, por cuanto el deseo de que se haga justicia aún es mayor al temor a las represalias, lo que surgirá después de un tiempo, cuando el testigo piense en las consecuencias de tener que declarar contra el autor del delito. De igual manera, la posibilidad que se contamine su testimonio es menor, ya que al ser aportado en los primeros días o semanas después de cometerse la infracción, es más difícil que sea contaminado, entendido esto, como que altere lo que vio o escuchó.

3.- ¿Qué tipo de criterios o fundamentos justifican la práctica del testimonio anticipado en diversos delitos que no sean únicamente contra la integridad sexual y reproductiva y cuáles serían esos delitos?

R.- Es un error garrafal de los juzgadores el limitar la aplicación de este útil mecanismo probatorio a los delitos de naturaleza sexual; pues eso deja abierta la posibilidad que delitos graves como los asesinatos, delincuencia organizada, secuestros extorsivos, tráfico de drogas, etc. queden en la impunidad. La experiencia forense nos ha demostrado que lo primero que hacen los autores de estas graves conductas punibles es localizar a los testigos oculares y amenazarlos para que cambien su testimonio o simplemente no concurren al juicio con lo que esa prueba determinante para establecer la participación no se aporta en el juicio, provocando impunidad.

4.- ¿Cómo se debería practicar el testimonio anticipado de forma tal que no vulnere las garantías del debido proceso, en especial de los principios de concentración, inmediación, igualdad de armas y derecho a la defensa?

R.- El testimonio anticipado como todo testimonio debe ser rendido ante el juez garantista, quien se debe preocupar que se respeten las normas de debido proceso y los principios del sistema acusatorio oral, como la inmediación, la CONTRADICCIÓN Y DERECHO A LA DEFENSA, la oralidad, publicidad, (excepción de los delitos sexuales). Para ello debe permitir incluso la presencia telemática del procesado evitando que pueda tener comunicación con el testigo. El testimonio anticipado debe ser grabado tanto en audio como en video, a efecto que pueda ser visto y valorado por el Tribunal en la audiencia de juicio. De esa manera el testimonio anticipado es una prueba idónea para el establecimiento de la verdad procesal.

5.- ¿En su opinión cuál consideraría usted la mejor alternativa o mecanismo para esclarecer las reglas o los parámetros para mejorar y ampliar la práctica del testimonio anticipado dentro del COIP?

R.- Si lo que se pretende es evitar la impunidad de los delitos, en unos casos por falta de los testigos del hecho, o en otros, que se condene un inocente; debe reformarse la disposición contenida en el artículo 502 numeral 2 del COIP, en el sentido que además de los casos determinados en esa norma, EL JUEZ PODRA RECIBIR COMO PRUEBA ANTICIPADA LOS TESTIMONIOS DE LOS TESTIGOS OCULARES DEL HECHO, SOBRE LOS QUE EXISTA LA POSIBILIDAD DE AMENAZA O INTIMIDACION PARA QUE NO CONCURRAN A RENDIR TESTIMONIO EN EL JUICIO. Como no hay mejor forma de explicar las cosas que con un ej. El suscrito cuando intervino como juez del Tribunal Noveno de Garantías Penales del Guayas, en un juicio por asesinato, receiptó el testimonio del testigo presencial del hecho, hijo de la víctima. Este testificó en presencia del autor del crimen, quien como es común, estaba acompañado en la audiencia por sus familiares. Al término de la audiencia y luego que el Tribunal declaró la culpabilidad del procesado, a los dos o tres minutos INGRESO LA HERMANA DEL TESTIGO OCULAR, HIJO DE LA VICTIMA, QUIEN LLOROSA NOS DIJO QUE EL CONDENADO AL SALIR DE LA AUDIENCIA LOS AMENAZO DE MUERTE TANTO AL HIJO DE LA VICTIMA (TESTIGO DEL CRIMEN) COMO A SU HERMANA.

Desde ese momento el suscrito juez por todos los medios a su alcance se preocupó porque esta herramienta del testimonio anticipado sea aportada en los juicios contra la vida, que son donde más se producen las amenazas contra los testigos, las cuales en muchos casos han llegado al asesinato de los mismos.

