



**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**  
Comunidad Educativa Al Servicio del Pueblo

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**  
**CARRERA DE DERECHO**

**TÍTULO: “ANÁLISIS DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL PROCESADO Y  
TESTIMONIO ANTICIPADO DE LA VÍCTIMA EN EL JUICIO PENAL”**

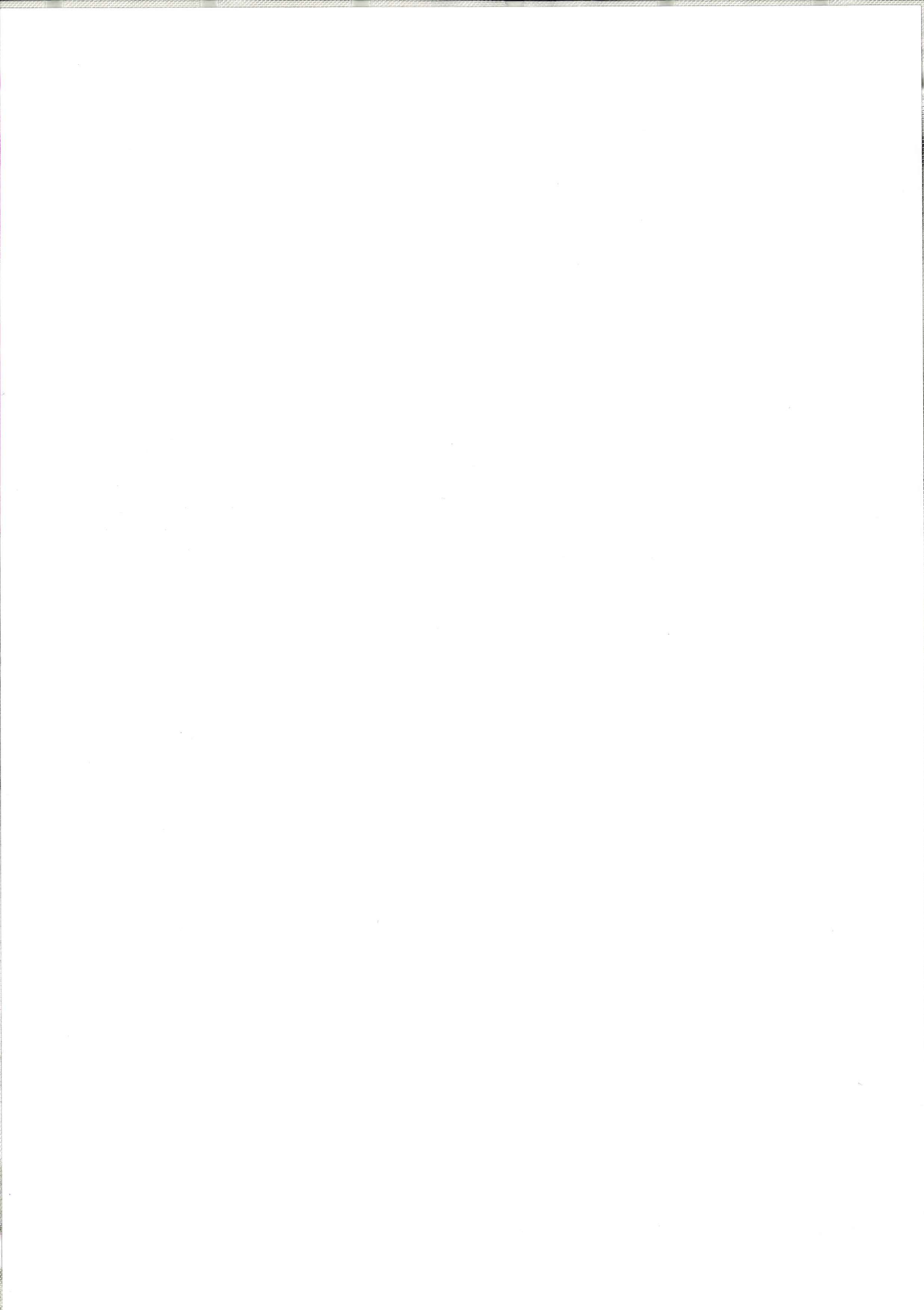
**Trabajo de Investigación,  
previo a la obtención del  
Título de Abogado de los  
Tribunales de Justicia de la  
República.**

**AUTOR: HENRY PAUL BUENO CAMBISACA**

**Número de cédula: 0104471586**

**DIRECTOR: DR. FELIPE ESTEBAN CORDOVA OCHOA Mgs.**

**AÑO: 2019**





Universidad  
Católica  
de Cuenca

**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**  
Comunidad Educativa Al Servicio del Pueblo

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**  
**CARRERA DE DERECHO**

**TÍTULO: “ANÁLISIS DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL PROCESADO Y  
TESTIMONIO ANTICIPADO DE LA VÍCTIMA EN EL JUICIO PENAL”**

**Trabajo de Investigación,  
previo a la obtención del  
Título de Abogado de los  
Tribunales de Justicia de la  
República.**

**AUTOR: HENRY PAUL BUENO CAMBISACA**

**Número de cédula: 0104471586**

**DIRECTOR: DR. FELIPE ESTEBAN CORDOVA OCHOA Mgs.**

**AÑO: 2019**

## DEDICATORIA

Cada logro que a lo largo de mi vida he conseguido y conseguire mi madre ha sido y sera pilar fundamental de manera que esta tesis va dedicada a mi señora madre Cecilia Bueno quien me ha brindado su apoyo incondicional en cada momento no solamente en el ámbito académico, sino tambien como maestra de vida; y a mi querida Hermana Genesis.

## AGRADECIMIENTO

Mi profundo agradecimiento a los docentes de la Unidad Académica de Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuenca quienes con su noble labor de enseñar, compartir conocimientos permitieron formarme como profesional del derecho.

De manera especial agradezco a mi tutor Dr. Felipe Esteban Córdova Ochoa Mgs. Por brindarme su enseñanza, apoyo, colaboración constante por su valioso aporte como guía dentro de mi trabajo previo a convertirme en Abogado.

Por su puesto a un gran amigo Ab. Diego Palacios Moreno Mgs. Quien considero mi mentor dentro de este trabajo, por compartir parte de su tiempo y aportar sus conocimientos para la realización de este proyecto.

## INDICE

DEDICATORIA .....	I
AGRADECIMIENTO .....	II
INDICE .....	III
RESUMEN .....	VII
PALABRAS CLAVES: .....	VII
ABSTRACT .....	VIII
KEY WORDS: .....	VIII
INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I .....	3
DERECHO PROCESAL PENAL .....	3
1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	3
1.1 .- CONCEPTO.....	6
1.2 .- SISTEMA ACUSATORIO.....	8
1.3 .- FUNCIONES DEL PROCESO PENAL.....	12
1.3.1.- FUNCIÓN MATERIAL.....	12
a) PROTECCIÓN PERSONAL: .....	14
b) RECOMPOSICIÓN DE LA PAZ Y SEGURIDAD JURÍDICA: .....	14

1.3.2.- FUNCIÓN FORMAL.....	15
<b>2.- DEBIDO PROCESO EN EL ECUADOR.....</b>	<b>16</b>
2.1.- CONCEPTO.....	16
<b>2.2.- GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO.....</b>	<b>18</b>
2.2.1.- GARANTÍAS DE LOS SUJETOS PROCESALES.....	18
2.2.2.- LA PERSONA PROCESADA.....	20
2.2.3.- DERECHO A LA DEFENSA.....	21
2.2.4.- GARANTÍAS Y ALCANCE DEL DERECHO A LA DEFENSA.....	23
2.2.5.- NECESIDAD DE LA DEFENSA Y EL DEFENSOR.....	25
2.2.6.- VÍCTIMA Y FISCAL EN EL PROCESO PENAL.....	26
<b>3.- LA PRUEBA EN MATERIA PENAL.....</b>	<b>33</b>
3.1.- CONCEPTO DE PRUEBA.....	33
3.2.- PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.....	34
<b>4.- FUENTE Y OBJETO DE PRUEBA.....</b>	<b>38</b>
4.1.- OBJETO DE PRUEBA.....	38
4.2.- MEDIOS, ÓRGANOS Y ELEMENTOS DE PRUEBA.....	39
4.2.1.- PRUEBA DOCUMENTAL Y PRUEBA PERICIAL.....	40
4.2.2.- PRUEBA TESTIMONIAL.....	42
<b>5.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....</b>	<b>47</b>
<b>CAPITULO II.....</b>	<b>51</b>