AB. FERNANDO LALAMA FRANCO
JUEZ DE TRIBUNAL PENAL DE GUAYAQUIL

Entrevistado Abg. José Cañizares Mera Juez – Tribunal Penal de Guayaquil

1) ¿Cuál es el rol que cumple el testimonio anticipado dentro de los procesos penales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Como su nombre lo indica, es un testimonio o declaración adelantada o anticipada al día del juicio, cuando el testigo tiene algún impedimento de carácter físico, médico, de seguridad a su integridad o por ausencia de comparecer a la audiencia de juzgamiento, que es la etapa final del proceso penal, y por lo tanto, no puede esperar demasiado tiempo hasta que se dé instale la audiencia, por ejemplo cuando va a viajar fuera del país, o cuando esta grave de salud y pelagra su vida, para evitar revictimización en el caso de las víctimas de delitos sexuales o en casos de testigos presenciales delitos contra la vida y pelagra su vida por estar amenazados, anotándose que este testimonio se efectúa con todas las formalidades del juicio. Por lo tanto, el rol del testimonio anticipado sería básicamente el de asegurar y garantizar el cumplimiento del debido proceso, en la audiencia de juzgamiento, en la garantía de la actuación probatoria válida y eficaz.

2) ¿De qué manera el testimonio anticipado podría contribuir a la aproximación de la verdad histórica dentro del proceso penal?

Contribuye de manera directa a la aproximación de la verdad histórica, por cuanto, al ser un testimonio, como medio de prueba tiene que ser valorado de manera armónica con el resto de acervo probatorio, es decir, su contenido tiene que ser objeto de una valoración en conjunto y contexto con los demás medios de prueba, con los que tiene que guardar coherencia y relación lógica y similitud, para que sea eficaz y cumpla con su objetivo de sustentar una teoría o argumento.

En ese sentido es esencial el testimonio anticipado, porque al obtenerse o practicarse anticipadamente significa que es vital o relevante, para la parte que lo solicita, porque existe un riesgo de que se ausente del juicio, en ese sentido su práctica es importante y trascendente

en la etapa del juicio, porque significa que va a portar una información relevante para la teoría que se pretende demostrar o justificar.

3) ¿Qué tipo de criterios o fundamentos justifican la práctica del testimonio anticipado en diversos delitos que no sean únicamente contra la integridad sexual y reproductiva y cuáles serían esos delitos?

Tienen que ver con la situación personal del testigo, es decir, en primer lugar su estado de salud grave, cuando está en riesgo de perder su vida antes de la realización de la audiencia de juzgamiento; otro ejemplo sería cuando viven fuera del país o van a salir del país, en estos casos, es vital la práctica del testimonio anticipado, para evitar que por este hecho se pierda o se debilite una teoría a probarse en el juicio, éste tipo de motivos o fundamentos se pueden dar en cualquier tipo de delitos que no sean de carácter sexual, por cuanto, es un medio de preservar una prueba independientemente de la naturaleza del delito que se vaya a juzgar.

Otros casos son los testigos protegidos, para garantizar su vida, cuando está amenazada o en peligro directamente por el proceso penal, esto se da en casos de asesinato o que tiene que ver con el narcotráfico.

4) ¿Cómo se debería practicar el testimonio anticipado de forma tal que no vulnere las garantías del debido proceso, en especial de los principios de concentración, inmediación, igualdad de armas y derecho a la defensa?

Para que sea válido, tiene que cumplir con todas las formalidades que se cumplen en la audiencia de juzgamiento, porque no se trata de una declaración clandestina o en secreto, todo lo contrario, se practica ante todos los sujetos procesales, como son, la parte acusadora pública (fiscalía), o privada (acusación particular), el procesado y su defensor (tiene derecho a examinar o preguntar), y ante los jueces que van a decidir, sea unipersonal o pluripersonal (tribunal penal).

Si es mayor de edad tiene que realizarse con juramento, advirtiéndole de la pena de perjurio.

Si es menor de edad tiene que estar asistido o representado de un curador.

Si es extranjero tiene que realizarse con un perito traductor.

El testigo deberá informar sobre sus datos personales como nombres completos, dirección estado civil, dirección, excepto cuando se trata de testigos protegidos o informantes, encubierto o esté en riesgo su vida.

5) ¿En su opinión cuál consideraría usted la mejor alternativa o mecanismo para esclarecer las reglas o los parámetros para mejorar y ampliar la práctica del testimonio anticipado dentro del COIP?

Se lo debería practicar desde el momento del inicio del proceso penal, especialmente desde que se califica la flagrancia, para evitar que se desvanezca o pierda en el transcurso del tiempo de duración de un proceso penal.

Se lo debería practicar con la presencia de peritos especializados en derecho procesal penal, muchas veces los peritos que intervienen son expertos en su área, pero no en derecho procesal penal, y cometen errores, que pueden vulnerar derechos, como por ejemplo en los casos sexuales contra menores de edad, se debe mantener en total reserva los nombres de las víctimas, y así se lo hace (se la identifica con iniciales), hasta la declaración en cámara de Gessell, la perito psicóloga al realizar la primera pregunta, le pide que diga sus nombres completos a la víctima y ésta los dice y queda grabado.

Finalmente se debería prohibir, la reproducción del cd en la audiencia, y únicamente se debería dejar una constancia en texto escrito por parte del actuario, de lo más relevante dicho por el testigo, relacionado con la persona sospechosa o el hecho mismo, (sin señalar nombres o identidad del testigo), luego de lo cual se debería ordenar la destrucción del cd que contiene el testimonio. Así se garantizaría de verdad los derechos de las víctimas de delitos sexuales y testigos informante o protegidos.

Abg. José Cañizares Mera

Juez – Tribunal Penal de Guayaquil

1) ¿Cuál es el rol que cumple el testimonio anticipado en de los procesos penales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano?

R: De una prueba testimonial de carácter presencial de los hechos, que puede llevar al Juzgador a resolver una causa, evitando que ese testigo sea amenazado para cambiar su testimonio, o que incluso atenten contra su vida para generar impunidad, pues el procedimiento penal ordinario puede demorar de hasta 120 días como mínimo para que se resuelva y en ese tiempo la Fiscalía podría quedarse sin esa prueba importante que es un testigo presencial de los hechos, con lo cual podrá destruir el principio de inocencia que goza un procesado.

2) ¿De qué manera el testimonio anticipado podría contribuir a la aproximación de la verdad histórica dentro del proceso penal?

R: Pues el testimonio anticipado se lo debe realizar a todo testigo presencial de un hecho, ya que esa es la información que puede servir para destruir el principio constitucional de inocencia, pues al momento de valorar en el juicio el acervo probatoria, se le da credibilidad a ese testigo presencial que narra los hechos con claridad, congruencia y concordancia y se lo contrapone con aquellos testigos referenciales que deberán coincidir con lo que el testigo presencial manifestó con lo cual genera una certeza de más allá de toda duda razonable.

3) ¿Qué tipo de criterios o fundamentos justifican la práctica del testimonio anticipado en diversos delitos que no sean únicamente contra la integridad sexual y reproductiva y cuáles serían esos delitos?

R. En todos los delitos contra la vida, es de vital importancia que la Fiscalía solicite testimonio anticipado de aquellos testigos presenciales del hecho, con la finalidad de cuidar testimonio que será valorado en juicio y que ese testigo se convertiría en un enemigo peligroso para quien cometió la infracción, corriendo peligro incluso su vida y la de su

familia, pero si se recepta el testimonio anticipado desde el inicio del proceso penal el riesgo de perder ese testigo es menor.

4) ¿Cómo se debería practicar el testimonio anticipado de forma tal que no vulnere las garantías del debido proceso, en especial de los principios de concentración, inmediación, igualdad de armas y derecho a la defensa?