<b>6. PRINCIPIOS PROCESALES DEL JUZGAMIENTO</b> .....	<b>51</b>
6.1.- PRINCIPIO DE ORALIDAD. ....	51
6.2.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. ....	52
6.3.- PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.....	52
6.4.- PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. ....	53
<b>7.- EL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN. ....</b>	<b>54</b>
7.1.- TESTIMONIO ANTICIPADO DE LA VÍCTIMA. ....	54
<b>8.- ANÁLISIS CRÍTICO DEL TESTIMONIO ANTICIPADO. ....</b>	<b>57</b>
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>64</b>
<b>9.- ANÁLISIS DE CASOS PRACTICOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN LA PROVINCIA DEL AZUAY EN EL AÑO 2015 - 2016 - 2017. ....</b>	<b>64</b>
9.1.- CASO NÚMERO 1.....	64
HECHOS.....	64
ANÁLISIS:.....	65
9.2.- CASO NÚMERO 2.....	67
HECHOS.....	67
ANÁLISIS:.....	67
8.3.- CASO NÚMERO 3.....	69
HECHOS.....	69
<b>9.- CRITERIO DE JURISTAS. ....</b>	<b>71</b>

10.- CONCLUSIONES.- .....	74
11.- RECOMENDACIONES.....	75
12.- BIBLIOGRAFIA. ....	76
13.- ANEXOS .....	79

## RESUMEN

Dentro del Código Orgánico Integral Penal existe como excepción de que la víctima del delito de violación no comparezca a dar su testimonio en la audiencia de juicio lo cual garantiza no ser revictimizada, el testimonio anticipado de la víctima o como lo denomina la doctrina anticipo jurisdiccional de prueba diligencia en la que es irrelevante la etapa procesal para la presentación del testimonio anticipado, el problema surge cuando un Juez que no es de los que pertenecen al Tribunal Penal, evacua la prueba antes de la audiencia de juicio, por lo que a la hora de practicar esta diligencia no se respetan principios procesales, contradicción, inmedicación y se vulneran derechos constitucionales, seguridad jurídica, derecho a la defensa, un juicio justo significa que tanto el procesado como la víctima tengan las mismas garantías del debido proceso.

**PALABRAS CLAVES:** EL PROCESO PENAL, LA PRUEBA, TESTIMONIO ANTICIPADO, EL PROCESADO, VICTIMA, DERECHO A LA DEFENSA.

## ABSTRACT

Under the Organic Penal Process Code, there is an exclusion whereby a victim of sexual assault does not have to testify at the court trial, which guarantees that the victim will not be subjected to any form of harassment, the testimony of the victim in advance or as denominated by the doctrine of jurisdictional forethought of evidence in which the procedural stage for the submission of the testimony in advance is not relevant, the problem emerges when a Judge who is not a member of the Criminal Court, evicts the evidence before the court trial, so when carrying out this procedure they do not comply with the principles of process, contradiction, immediacy and constitutional rights, legal safety, the right of defence, a fair trial implies that both the defendant and the victim have the same guarantees of due process.

**KEY WORDS:** CRIMINAL PROCEDURE, EVIDENCE, TESTIMONY IN ADVANCE, DEFENDANT, VICTIM, RIGHT OF DEFENCE.

## INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia el derecho como disciplina jurídica ha evolucionado de manera que el derecho penal regula el delito, al delinciente y fundamentalmente las consecuencias de un ilícito, el derecho penal sin el derecho procesal penal sería una especie de letra muerta es por eso que surge la necesidad de establecer el procedimiento penal para la efectiva realización del derecho penal, sin embargo es importante tener en cuenta que los hechos que los sujetos procesales debaten en la audiencia de juzgamiento llegan a la sentencia por medio de la prueba, que el Juez o Tribunal Penal valoraran a fin de emitir una sentencia condenatoria o ratificatoria de inocencia, de manera que el presente trabajo de tesis analiza el derecho a la defensa del procesado y testimonio anticipado de la víctima en el juicio penal, la prueba testimonial de la víctima en el delito de violación con el testimonio anticipado del sujeto pasivo genera dudas dentro del debido proceso teniendo en cuenta que es una diligencia con carácter de excepción y que en la práctica se la realiza en una etapa adversa a la prueba, es por ello que la formulación del problema radica en ¿Cómo afecta al derecho a la defensa el testimonio anticipado de la víctima en el juicio de violación?, el Estado ecuatoriano garante de derechos a la hora de juzgar delitos de naturaleza sexual prima el derecho de la víctima sobre el del procesado con lo que no se cumple ya con el debido proceso, consecuentemente el objetivo general de esta tesis busca analizar la vulneración del derecho a la defensa del procesado en el testimonio anticipado de la víctima en el delito de violación, por cuanto esa prueba se practica en otra etapa procesal por lo tanto con los objetivos específicos buscamos,

determinar el alcance del testimonio anticipado, establecer las garantías del derecho a la defensa en el proceso penal, oportunidad de presentar la prueba en una etapa adversa al juicio y con el análisis de casos prácticos del delito de violación nos ayudara a clarificar la etapa procesal en la que se realizo el testimonio anticipado de la víctima, casos en el que se llego a juicio, con estos antecedentes la hipótesis o idea a defender se basa, en el proceso penal el testimonio anticipado de la víctima vulnera el derecho a la defensa del procesado cuando se lo realiza durante la instrucción fiscal, por cuanto el Tribunal Penal que es aquel cuerpo colegiado encargado de juzgar no forma parte de esa prueba testimonial, evidentemente para desarrollar la tesis es necesario tomar en cuenta la metodología y técnicas de investigación, es por ello que con la ayuda del método teórico analítico – sintético nos permite desentrañar el fenómeno en forma y fondo del problema que ha sido planteado, en relación con el método hipotético -deductivo que es esencial para esta tesis analizar casos prácticos del delito de violación en la provincia del Azuay, el método histórico – lógico importante a la hora de retrotraernos y saber de la evolución del proceso penal de manera académica para poder esbozar ciertos conceptos, para finalmente con la ayuda del criterio de expertos en materia penal referente al problema que ha sido traído a colación poder de mejor manera explicar y que sirva para la academia el desarrollo de esta tesis.

## CAPÍTULO I

### DERECHO PROCESAL PENAL

#### 1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

En las épocas antiguas hablar de un proceso penal, de un procedimiento a seguir para cada conflicto que se produjere dentro de la sociedad seguramente resultaría difícil de encontrar, el único proceso claro que si cabe la palabra "proceso" que existía en aquellas épocas podemos mencionar la tan conocida, "Ley del Talión" (Alfaro, 2018). Históricamente se conoce como aquella norma que buscaba obtener proporcionalidad entre el daño que se causo y su castigo es decir nos indicaba un limite de venganza, el ordenamiento jurídico de Europa en la edad antigua y la edad media la "Ley del Talión" (Alfaro, 2018). Era el procedimiento por el cual se subsumían los ciudadanos que infringían las normas de esa época.

Si nos interesa conocer sobre leyes de épocas anteriores sin duda que debemos tratar sobre uno de los códigos de leyes más antiguo es decir el "Código de Hammurabi (Rey Sexto de la Dinastía Babilónica)" (Rivero, s.f.). Que data del siglo XVIII a.c. Importante señalar que este código no distinguía entre materia civil y penal sus leyes se enfocaban en regular aspectos de la vida cotidiana como también castigar delitos, se basa en la aplicación de la ley del Talión dentro de la clase de penas que existía en el Código su mayoría eran de clase pecuniarias (multa), sin olvidar que en aquella época el código tipificaba pena de mutilación y pena de muerte.

La Ley de las XII Tablas se plasmo por escrito en la época República Romana, que data del año 462 a.c. Característica fundamental de estas leyes era que debía existir igualdad entre los patricios y plebeyos mas sin embargo en la práctica diaria no había tal igualdad, el proceso que contenía este antiguo Código era muy formal con palabras que las partes debían pronunciar de manera obligatoria a fin de ganar su litigio también existía ritos, la intervención del poder público era escaso, el Juez era un ciudadano común que era escogido por las partes, existía la tan conocida pena de muerte que se aplicaba para quienes emitan poemas satíricos.