R: Se debería solicitar por la Fiscalía en la audiencia de formulación de cargos, luego que en esa audiencia ya se haya resuelto el inicio de instrucción Fiscal y las medidas cautelares para que comparezca a juicio, de esa manera se aplicaría el principio de concentración, economía procesal, inmediación, contradicción e igualdad de armas, ya que la defensa también podría hacer uso de ese tipo de diligencia solicitando algún testimonio anticipado de un testigo presencial que demuestre lo contrario o confirme su teoría, de esa manera sería aplicado a tiempo preservando esa prueba.

5) ¿En su opinión cuál consideraría usted la mejor alternativa o mecanismo para esclarecer las reglas o los parámetros para mejorar y ampliar la práctica del testimonio anticipado dentro del COIP?

R: Que se lo incluya dentro del procedimiento como exigencia en todos los casos penales en especial los flagrantes, cuando se conozca que existe un testigo presencial del hecho, de esa manera se generarían menos impunidad por ausencia de testigos que conozcan los hechos ilícitos cometidos y sobre todo que hayan visto quien o quienes fueron los que lo cometieron, disminuyendo de este modo la impunidad.

Entrevistada Tania Paola Monroy Sotomayor, Jueza de Tribunal de Garantías Penales con sede en la ciudad de Guayaquil, Matrícula 09-208-631 FAG.

1) ¿Cuál es el rol que cumple el testimonio anticipado en de los procesos penales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano?

R: De una prueba testimonial de carácter presencial de los hechos, que puede llevar al Juzgador a resolver una causa, evitando que ese testigo sea amenazado para cambiar su testimonio, o que incluso atenten contra su vida para generar impunidad, pues el procedimiento penal ordinario puede demorar de hasta 120 días como mínimo para que se resuelva y en ese tiempo la Fiscalía podría quedarse sin esa prueba importante que es un testigo presencial de los hechos, con lo cual podrá destruir el principio de inocencia que goza un procesado.

2) ¿De qué manera el testimonio anticipado podría contribuir a la aproximación de la verdad histórica dentro del proceso penal?

R: Pues el testimonio anticipado se lo debe realizar a todo testigo presencial de un hecho, ya que esa es la información que puede servir para destruir el principio constitucional de inocencia, pues al momento de valorar en el juicio el acervo probatoria, se le da credibilidad a ese testigo presencial que narra los hechos con claridad, congruencia y concordancia y se lo contrapone con aquellos testigos referenciales que deberán coincidir con lo que el testigo presencial manifestó con lo cual genera una certeza de más allá de toda duda razonable.

3) ¿Qué tipo de criterios o fundamentos justifican la práctica del testimonio anticipado en diversos delitos que no sean únicamente contra la integridad sexual y reproductiva y cuáles serían esos delitos?

R. En todos los delitos contra la vida, es de vital importancia que la Fiscalía solicite testimonio anticipado de aquellos testigos presenciales del hecho, con la finalidad de cuidar

testimonio que será valorado en juicio y que ese testigo se convertiría en un enemigo peligroso para quien cometió la infracción, corriendo peligro incluso su vida y la de su familia, pero si se recepta el testimonio anticipado desde el inicio del proceso penal el riesgo de perder ese testigo es menor.

4) ¿Cómo se debería practicar el testimonio anticipado de forma tal que no vulnere las garantías del debido proceso, en especial de los principios de concentración, inmediación, igualdad de armas y derecho a la defensa?

R: Se debería solicitar por la Fiscalía en la audiencia de formulación de cargos, luego que en esa audiencia ya se haya resuelto el inicio de instrucción Fiscal y las medidas cautelares para que comparezca a juicio, de esa manera se aplicaría el principio de concentración, economía procesal, inmediación, contradicción e igualdad de armas, ya que la defensa también podría hacer uso de ese tipo de diligencia solicitando algún testimonio anticipado de un testigo presencial que demuestre lo contrario o confirme su teoría, de esa manera sería aplicado a tiempo preservando esa prueba.

5) ¿En su opinión cuál consideraría usted la mejor alternativa o mecanismo para esclarecer las reglas o los parámetros para mejorar y ampliar la práctica del testimonio anticipado dentro del COIP?

R: Que se lo incluya dentro del procedimiento como exigencia en todos los casos penales en especial los flagrantes, cuando se conozca que existe un testigo presencial del hecho, de esa manera se generarían menos impunidad por ausencia de testigos que conozcan los hechos ilícitos cometidos y sobre todo que hayan visto quien o quienes fueron los que lo cometieron, disminuyendo de este modo la impunidad.

Entrevistada Dra. Martha Gavilanes

1) ¿Cuál es el rol que cumple el testimonio anticipado dentro de los procesos penales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano?

En la actualidad el testimonio anticipado cumple un rol fundamental para la determinación de la responsabilidad penal de un procesado, toda vez que en la mayoría de los casos las víctimas y los testigos de delitos graves como asesinatos, violaciones, sicariatos, ect. Luego de presentar sus denuncias, desaparecen del proceso y cuando hay la actuación diligente del fiscal, se logran receptar estos testimonios a fin de que puedan incorporarse al proceso en la etapa de juzgamiento.

2) ¿De qué manera el testimonio anticipado podría contribuir a la aproximación de la verdad histórica dentro del proceso penal?

Cuando una víctima o testigo de un delito, presta su testimonio ante las autoridades judiciales para el esclarecimiento de los hechos acaecidos, es más fácil para el investigador, poder determinar con más precisión no solo la consumación de un delito sino también la responsabilidad y participación de los inicialmente sospechosos o procesados, lo que le permitirá desarrollar una investigación sobre bases sólida y llevar un caso contundente con ese medio de prueba que será vital en la etapa de juzgamiento para que sea valorado por el tribunal de garantías penales.

3) ¿Qué tipo de criterios o fundamentos justifican la práctica del testimonio anticipado en diversos delitos que no sean únicamente contra la integridad sexual y reproductiva y cuáles serían esos delitos?

Considero que principalmente se debe tomar en consideración que dentro de un proceso penal, se encuentran involucrados derechos y garantías de dos partes procesales, como lo son la parte procesada que recibe la arremetida del Estado y que siguiendo normativas internacionales, constitucionales y legales de Derechos Humanos, se presume su inocencia y debe ser el Estado que de conformidad con el artículo 195, representada por la Fiscalía General del Estado que debe no solo argumentar y alegar, sino que debe probar que tal o cual persona participó en algún delito, sea de naturaleza sexual o contra la vida, como puede también ser delitos de trata de personas, estafas, delitos contra el sistema financiero, corrupción o cualquier otro que implique el riesgo del testigo o víctima tanto por seguridad,

por quebranto en su salud, o ya sea que solo se encuentre de paso por el país, para que se aplique esta herramienta fundamental del testimonio anticipado y los delitos no queden en la impunidad, porque muchas veces la fiscalía solo presenta testimonios referenciales que no dan certeza a los tribunales para determinar culpabilidad de alguna persona.

4) ¿Cómo se debería practicar el testimonio anticipado de forma tal que no vulnere las garantías del debido proceso, en especial de los principios de concentración, inmediación, igualdad de armas y derecho a la defensa?

Eso es importante, que se respeten las garantías y derechos al debido proceso que le asisten a las víctimas y a los procesados. El testimonio anticipado debe contar obligatoriamente con la notificación al procesado para que directamente o a través de su defensa legal sea pública o privada se encuentre presente durante la práctica de esta diligencia para que en presencia de las autoridades como son el Juez que es quien, a pedido de la Fiscalía, ordena la recepción de este testimonio, pueda ejercer, en igualdad de armas, los principios de inmediación, concentración, contradicción y comunidad de la prueba, para asegurar que no se restrinja el derecho a la defensa y se haga efectiva la tutela judicial y haya seguridad jurídica para las partes. De lo contrario no serviría de nada este testimonio porque en algún momento procesal se debe declarar la nulidad de la diligencia.

5) ¿En su opinión cuál consideraría usted la mejor alternativa o mecanismo para esclarecer las reglas o los parámetros para mejorar y ampliar la práctica del testimonio anticipado dentro del COIP?