El Derecho Germano de la antigüedad no diferenciaba infracciones de naturaleza penal y civil, pues todas aquellas infracciones que se cometían en aquella época se las consideraba como un quebranto a la paz comunitaria, consecuentemente el infractor perdía la protección jurídica de la comunidad quedando a merced de sus congéneres, el infractor era perseguido por cualquier miembro de la comunidad, persecución que terminaba con la muerte del infractor.

El proceso penal en el sistema griego otorgaba diversas competencias para los tribunales que ejercían el poder de juzgar, apareció el Tribunal de los Heliostas, que eran conformados por ciudadanos honorables, mayores de treinta años, elegidos anualmente por sorteo, juzgaban gran parte de los delitos en la plaza pública, y bajo la luz solar ejercían la competencia en materia penal, pero en aquella época no fue el único Tribunal encargado de juzgar tambien se creo el Tribunal de los Efetas, que estaba compuesto por cincuenta y un Jueces que eran elegidos anualmente por sorteo.

La presunción de inocencia derecho constitucional que en la actualidad gozan las personas que están sometidas a un proceso penal especialmente los procesados, en la época griega ese derecho no existía se presumía culpabilidad total si el acusado no comparecía a la audiencia, con este antecedente las audiencias de juicio se desarrollaban en la plaza pública con presencia del pueblo, existía un tiempo determinado para el acusador como para el acusado, donde exponían sus argumentos a la hora de los testigos a fin de conocer la verdad los esclavos que participaban en la audiencia como testigos no realizaban el jurar decir la verdad frente al Tribunal primero eran torturados para luego dar su testimonio pues no eran dignos.

Los jueces debían emitir una decisión antes de la caída del sol, en caso de condenar o declararlo inocente cada miembro del Tribunal depositaba conchas, guijarros de color negro que significaba culpabilidad y blanco inocencia es decir nacía los votos por parte del Tribunal, el mismo procedimiento se utilizaba para decidir sobre la pena que debía ser impuesta en caso de encontrarlo culpable, pena que se ejecutaba de inmediato, en caso de decidir con un pena de multa el sentenciado tenía un plazo de once días para cumplirla.

Dentro del proceso penal se practicó las ordalías o los tan conocidos juicios de Dios que consistían en que para determinar inocencia o culpabilidad el acusado era sometido a agua muy caliente (hirviendo) o al hierro caliente, mismo proceso que los germanos utilizaban, las quemaduras que sufría el acusado bastaban para absolver o declararlo culpable.

## 1.1.- CONCEPTO.

Dentro de la dogmática del derecho procesal la palabra "PROCESO" representa un cúmulo de acciones del ser humano, reglas jurídicas que las definen, que ordenan su secuencia y previenen su consecuencia jurídica, el derecho procesal penal estudia los derechos de los sujetos procesales, derechos que se derivan de la situación jurídica.

Para dar una definición de derecho procesal penal debemos partir en primer término, del objeto que se encuentra regulado por sus normas y no de la estructura de ellas, es decir identificamos dentro de un estado al derecho procesal penal cuya finalidad es ordenar, disciplinar las actuaciones de quienes intervienen dentro del procedimiento para eventualmente llegar a una sanción o medida de seguridad penal, buscar una reparación integral, se convierte en el organizador de los órganos públicos del estado destinados a cumplir funciones dentro de la área penal.

García Rada define al Derecho Procesal Penal *"como el conjunto de normas jurídicas que tiene por objeto organizar los tribunales en lo criminal y regular la actividad jurisdiccional destinada a hacer efectivo el Derecho Penal Material, fijando los presupuestos, formas y efectos de los actos procesales singulares."* (García Rada, 1973, p. 18)

El proceso penal regulatorio es el medio idóneo para ejecutar acciones de investigación, identificación y sancionar aquellas conductas penalmente relevantes, el derecho procesal penal disciplina jurídica que prevee tanto conocimientos teóricos como prácticos y técnicos fundamentalmente esta disciplina procesal nos enseña el

camino a seguir en un caso concreto es decir es la guía que estara presente desde su inicio hasta su final, en sistesis regula el desarrollo del procedimiento penal.

El proceso penal es el único medio o instrumento para la aplicación del derecho penal, *¿Para que sirve el Derecho Procesal Penal?*. El Derecho Penal en la actualidad se enfrenta al exceso de penalización, y es ahí donde surge la aplicación del Derecho Procesal Penal como medio de regulación del poder penal del Estado, por esta razón el Derecho Penal y Procesal Penal, tienen funciones paralelas, en el sentido de que son institutos regulados el uno por el otro que logran los mismos fines.

Julio B.J. Maier en su obra *Derecho Procesal Penal* sostiene *“El Derecho procesal penal exige fórmulas claras y precisas que permitan soluciones sencillas por parte de los órganos judiciales.”* (Maier, 2004, p. 154).

Aquellas fórmulas claras y precisas que señala el tratadista Maier encaminadas a dar soluciones por parte del órgano jurisdiccional, forman parte de la actividad del Estado que a través de sus órganos encargados de impartir justicia aplican una pena o medida de seguridad, pero estas actividades por llamarlas así son reguladas por el derecho procesal penal en el ámbito de la aplicación de la ley, pues es el único medio legítimo para la realización penal.

De manera académica ejemplificamos, el Derecho Penal es una aeronave compuesta de partes, pero para poder aterrizar necesita una pista, aparece el Derecho Procesal Penal como pista de aterrizaje es decir para la aplicación de lo uno necesita de lo otro, es por ello que el legislador decidió crear normas procesales penales.

## 1.2.- SISTEMA ACUSATORIO.

Para llegar a analizar el sistema acusatorio debemos analizar a breves rasgos el sistema inquisitivo de enjuiciamiento penal que concentra el poder procesal en una sola mano y que en América fundamentalmente en Ecuador estuvo vigente durante muchos años, el Juez gozaba de amplias facultades, como investigar, acusar para al final llegar a una decisión, este sistema se caracterizó por ser lento duración excesiva en su procedimiento lo que generaba impunidad, la prisión preventiva sin fundamentos, falta de publicidad, motivación, era un proceso donde reina el secreto.

Los sujetos procesales fueron meros espectadores, ya que el encargado de impulsar el proceso era el Juez, el sistema inquisitivo contaba con dos etapas la primera etapa de investigación o inquisición general donde su mayor característica fue el secreto afectando al derecho a la defensa del procesado, luego el juez decidía si dictaba el sobreseimiento o en su efecto llegar a la etapa de juicio o también conocida como inquisición especial donde por primera vez el procesado tomaba contacto con el proceso para solicitar que se practiquen pruebas.

Con el transcurso del tiempo el sistema procesal acusatorio ha evolucionado la característica fundamental del sistema acusatorio radica en la división de poderes que se ejercen dentro del proceso penal, es así que por un lado aparece el acusador quien persigue penalmente y ejerce el poder que el estado le otorga, el procesado o imputado ejerce su legítimo derecho a la defensa, para finalizar con la sentencia de un Tribunal Penal que ratificara el estado de inocencia o caso contrario será enervado.

En el Estado ecuatoriano el sistema acusatorio se encuentra vigente desde el año 2001 con la reforma al Código de Procedimiento Penal cuerpo de leyes que en la

actualidad se encuentra derogado y fue reemplazado por el Código Orgánico Integral Penal (de ahora en adelante C.O.I.P), cuya finalidad es dividir funciones.

División de poderes por lo que en nuestra normativa procesal, la Fiscalía actúa como un órgano independiente ejerciendo sus atribuciones con total objetividad acopiando elementos de cargo y descargo que serán expuestos en el momento procesal oportuno, respetando derechos que le asisten tanto a la víctima como al procesado, igualdad para los sujetos procesales, consecuentemente el juez de garantías penales controlará, garantizará que no se vulnere derechos consagrados en la constitución.

Con el sistema acusatorio el proceso deja de resolverse en una sola audiencia, como se lo realizaba en el sistema acusatorio antiguo y sistema inquisitivo, en la actualidad el sistema acusatorio oral adversarial, garantiza la correcta aplicación del debido proceso conforme el Artículo 75 , 76 y 77 de la Constitución Ecuatoriana, el proceso penal cuenta con una fase pre procesal o investigación previa y tres etapas procesales, instrucción fiscal, evaluación y preparatoria de juicio, y la etapa final que es la de juzgamiento.