Aunque en la actualidad la Fiscalía General del Estado, no en todos los casos de riesgo, adopta diligentemente esta herramienta procesal, incluida en nuestra legislación, únicamente se quedan con las denuncia o versiones, que luego no pueden ser valoradas por los jueces del tribunal en la etapa de juzgamiento y lamentablemente, los casos quedan en la impunidad por falta de previsión por parte del fiscal investigador.

Convencida estoy que, no solo basta con que luego de cometido un hecho delictivo, más que todo en los flagrantes, salgan fiscales y policías a dar declaraciones en la prensa y darse golpes de pecho, cuando ya dentro del proceso las investigaciones son muy flojas,

contradictorias que no llevan a la determinación de la culpabilidad de la persona procesada y principalmente privada de la libertad.

Cuando existe un caso complejo, en el caso de los delitos flagrantes, desde que se formulan cargos, debe asegurarse la comparecencia de todas las personas que directamente tengan conocimiento del delito, sean víctimas o testigos, para que el fiscal del caso, solicitando al juez competente para que autorice la práctica de la diligencia, fije día y hora, convocando a todos los sujetos procesales a fin de que nadie se quede en indefensión y puedan intervenir activamente en la recepción del testimonio. Esto debe hacerse de inmediato, no esperar a que llegue el límite del cierre de la instrucción fiscal, porque pueden suceder múltiples inconvenientes y la diligencia queda en el aire.

Es importante que los equipos utilizados para la recepción del testimonio anticipado, es decir de audio y video, tengan una señal óptima y pueda verse y escucharse al testimonio sin interrupciones. Lo importante de esta herramienta es que el tribunal al momento de valorar la prueba también puede valorar, no solo lo que escucha, sino el lenguaje corporal del testigo.

De la experiencia que se tiene a lo largo de casi quince años de funcionaria judicial, primero como fiscal y los últimos nueve años como Juez de tribunal de garantías penales es que, muchas veces las personas que comparecen van a relatar un libreto estudiado y no guarda relación con la gravedad y detalles de la investigación, lo que permite al tribunal, poder tomar una decisión valorando las pruebas en su conjunto.

Cuando se traten de delitos no flagrantes, debe tomarse el testimonio anticipado cuando ya se haya reconocido la denuncia y se haya indicado el nombre del sospechoso o sospechosos para que luego de que sean legalmente notificados en sus domicilios con constancia de dicha notificación en el cuaderno investigativo, se lo convoque a participar del testimonio anticipado sea con abogado particular o público. Todo a fin de que no se limite el derecho a la defensa de ninguno de los sujetos procesales. En cuanto a la obtención de la información dentro de un testimonio, ya depende medularmente de la estrategia de los abogados al momento de formular preguntas que sin que sean revictimizantes, pueda obtenerse

información confiable a fin de desplegar una investigación real y verificar los datos mencionados por el testigo o víctima.

Todo depende de la iniciativa de la fiscalía, que en muy pocos casos se da. Causa un gran sin sabor, por decir lo menos, cuando llegan a una audiencia de juicio a presentar versiones por escrito como prueba de cargo, porque no logran ubicar a las víctimas o testigos; sin embargo, acusan a los procesados con prueba incompleta o contradictoria. eso es impresentable. La fiscalía cuenta con toda la logística necesaria para asegurar el éxito de sus investigaciones.

Entrevistado Abg. Nebel Viera Encalada

1) ¿Cuál es el rol que cumple el testimonio anticipado dentro de los procesos penales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Considero que el Testimonio anticipado cumple una gran trascendencia dentro de un juicio penal ya que a través de este es un aporte de prueba (testimonial) ya sea como testigo directo o pericial a diferencia de la prueba documental. El testimonio anticipado es relevante en el proceso penal y de mucha importancia ya que a través del mismo se podrá establecer la responsabilidad penal en contra de la persona procesada en un proceso penal (nexo causal) ya que existen delitos en los que el testimonio de la víctima es gran trascendencia como son los delitos contra la integridad sexual, contra la vida contra la propiedad y demás delitos ya que con el pasar del tiempo por el tipo de delito se produce el fenómeno de retractación en que la víctima de un delito ya sea por amor, miedo, amenaza lo que impide al juzgador llegar a una sentencia justa y que no quede a criterio de la sociedad que no se hizo justicia desconociendo que ante el juez se practicó prueba insuficiente.