Dentro del sistema procesal penal acusatorio el proceso es impulsado por los sujetos procesales fiscal, víctima, procesado conjuntamente con su defensor es decir con este sistema se busca un juicio que garantice derechos para los intervinientes, un juicio justo en igualdad de condiciones, a fin de garantizar un proceso que busque la verdad de manera objetiva, una justicia ágil, transparente y menos impune.

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008 y con las diferentes reformas que se han venido dando hasta la actualidad dentro de sus principios fundamentales en su Artículo 1 nos señala que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia por lo tanto nos encontramos frente a un Estado garantista de derechos, la justicia ecuatoriana ha evolucionado ha dado un giro total, en materia penal.

Cabe recalcar que el proceso penal no solo es acusatorio sino adversarial, lo que conlleva a que el juez (a) no puede involucrarse en el acto de levantar cargos contra una persona (s) perdería su imparcialidad, es deber del juez velar por un juicio justo en la actividad del fiscal y el defensor público, el actual código da a la fiscalía el poder de actuar en el juicio, la oralidad es el principio esencial en todas sus fases, lo escrito es excepcional, todo se decide en la audiencia pública.

El Artículo 4 del C.O.I.P, establece el principio de dignidad humana y titularidad de derechos para los intervinientes de un proceso de naturaleza penal, hablamos de los sujetos procesales Artículo 439 del C.O.I.P, (persona procesada, víctima, fiscalía, defensa); en el segundo inciso del Artículo 4 es fundamental porque reconoce la dignidad humana en las personas privadas de la libertad y fundamentalmente PROHIBE EL HACINAMIENTO al redactar esta tesis en la actualidad el país vive una crisis aberrante en sus Centros de ``REHABILITACIÓN`` por lo que con este enunciado de este artículo no se cumple, pero no me detendré a analizar la crisis carcelaria.

Importante señalar que el sistema acusatorio no versa sobre la imposición de una pena fundamentalmente buscar la verdad, consecuentemente los sujetos

procesales tengan un juicio justo, es decir someterse a la justicia con procedimientos establecidos y tipificados acorde a los derechos consagrados en la Constitución y dentro del C.O.I.P, lo que busca es que el proceso se desarrolle bajo los principios procesales de publicidad, oralidad, contradicción, inmediación.

La finalidad del proceso penal consiste en descubrir la verdad histórica o verdad material, partimos de una hipótesis histórica que se convierte en el objetivo del proceso penal, el concepto de verdad tiene carácter normativo que se expresa en términos de derechos, es decir conocer la verdad es un derecho, las personas, la sociedad tiene derecho a conocer lo que sucedió.

La víctima, su familia, tienen derecho a que el estado a través de sus órganos le den una respuesta frente a su vulneración de derechos, conocer quiénes fueron sus victimarios, a saber que sucedió y porque sucedió, involucra un todo no solo a la víctima, a sus victimarios y a la sociedad.

Garantía del sistema acusatorio dentro de nuestra legislación penal, es brindar seguridad jurídica para los sujetos procesales Artículo 82 de nuestra Constitución, igualdad de armas, igualdad de condiciones, en las etapas procesales, en la etapa final del sistema procesal la de juicio, garantiza jueces, tribunales, probos e imparciales que valoraran la prueba aportada por los sujetos procesales bajo sistema de íntima convicción, a suerte de que los jueces deciden por mayoría de votos, la sentencia emitida por el Tribunal es el resultado del escrutinio de votos de una mayoría o por unanimidad.

### **1.3 .- FUNCIONES DEL PROCESO PENAL.**

Para descubrir la función que cumple el proceso penal nos centramos en los siguientes términos, en primer término estudiaremos la función material y en segundo término la función formal.

#### **1.3.1.- FUNCIÓN MATERIAL.**

Dentro de la doctrina el tratadista Ernst Beling sostiene que el Derecho Penal ``no le toca un pelo al delincuente``, consideración dogmática que hay que valorar que quien define al injusto penal, es el Derecho Penal establece las condiciones que en el supuesto de lesionar un bien jurídico existiera una pena frente a un hecho punible o hecho antijurídico, pero el Derecho Penal no prevee su propia realización, cuando en la sociedad acontece un hecho que es definido por el pero no determina el como aplicar una medida de seguridad o una sanción.

Vital importancia del Derecho Procesal Penal en el campo jurídico que es quien regula y actúa cuando dentro de la sociedad en el mundo de la existencia real de una acción u omisión transgrede una norma de deber del Derecho Penal, el proceso penal es la guía, indica el camino que debemos seguir a la hora de encontrar una verdad frente al cometimiento de un delito, nos ayuda a imponer una pena, por lo que se le considera como el que se enfrenta al ser humano, esta tan cerca de los hechos que atribuyen al procesado o imputado.

El Derecho Procesal pertenece al derecho de realización penal, tanto mas que aparece como el regulador de los procedimientos mediante los cuales se verifica las pretensiones penales estatales definidas por el Derecho Penal, la realización del Derecho Penal es la tarea fundamental del Derecho Procesal Penal .

Maier en su obra Derecho Procesal Penal dice que *“los conflictos que atañen al Derecho Penal tienen solo una vía de solución a través de las reglas del Derecho procesal penal en sentido estricto (procedimiento penal) y del Derecho de organización judicial.”* (Maier, 2004, p. 84).

Que es lo que se busca con la existencia del Derecho Procesal Penal, que el Estado a través de su legislación en materia penal frente al cometimiento de un injusto penal active su poder de perseguir penalmente, evidentemente se debe aplicar métodos, procedimientos adecuados para investigar, encontrar la verdad y lograr con certeza la reconstrucción de lo que sucedió, de todo aquello que se afirmó que había sucedido, es decir el Estado con todo su aparataje jurídico se enfrenta a personas que fungen en calidad de procesados, sin embargo un Estado constitucional de derechos como Ecuador bajo el principio de dignidad humana aplica o debe aplicar procedimientos cuyo fin sea dar un respuesta a la víctima, a la sociedad, al pueblo, evitar que inocentes sean condenados, garantizando total imparcialidad del Tribunal a la hora de juzgar.

En las diferentes áreas del derecho fuere civil, administrativo, laboral, etc, existe el principio de autonomía de la voluntad, reina la disposición de las partes en los demas derechos procesales tanto mas que el acreedor puede dejar de perseguir a su deudor, asi como el demandado puede pagar voluntariamente, no es posible que un asunto judicial penal sea sometido a un Tribunal arbitral, sin embargo dentro de los delitos de naturaleza privada existe una excepción donde la voluntad incide sobre la persecución penal y la pena.

Dentro de la función material existen características que hay tomar en cuenta:

**a) PROTECCIÓN PERSONAL:**

La Constitución del Ecuador otorga facultades al Estado para perseguir penalmente sin embargo, también determina a través de sus normas infraconstitucionales el cómo actuar y el límite de sus atribuciones, el derecho procesal penal aparece como un estatuto por llamarlo así de garantías fundamentalmente para el procesado, garantías que protegen al inocente para evitar una sentencia injusta, cuanto al mismo culpable con una sentencia que sea justa.

Para obtener la verdad histórica actualmente se subordina una serie de valores del ser humano, que impiden lograrla a través de métodos que vulneren derechos, prohibición de autoincriminación, prohibición de tortura y cualquier medio de obtención de pruebas que vulneren derechos constitucionales, inviolabilidad del derecho a la defensa.

**b) RECOMPOSICIÓN DE LA PAZ Y SEGURIDAD JURÍDICA:**

El proceso penal cumple diferentes etapas procesales concernientes a dar una respuesta a la víctima, a la sociedad, una posible reparación integral, como el resolver la situación jurídica del procesado en la audiencia de juzgamiento, a través de una decisión final que emite el Tribunal Penal es decir hablamos sobre la sentencia condenatoria o ratificatoria de inocencia, el proceso como tal finaliza con la decisión del Tribunal Penal o Juez que emita la sentencia, misma que podrá ser impugnada o apelada por quien creyere que no se ajusta a sus intereses.

Una vez que han sido agotados los medios, recursos de impugnación la sentencia quedara en firme quedara ejecutoriada con lo que debiera ser cumplida conforme manda la decisión final.

### 1.3.2.- FUNCIÓN FORMAL.

Partimos de que todas las normas del Derecho Procesal Penal son reglas de carácter potestativas, por cuanto controlan actuaciones que son necesarias dentro de un procedimiento a fin de obtener ciertas consecuencias jurídicas, regulan el accionar de los órganos públicos del Estado que tienen competencia en ejercer la función penal sobre los sujetos procesales *“las normas conectan actos validamente llevados a cabo con una consecuencia jurídica precisa, delimitando las acciones jurídicamente indiferentes de aquéllas que tienen un sentido preciso en el procedimiento.”* (Maier, 2004, p. 93).

Consecuentemente sin reglas no podríamos distinguir una sentencia de la opinión de quien la emite sea Tribunal Penal o Juez, un recurso planteado por cuanto considere que violento un derecho en la sentencia, indebida valoración de la prueba, peritajes realizado por expertos a una simple opinión.

La norma es una conjugación de varios preceptos por ejemplo nos establece, nos explica la sentencia que en muchos de los casos resulta ser compleja determina cual es el órgano que esta facultado para emitir una sentencia, cuales son los requisitos de una sentencia, por medio de las normas existe la posibilidad de apelar la decisión, revocar, modificar, es decir las normas procesales son el norte del proceso.

## 2.- DEBIDO PROCESO EN EL ECUADOR

### 2.1.- CONCEPTO.

El Estado ecuatoriano en su Constitución en los Artículos 75, 76 y 77 establece garantías básicas de un debido proceso, con lo que notamos que el proceso penal nace en la Constitución fundamentalmente para evitar abusos por parte del Estado al ejercer la facultad sancionadora o ius puniendi.

Importante a la hora de un proceso penal el debido proceso que se enfoca en proteger al sujeto procesal más débil por llamarlo así PROCESADO, débil porque frente al aparato jurídico que tiene la víctima con el Estado a suerte de dos contra uno es inverosímil que el procesado alcance igualdad de condiciones dentro de un proceso, y que decir de aquellos que tienen como medida cautelar de prisión preventiva.

Como concepto podemos señalar que el debido proceso es un derecho fundamental garantizado dentro de la constitución ecuatoriana de cumplimiento obligatorio a la hora de encontrarnos inmersos en un proceso donde se discuten derechos inmanentes al ser humano, es el mecanismo de aplicación de los principios, garantías básicas de la Constitución, a suerte de que el legislador con la creación y existencia del C.O.I.P; ha tipificado derechos que le asisten al procesado a fin de evitar abusos de poder por parte de las autoridades.

El doctor Jorge Zavala Baquerizo jurista de delitada trayectoria sostiene, *“Solo se puede hablar de “debido proceso” cuando éste ya está formado y concluido, esto es si el proceso se ha desarrollado respetando en su formación las normas*

*garantizadas previstas en la CPR y mas normas jurídicas legales e internacionales, decimos que es un "debido proceso".*'' (Zavala, 2002, p. 27).

Dentro del concepto que nos brinda Zavala Baquerizo ``RESPETAR`` aquellas normas garantizadas en nuestra Carta Magna asi como los Instrumentos Internacionales, es el deber que el estado como garante de derechos debe verificar que se cumplan frente al derecho penal que tiene como finalidad la imposición de una pena ``*pues ningun proceso se inicia para declarar inocente al procesado*`` pese a que se presume el estado de inocencia del justiciable que debe estar protegido de manera estricta ya que en el desarrollo del proceso se vislumbran juicios de desvalor sobre el acto y el autor con lo que se tienden a lesionar bienes jurídicos como la libertad individual a efecto de una sentencia condenatoria.

El Artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza seguridad jurídica que deben tener las autoridades con las personas y mas aun aquellos operadores de justicia hacia los sujetos procesales garantizandoles un juicio justo en igualdad de condiciones víctima y procesado este último que se le respeten los preceptos legales que van de la mano con el principio de dignidad humana.

Dignidad humana que el español Antonio Perez Luño define asi ``*la dignidad humana es el valor básico, el principio legitimador de los derechos esenciales; es su fundamento y punto de referencia. Estos derechos supondrian la concreción y explicitación del valor de la dignidad humana.*`` (Perez Luño, 1984, p. 319).

La tutela judicial efectiva, imparcial y expedita es uno de los sustentos de la seguridad jurídica y como lo explicamos es uno de los presupuestos que componen el debido proceso.

## **2.2.- GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO.**

Para que exista el debido proceso deben existir garantías caso contrario sería todo menos debido proceso, en el proceso penal el cumplimiento de las garantías constitucionales constituyen pilar fundamental para el derecho a la defensa y el anhelo de justicia, las garantías procesales son el mecanismo idóneo para las garantías normativas que abordan el delito y la pena, se pueden materializar.

El jurista Ramiro Ávila Santamaría Juez de la Corte Constitucional sostiene que *“un juicio mal concebido puede hacer imposible la consideración de un delito y el establecimiento de una pena justa. El juicio será siempre desde la lógica garantista, un instrumento para alcanzar la justicia.”* (Ávila Santamaría, 2013, p. 83).

### **2.2.1.- GARANTÍAS DE LOS SUJETOS PROCESALES.**

Los axiomas como los llama Ferrajoli son principios básicos de un modelo garantista cuya finalidad es legitimar el sistema penal como el modelo de un Estado constitucional los cuales se relacionan en tres momentos básicos del derecho penal; la pena, el delito y el proceso.

En el sistema penal las personas nos enfrentamos al poder mas violento que ejerce el Estado a través de la vigilancia, el control y la represión, con la existencia de las garantías penales establecemos un límite y los vínculos del poder punitivo, tal es

la lógica que el garantismo se aplica en todo momento, en las esferas de la vida pública y privada, nacional e internacional.

La sociedad, los medios de comunicación, generalmente los desconocedores del derecho sostienen que el garantismo es medio para la impunidad que los delincuentes tienen mas derechos que las víctimas, o que los policías detienen a un individuo pero los Jueces los dejan en libertad, que el policía fue sentenciado por tortura o extralimitación es decir que los delincuentes tienen mas derechos y que los policías van a la carcel, por último los honestos somos mas y que hay que ser mas duros con los delincuentes frases de políticos, que consideran que las garantías defienden al delincuente por lo que es un obstaculo para la justicia penal, debemos tener claro que el garantismo no defiende al delincuente defiende a todas las personas sin realizar distinciones sea cual sea su situación jurídica.

Cuando existe un sistema penal que opera arbitrariamente actua contra el que cometió un injusto penal pero tambien actúa contra el que nada tiene que ver con un hecho delictivo por ejemplo caso de los ``Hermanos Restrepo 1.988 y el caso Fybeca 2003``, cuando se violan las garantías básicas de un debido proceso suceden casos en donde existen graves violaciones hacia los derechos humanos, la mejor forma de obtener un resultado a fin de saber quien cometió un delito y merece sanción es través de un juicio justo, que se lo conoce como debido proceso.

Al hablar de garantías de los sujetos procesales es importante desentrañar cada sujeto procesal a fin de vislumbrar con que garantías cuentan y si en la práctica esas garantías de la cual nuestra Constitución es garante se cumplen.

El C.O.I.P, en su Artículo 439 establece los intervinientes o participantes del proceso penal, la persona procesada, la víctima, la fiscalía y la defensa, conforman los sujetos del proceso penal cuya posición es relativa en relación con los demás conforme las reglas del proceso.

### **2.2.2.- LA PERSONA PROCESADA.**

Persona procesada, imputado, inculgado, encartado, sindicado son aquellas formas genéricas con las que se les conoce a quienes sufren la persecución penal, el proceso penal ecuatoriano denomina persona procesada al sujeto activo de un injusto penal pero adquiere este sobrenombre de procesado luego de que el fiscal formula cargos para dar inicio a una instrucción fiscal, recordemos que nuestro procedimiento prevee tres etapas procesales y una fase pre procesal.

Entonces por persona procesada definimos a aquel individuo contra el que se ejerce la persecución penal , por cuanto se le imputa en calidad de autor la comisión de un delito o partícipe, de conformidad a los grados de participación que establecen los Artículos 42 y 43 del C.O.I.P.