2) ¿De qué manera el testimonio anticipado podría contribuir a la aproximación de la verdad histórica dentro del proceso penal?

La importancia del testimonio anticipado contribuye a la verdad histórica es de gran importancia ya que a través del mismo la víctima dará la información relevante ya que se encuentra con todo el coraje de perjuicio cometido en su contra ya que a través de tantas versiones se comienza a diluir la información que el mismo debe proporcionar a las autoridades quien por desconocimiento indica que él ya ha dado la información correspondiente desconociendo las etapas procesales ya que en la fase procesales son indicios, evidencias y prueba. Luego de haber transcurridos varios meses o años hasta que se instala la audiencia de juicio la víctima ya no quiere comparecer a juicio y la normativa prohíbe que el tribunal disponga la comparecencia con la fuerza pública, creando un vacío involuntario en la prueba ante el tribunal.

3) ¿Qué tipo de criterios o fundamentos justifican la práctica del testimonio anticipado en diversos delitos que no sean únicamente contra la integridad sexual y reproductiva y cuáles serían esos delitos?

El Testimonio anticipado se podrá realizar a las personas gravemente enfermas, es decir que sufran una enfermedad cuyo pronóstico es reservado y en cualquier momento pueden perder la vida así también de personas que sufran de discapacidades permanentes como de movilización parapléjico o cuadripléjico, así también de personas que vayan ausentarse del país ya sea que la víctima sean extranjeras, tenga su residencia en el exterior o ya sea por vacaciones así también de personas que demuestren que los mismos ya no quieren continuar con el caso. Es necesario establecer que por el principio dispositivo el juez no podrá convocar el testimonio anticipado siempre será solicitado por la fiscalía o los sujetos procesales deberán solicitarlo ante el juez y este una vez solicitado señalará día y hora a fin de que se recepte el testimonio respetando el debido proceso e donde deberán comparecer los sujetos procesales indispensables para instalar y receptar el testimonio anticipado, de ser necesario se lo hará en la cámara de gessel a fin de evitar la revictimización de la víctima.

4) ¿Cómo se debería practicar el testimonio anticipado de forma tal que no vulnere las garantías del debido proceso, en especial de los principios de concentración, inmediación, igualdad de armas y derecho a la defensa?

A fin de garantizar el debido proceso una vez solicitado ante el juez el mismo señalará día y hora en que se realizará el testimonio debiendo convocar con el tiempo oportuno esto es con setenta y dos horas de anticipación a las partes, que intervendrán en la diligencia. La víctima y procesado deberán contar con sus defensores particulares o públicos en el caso de no contar con los medios para pagar un defensor particular. Considero que si una de las partes solicita el diferimiento de la diligencia por no haber su abogado de confianza deberá diferirse la diligencia y no realizarse con el defensor público con la advertencia de no comparecer el defensor en la próxima diligencia se realizara con la presencia del defensor público y viceversa si se tratare de la víctima también goza de derechos y garantías por ser sujeto procesal dentro de un proceso por lo que el juez debe oficiar a la defensoría pública a fin de que se garanticen también sus derecho

5) ¿En su opinión cuál consideraría usted la mejor alternativa o mecanismo para esclarecer las reglas o los parámetros para mejorar y ampliar la práctica del testimonio anticipado dentro del COIP?

Considero que debe en ciertos delitos contra la integridad sexual, asesinato y propiedad como regla general tomarse el testimonio anticipado ya que en esta clase de delitos se produce el fenómeno de retractación en donde la víctima con el pasar del tiempo ya se por amor, miedo o amenaza o desconocimiento de las etapas procesales se rehúsa a rendir testimonio, siendo potestativo de la víctima comparecer a juicio y por mandato está prohibido hacer comparecer a la víctima mediante la fuerza pública a diferencia de los demás testigos. Considero que por falta de información o desconocimiento de la ley de las personas no comparecen ante el Tribunal que es donde se practican las pruebas, siendo que las víctimas o testigos ya han rendido versiones consideran suficiente, desconociendo que las investigaciones, (versiones) y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio excepto el testimonio anticipado.