Entonces la situación objetiva de una persona que esta siendo perseguida por ser sospechoso de haber participado en un hecho punible, conlleva a que todos los organismos estatales esten obligados a perseguir de manera que la persona procesada puede llegar a perder su libertad, estará obligado a comparecer bajo amenaza, ver allanado su domicilio, tanto mas que cualquier diligencia sera llevada a cabo sin su consentimiento mas sin embargo con la autorización del Juez de garantías penales.

La Constitución ecuatoriana garante de derechos en su Artículo 76 establece derechos pero también obligaciones dentro de un debido proceso, el C.O.I.P, determina principios procesales en su Artículo 5 con lo que seguramente los sujetos procesales gozan de la seguridad jurídica que de conformidad con la Carta Magna en su Artículo 82 garantiza el respeto absoluto de la Constitución y la correcta aplicación de la norma por parte de las autoridades.

### **2.2.3.- DERECHO A LA DEFENSA.**

Constituye un derecho fundamental para el sujeto activo poder defenderse de la imputación de la cual está siendo procesado, defenderse significa en el proceso penal, excluir o atenuar su responsabilidad frente a un injusto penal, el doctor Zavala Baquerizo sostiene que *“el derecho a la defensa es el escudo de la libertad, el amparo de honor y la protección de la inocencia.”* (Zavala Baquerizo, 2002, p. 128)

Libertad, honor y protección a la inocencia acertado concepto de Zavala que el legislador decidió plasmar en el Artículo 76 numerales 1, 2, 3, 7 garantías para ejercer el legítimo derecho a la defensa, garantías que son activadas en el momento en el que una persona está siendo indicada de cualquier forma, como participante en un hecho punible.

Desde la perspectiva procesal a la defensa se la puede clasificar en general y restrictiva. La defensa general es aquel derecho subjetivo que el Estado entrega a las personas para que en un momento determinado pueda activarla y exigir la protección de sus bienes jurídicos antes, durante, hasta llegar a la finalización de un proceso. Por su parte la defensa restrictiva corresponde al demandado en proceso civil, a la persona que funge en calidad de procesado en materia penal, para oponer a las

presupuestos de las cuales están siendo imputados por parte del demandante en civil y en penal por parte del acusador oficial, particular, privado.

En materia penal el procesado es el sujeto procesal más débil y hay que ser verdaderos mal haría en este trabajo decir que existe igualdad de condiciones entre fiscal, víctima y procesado, porque me refiero a que es el más débil porque el acusador oficial al contar con todos los organismos de investigación busca generar una acusación, entonces el procesado con los medios cuenta para defenderse si todos los órganos de investigación desarrollan su actividad bajo el mandato del fiscal.

Cuando una persona (s) es sujeto de enjuiciamiento el Estado tiene varias potestades, privar previamente de la libertad, prohibición de salida del país, frente al poder de persecución penal la Constitución garantiza derechos para poder compensar la debilidad del sujeto procesal adverso procesado.

En primer momento en el que existe una investigación nace el derecho a defenderse por parte del investigado y a medida que exista una eventual formulación de cargos el procesado en cualquier grado del procedimiento el derecho a defenderse es una garantía que los operadores de justicia deberán respetar, fundamentalmente el derecho a la defensa no se limita a decir que el justiciable tiene ese derecho, si no que quienes actúan como autoridades persecutorias deben garantizar, nadie puede impedir este derecho, que concluya con la finalización del proceso penal.

El proceso penal es un proceso dinámico que dura y se extiende en el tiempo esta realidad jurídica nos hace notar en primer término que el procesado es objeto del procedimiento, se convierte en un centro de aplicabilidad de medidas cautelares reales

o personales (coerción), que decir si existe una prisión preventiva, privar de la libertad sin tener certeza que cometió o no un delito, y sin tener conocimiento de la verdad de los hechos contradiciendo presupuestos de estricta legalidad y jurisdiccionalidad.

Constituye el justiciable objeto de prueba por cuanto su cuerpo puede aportar, rastros, señales físicas de valor esencial para la investigación, también a través de peritos psicólogos estudiar, analizar su personalidad, salud psíquica o estado mental, hacen una descripción de su capacidad para terminar concluyendo lo peritos que por su historia tiene rasgos de asesino, violador, psicópata, feminicida, etc, luego los jueces motivan y sentencian, ha quedado más que claro que el procesado es objeto de prueba.

Los derechos reconocidos en la Constitución es deber primordial del Estado constitucional de derechos y justicia garantizar sin discriminación alguna y hacer efectivo su cumplimiento.

#### **2.2.4.- GARANTÍAS Y ALCANCE DEL DERECHO A LA DEFENSA.**

Valor elemental dentro del proceso penal ejercer el derecho a la defensa puesto que este derecho constitucional no puede ser considerado en el mismo plano que las otras garantías procesales, su inviolabilidad es la garantía fundamental con la que cuenta el procesado ya que constituye pilar indispensable para que las otras garantías tengan vigencia.

Los Instrumentos Internacionales para la protección de los derechos humanos fundamentales, Convención Americana Sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica en su Artículo 8 establece garantías judiciales de conformidad con el

Artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador que determina de carácter obligatorio el derecho a la defensa incluyendo garantías.

Inviolable la defensa en el juicio, de la persona y fundamentalmente sus derechos, seguramente a lo largo de esta tesis sonara repetitivo escuchar la frase "DERECHO A LA DEFENSA DEL PROCESADO" pero es importante hacer una reflexión con la clausula de garantías que la Constitución blinda al justiciable y es que aquellos derechos fundamentales que tiene el ser humano son inmanentes, intransferibles, inderogables, tanto mas que el solo hecho de encontrarse en el decurso de un proceso penal en la fase y/o etapa que fuere procesal o pre- procesal, en calidad de sujeto procesal adverso a la acusación oficial su derecho a la defensa sera desde el primer momento en que exista una investigación, acusación hasta llegar a su finalización es decir nadie por mas funcionario estatal que fuese podra privar de esta garantía, sin importar frente a que clase de delito se esta desarrollando el proceso sin dejarse llevar por las aseveraciones de la víctima (presunta).

El acusado o procesado como se lo quiera tildar tiene un sus manos el único medio que es defenderse frente a la desproporcionalidad procesal en la que se encuentra; es genial leer el Artículo 76 de la constitución y sus numerales para luego concluir que en verdad existe una seguridad jurídica, a fin de que el procesado se pueda defender, con los medios necesarios pero hay que ser frontales *¿Cuando se abusa de la prisión preventiva el procesado puede defenderse?*. Sin dejar de lado que hay delitos en los que cabe la misma y aunque suene paradójico pero en verdad creemos que una persona que quizás no cuenta con los recursos económicos contara con los medios necesarios ( valoración crítica que en el siguiente capítulo desarrollare)

nuestra Constitución garantiza ser escuchado, igualdad de condiciones y sin discriminación.

#### **2.2.5.- NECESIDAD DE LA DEFENSA Y EL DEFENSOR.**

Ejercer el legítimo derecho a la defensa comprende tanto para el procesado como para la víctima, asesorarse por un profesional del derecho que garantice y realice una defensa técnica en pro de sus derechos e intereses.

El derecho a defenderse de una imputación consiste en el asesoramiento técnico por parte de un profesional del derecho (público o privado), el procesado en el ejercicio de sus derechos cuenta con facultades y garantías jurídicas, las cual se las conoce como defensa material, la defensa técnica tiene un mayor alcance que el solo asesoramiento jurídico, abarca el conocimiento de otras ciencias, artes o técnicas, diferentes a las jurídicas, que pueden resultar necesarias para la defensa en una causa.

La necesidad de un defensor evoluciono, así como en épocas donde al imputado o procesado se le impedía que un profesional lo asesorara y actuara en su nombre, épocas donde se permitía que un bozero hablara por el procesado pero limitando la actuación, en la época actual la garantía de la defensa consiste que un profesional del derecho que actúe por el procesado así como este junto al mismo en todo el procedimiento frente a un eventual juzgamiento.

La defensa del procesado (s) es imprescindible durante la actuación procesal, durante el debate, debe acompañar a quien es perseguido penalmente en todos los momentos del proceso penal, si la persona que funge en calidad de procesado se

encuentra en libertad o privado de la misma, la defensa técnica siempre estará junto a su defendido, puede existir un cambio de defensa pero siempre es necesario la presencia de un defensor.

Comunicación libre y privada sin restricción es la garantía que la Constitución ecuatoriana faculta a la defensa, la doctrina señala tres derechos fundamentales que cuenta un defensor, en primer término tenemos el libre acceso y comunicación con su defendido, en segundo término el derecho de asistir a los actos instructorios y por último el derecho de leer las actas que documenten diligencias del proceso.

El Estado constitucional ecuatoriano garante de derechos, cuenta con un sistema de defensores públicos para dotar de un defensor a quien perseguido penalmente no cuente con los medios económicos necesarios para contratar un abogado privado, el defensor público es el profesional del derecho que debiera realizar un defensa ``técnica`` pero resulta complejo defender cuando nuestro sistema penal esta colapsado, humanamente es imposible por cuanto día a día el defensor público tiene a su cargo varias causas que le son designadas, entonces el término ``defensa técnica`` para los funcionarios públicos no es el mas adecuado.

#### **2.2.6.- VÍCTIMA Y FISCAL EN EL PROCESO PENAL.**

El Derecho Penal define a los sujetos del delito como aquellas personas sobre quienes recae de manera directa las consecuencias del cometimiento de un hecho delictivo, distingue dos tipos de sujetos que conforman el tipo penal, sujeto activo y sujeto pasivo.

Sujeto Activo es aquella persona individual que realiza el cometimiento de un delito, quien según el grado de participación, actuó en la comisión de un hecho punible por lo tanto el Sujeto Pasivo es quien producto del cometimiento de un hecho delictivo recae o sufre directamente la acción, es el titular del bien jurídico que fue transgredido, vulnerado o puesto en peligro.

La víctima en el Derecho Penal es la persona natural o jurídica sobre quien recae el daño, es el pilar fundamental para que pueda nacer el proceso penal, recordemos que sin el sujeto pasivo de un injusto penal no existiría un caso sólido para poder debatir, mucho menos iniciar una causa penal, el Estado ecuatoriano garantiza la protección especial a la víctimas y su entorno, derecho a conocer la verdad de los hechos, reparar el daño y la no repetición Artículo 78 de la Constitución ecuatoriana.

La víctima se divide en directa e indirecta, se consideran víctimas directas sobre quien se dirige la conducta ilícita es quien sufre el daño físico, psicológico, etc, es decir vulneración a sus derechos fundamentales, pero también existe la víctima indirecta que son las personas que tienen una relación de carácter directo (familia, cónyuge) con la persona que fue lesiona, vulnerada, sufren un efecto o consecuencia que se deriva de la afectación de la víctima directa.

Vivimos en una sociedad carente de valores, día a día se cometen delitos contra las personas (naturales o jurídicas), se revelan actos de corrupción por parte de funcionarios estatales, con las definiciones que hemos tratado podemos decir que la víctima nace con la vulneración de un bien jurídico (a lo largo de este trabajo me referiré netamente al ser humano, personas), cuando existe el cometimiento de un

tipo penal por parte del sujeto activo pues esa conducta se enmarcara dentro del catálogo de delitos que tipifica nuestro Código.

Al existir un delito que fuese o no consumado deja como resultado una persona (s) que a causa de ser objeto de una conducta reprochable, requiere protección, asistencia, reclama justicia, de manera obligatoria e instantanea el Estado tendra el deber de dar una respuesta a la sociedad basicamente al sujeto pasivo, tratar en la medida posible reparar el daño causado y sancionar, consecuentemente el legislador con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, establece derechos al cual la víctima por su condición entra a formar parte de los mismos.

Seguridad jurídica y el pleno acceso a la justicia es el objetivo que los assembleistas decidieron tipificar en el Artículo 82 y 75 de la Constitución del 2008, con lo que el Estado garantiza atender a todas las personas víctimas de hechos delictivos asi como prestar asistencia a sus familiares que resultan una suerte de víctimas indirectas seguramente la palabra VÍCTIMA sonara repetitivo, pero es fundamental llamarla con su nombre que en la práctica se utiliza, pero si analizamos que cuando existe una conducta que trasgreda la ley el Estado es el primer órgano de control para saber que sus normas de carácter preventivo estan fallando.

Buscar la verdad histórica a través de un proceso penal es el camino que el estado establece por medio de las etapas procesales, recordemos que el proceso penal ecuatoriano tiene una fase pre-procesal conocida como indagación previa y tres etapas procesales, instrucción fiscal que nace con la formulación de cargos para una vez concluida o cerrada la instrucción el titular de la acción (fiscal), en caso de acusar

debemos entrar en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio para eventualmente debatir frente a un Tribunal Penal en la audiencia de juicio.

El Capítulo II en su Artículo 441 del C.O.I.P, define a quienes el Estado considera como víctimas clasificandolas en naturales y jurídicas, la persona (s) para acceder al sistema de asistencia de víctima (s) lo primero que realiza es denunciar frente al Fiscal, con esta diligencia procesal el Artículo 78 de la Constitución ecuatoriana de carácter directo e inmediato aplica protección especial, no ser revictimizadas en la obtención de pruebas, el estado adoptara mecanismos que garanticen la reparación integral, de conformidad con el Artículo 11 del C.O.I.P, que determina derechos para las personas víctimas de infracciones penales.

No revictimización, mecanismos de reparación, ser asesorada por un defensor de su confianza o el estado le garantizara un defensor público, protección especial para sus familiares, atención integral por profesionales de la salud, a estar informada en todo momento por parte del fiscal sobre el proceso, y un sin número de derechos que por ley amerita, cabe notar que estos derechos se dirigen basicamente hacia las personas naturales a exepción de ciertos numerales, pues seria ilógico una víctima persona jurídica revictimizarla pero accede a la reparación integral, la víctima siempre sera víctima independientemente de su condición frente al cometimiento de un delito que haya sido debidamente probado.

No basta con solo proteger a la víctima (s) pues en su condición no podria investigar, indagar por si misma, es asi que en el actual sistema penal acusatorio el Órgano Estatal de persecución penal es el FISCAL, es quien representa al Estado como tal es quien la ley le concede varias atribuciones, como facultades, el titular de

la acción es el sujeto procesal a mi modo de ver con mayor fuerza en el proceso penal desarrolla actividades como, dirigir, controlar, ejecutar actividades de verificación técnica, coordinar con los órganos de investigación (Policía Judicial), en cumplimiento de sus funciones la Fiscalía realiza estas diligencias en razón del delito que lleve a su conocimiento a fin de tener un caso solido.

La Constitución de nuestro país en el Artículo 194 define a la Fiscalía General del Estado, como un órgano, único e indivisible con autonomía administrativa, económica, financiera, definiendole como la máxima autoridad regulando su actuación bajo los principios del debido proceso, en concordancia con el Artículo 195 del mismo cuerpo de leyes donde le obliga a actuar de oficio o a petición de parte, el fiscal dirige la investigación preprocesal y procesal penal actuación que debera realizar teniendo en cuenta los principios de oportunidad y mínima intervención, la norma constitucional le dice al fiscal el interes suyo son las víctimas.

Las actuaciones que realiza la Fiscalía o el Fiscal estan consagradas en el capítulo III del C.O.I.P, partimos del Artículo 442 donde el constituyente determina que el Fiscal llevara a cabo la investigación pre procesal como procesal penal hasta llegar a la audiencia de juzgamiento en el caso que lo requiera, es decir el fiscal representa el acusador oficial.

El principio de objetividad es la base para que el Fiscal realice su investigación, a fin de obtener elementos de cargo que le permitan realizar una imputación como de descargo que le permitan al sujeto procesal es decir el procesado atenuar su responsabilidad, aplicar y respetar la ley son los elementos que componen el Artículo 5 numeral 21.

La actividad que el Estado le puso en sus manos al titular de la acción penal pública tiene un alcance trascendental, el fin es buscar justicia y encontrar la verdad de los hechos, pero para obtener estos resultados la normativa procesal le da atribuciones a la Fiscalía como al Fiscal, organizar y dirigir los órganos de investigación los auxiliares de la Fiscalía, garantizar el acceso de carácter inmediato al programa de asistencia de víctimas como de los testigos que estuvieren en peligro, la Fiscalía por medio de sus funcionarios debiera garantizar Fiscales probos, especializados en distintas áreas del crimen, delitos, donde la sociedad busque protección para las personas cuyos bienes jurídicos fueron vulnerados.