Anexo 4

Validación de la propuesta por un profesional de las ciencias jurídicas

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR					
Nombre: AB. LENIN MIGUEL QUIÑONEZ RODRIGUEZ					
Cédula N°:0800402802					
Profesión: ABOGADO, MAGISTER EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGICAS					
Dirección: C. C ALBAN BORJA KM 2.5 AV. CARLOS JULIO AROSEMENA					

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertinencia	X				
Secuencia	X				
Premisa	X				
Profundidad	X				
Coherencia	X				
Comprensión	X				
Creatividad	X				
Beneficiarios	X				
Consistencia lógica	X				
Cánones doctrinales jerarquizados	X				
Objetividad	X				
Universalidad	X				
Moralidad social	X				

Fuente (Obando, 2015)

Comentario:

La presente propuesta es adecuada, pertinente para ser aplicada en nuestra realidad procesal penal diaria, ya que considero que la recepción oportuna del testimonio anticipado, podría ayudar a un mejor desarrollo probatorio para poder darle las herramientas necesarias a los jueces a fin de que tomen la decisión judicial más justa, y la verdad procesal presentada en audiencia, sea lo más cercano posible o idéntica, a la verdad histórica que se pretende llegar a conocer.

Fecha: 08 de Junio del 2022

Firma  CI: 0800402802



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**

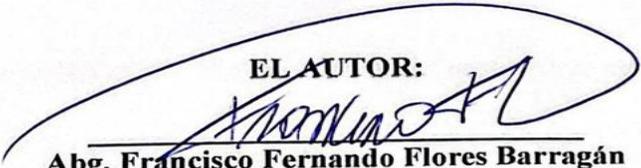
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. Francisco Fernando Flores Barragán, con C.C: # 0919751743 autor(a) del trabajo de titulación: El testimonio anticipado como medio de prueba en los procesos penales, previo a la obtención del grado de **MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN EN DERECHO PROCESAL**, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 08 de septiembre de 2022

EL AUTOR:

Abg. Francisco Fernando Flores Barragán

C.C: 0919751743



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	El testimonio anticipado como medio de prueba en los procesos penales		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Flores Barragán, Francisco Fernando		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dr. Francisco Obando Freire; Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal IV		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	08 se septiembre de 2022	No. DE PÁGINAS:	105
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho procesal y garantías procesales		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Testigo, Testimonio anticipado, Verdad histórica, Víctima		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>En esta investigación se presenta como problema vinculado con el desarrollo de los medios probatorios dentro del proceso penal al nivel de especificidad, claridad y la necesidad de determinar parámetros de obligatoriedad y de determinación propia de en qué tipo de procesos penales de acuerdo con el tipo de delitos se pueda practicar el testimonio anticipado. Por lo tanto, requiere de una mejor reglamentación dentro del texto del COIP, de tal manera que se pueda proteger de forma más adecuada la integridad y el aporte de víctimas y testigos de ciertos delitos para así lograr una mayor aproximación al elemento de la verdad histórica. En consecuencia, el objetivo general que se traza esta investigación se sustenta en reformar el COIP de modo tal que existan parámetros, condiciones y procedimientos mejor establecidos y desarrollados para practicar el testimonio anticipado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. De tal manera, que se ha realizado una investigación que dentro de su metodología ha aplicado la modalidad cualitativa donde se presenta un aporte significativo de criterios de doctrina, de normas jurídicas de derecho comparado, así como de los estudios de casos y la consulta a expertos, siendo estas dos últimas técnicas verdaderos instrumentos que logran demostrar la realidad de la problemática, pero que al mismo tiempo ofrecen argumentos para solucionar el problema. Los resultados correspondientes permiten constatar que la propuesta es factible y que el testimonio anticipado debidamente reglamentado contribuiría muy eficazmente al acceso a la verdad histórica, al mismo tiempo que respetar al debido proceso.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 593964049340	E-mail: francisco.f.b@hotmail.es	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando		
	Teléfono: 0982466656		
	E-mail: : ing.obandoo@hotmail.com		