Obligación del Fiscal es que una vez que haya recibido una denuncia de manera verbal o escrita, disponga una serie de diligencias investigativas, solicitar versiones tanto de la víctima como del procesado, reconocimiento de lugares, levantamiento de huellas, armas, en los casos de violencia sexual disponer el examen ginecológico, psicológico, una serie de actividades que le permitan formular cargos o abrir una etapa de investigación previa, así como solicitar medidas cautelares reales o personales en fin varias atribuciones que el Fiscal tiene a su poder y debiera ejercer de la manera más eficiente.

Es importante analizar el Artículo 444 numeral 7 donde le permite al Fiscal solicitar el TESTIMONIO ANTICIPADO al Juez, en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y violencia contra la mujer, bajo los principios de inmediación y contradicción.

La pregunta es *¿Cabe un testimonio anticipado de la víctima en las etapas de instrucción y evaluación y preparatoria de juicio?*

*¿Que pasa si el juez o el procesado se niega o si cambia de abogado durante el proceso?*

Las garantías están en manos del Juez partimos de esta afirmación por que la ley al Fiscal le da mas poder que al mismo Juez, la norma procesal dice EL FISCAL PUEDE SOLICITAR AL JUEZ, pero habria que hacer otra puntualización porque el legislador a la hora de establecer este numeral no tipifico un numeral donde el JUEZ SEA QUIEN DECIDE si procede o no el testimonio anticipado, la palabra REVICTIMIZACIÓN es el fundamento en el cual el titular de acción se basa para solicitar esta AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO pero ante el Juez de primer nivel, por decirlo asi es algo cotidiano y en la práctica el procesado no puede oponerse a este petitorio, entonces si tenemos una visión no se trata solo de no revictimizar a la víctima se trara de que el caso no pierda su razon de ser, no pierda fuerza es una suerte de ponderar derechos de la víctima y el procesado, la respuesta es sencilla el derecho de la víctima prevalece sobre la de el procesado.

Porque claro nos dejamos llevar que a la víctima hay que creerle siempre y el ¿Procesado en que lugar queda?, análisis valorativo que lo realizare en el siguiente capítulo conjuntamente con tipo penal de violación donde veremos quien es el mas debil en el proceso, y que alcance tiene el testimonio anticipado, en líneas anteriores decia sin víctima no hay caso seguramente por eso aplicamos el testimonio anticipado a nuestro gusto, basicamente el Fiscal.

Dentro del garantismo penal cabe estas palabras que el jurista Luis Prieto Sanchís trae a colación *“el ideal garantista del poder judicial consiste,*

*paradójicamente, en que no sea un poder, sino un saber; mas exactamente, un poder – saber.*” (Prieto Sanchis, 2011, p. 12)

Las garantías procesales tienen como propósito, transformar un poder en saber, una voluntad en razón, un decisionismo en cognición, de modo que no basta solo proclamar derechos, el derecho garastista establece instrumentos para la defensa de los sujetos procesales frente a posibles agresiones del poder estatal, pero de nada sirve si es nuestro país no tenemos jueces garantes.

### **3.- LA PRUEBA EN MATERIA PENAL**

#### **3.1.- CONCEPTO DE PRUEBA.**

La finalidad de los sujetos procesales dentro de un proceso de cualquier naturaleza civil, administrativo, penal, tributario, es ponerle al Juez elementos probatorios que sustenten una hipótesis, a fin de que los órganos de prueba sean valorados por el Juzgador o el Tribunal Penal (materia penal), tanto mas que Cafferata Nores sostiene *“que son las pruebas, no los jueces, los que condenan”* (Nores, 1986, p. 6).

Sin embargo Cafferata Nores realiza dos distinciones de la prueba en primer término en sentido abstracto y en segundo término en concreto.

Prueba en sentido abstracto significa probar o hacer prueba sobre hechos naturales, cosas, lugares, existencia de la personas, mientras que prueba en sentido concreto versa sobre la existencia del hecho delictuoso, individualización de autores, complicés, circunstancias que puedan atenuar o agravar la responsabilidad del sujeto activo, extensión del daño causado.

El inglés Bethan Jeremias con sus clásicas palabras nos ilustra acerca de la prueba señalando que el *arte del proceso no es más que el arte de administrar las pruebas*, consucientemente bajo su filosofía aplicar la ley penal y determinar si existe un delito y si el acusado es responsable.

Si deseamos conceptualizar a la prueba es importante señalar al tratadista Carnelutti refiere que *“La prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo este es el corazón del problema del pensamiento”*. (Carnelutti, s.f.).

Con estas concepciones podemos definir a la prueba como un medio de verificación de las proposiciones de hecho que los litigantes formulan dentro de un juicio.

Por último Devis Echandía nos da un concepto ajustado a los presupuestos procesales: *“la verdad es solo una y lo que varía en el sistema real o formal de investigarla: en ambos procesos (civil y penal) el fin de la prueba consiste en llevarle al juez la certeza o el convencimiento de la existencia o inexistencia de los hechos, lo cual puede coincidir o no con la realidad, aun cuando sin duda es más posible el error en un sistema de tarifa legal y sin facultades inquisitivas del juez”*. (Echandía, 2013, p. 29)

### **3.2.- PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.**

La actividad probatoria nace con la judicialización, la Constitución ecuatoriana como el Código Orgánico Integral Penal y la doctrina señalan principios que rigen la actividad probatoria y que serán justipreciados cada uno de ellos.

### **3.2.1.- Principio de oportunidad de prueba.**

El proceso penal como lo he señalado en reiteradas ocasiones tiene etapas procesales, y una fase de investigación previa (elementos de cargo y descargo), instrucción fiscal (formulación de cargos) elementos que sustenten una imputación, los elementos de convicción (versiones, pericias, investigaciones) que se obtenga durante estas etapas son anunciados en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, en la audiencia de juzgamiento los elementos de convicción se convierten en prueba y es ahí donde son evacuados y practicados por los sujetos procesales, sin embargo el código prevee que el testimonio anticipado es una ``excepción de prueba`` que no es necesario practicar en la audiencia frente a un tribunal.

### **3.2.2.- Inmediación de la prueba.**

La inmediación no se lo puede ver como un método que garantice conocimiento se lo debe ver como un medio de necesaria utilización no solo de carácter directo si no real, del juez con los sujetos procesales en la práctica de la prueba.

El proceso penal bajo los principios de la oralidad, inmediación, concentración, contradicción y libertad probatoria busca dinamizar, mayor celeridad y seguridad al juzgador con los sujetos procesales. *¿Con el testimonio anticipado existe inmediación, igualdad, contradicción en base a las otras pruebas que se evacuan en el juicio?*

### **3.2.3.- Contradicción.**

El principio de contradicción es una garantía del derecho a la defensa en el juicio, tiene como finalidad verificar la calidad de prueba, la práctica de la prueba de manera contradictoria es decir permitir la intervención de los sujetos procesales en la misma.

Proponer pruebas contrarias a las del sujeto procesal adverso, de modo que permita acabar con estas y poder corroborar una hipótesis fáctica de manera distinta e incompatible, impugnar la veracidad de las pruebas que fuesen anunciadas y practicadas por la otra parte.

#### **3.2.4.- Libertad probatoria o libertad de la prueba.**

Este principio de manera clara nos permite que los hechos fácticos se pueden probar por cualquier medio, que los sujetos procesales crean idóneos, sin vulnerar derechos humanos fundamentales, garantías básicas de un debido proceso que nuestra constitución garantiza en el Artículo 76 numeral 4 que todas aquellas pruebas que hayan sido obtenidas violando la norma constitucional, no tendrán validez por lo tanto carecen de eficacia probatoria.

#### **3.2.5.- La pertinencia de la prueba.**

Los sujetos procesales al solicitar u ofrecer pruebas que se actúen dentro del juicio deberán tener en cuenta que esas pruebas guarden coherencia, pertinencia con el esclarecimiento de los hechos, recordar que la finalidad de probar es encontrar la existencia material de la infracción y la responsabilidad del justiciable.

La pertinencia de la prueba está anclada de la teoría del caso.

#### **3.2.6.- Exclusión.**

Los sujetos procesales están en su legítimo derecho solicitar la exclusión de todo elemento (s) de convicción como de la prueba (s) que hayan sobrepasado el límite de libertad probatoria, a fin de obtener elementos probatorios que hayan vulnerado la garantía constitucional del Artículo 76 numeral 4 por lo que esas pruebas

deberan ser excluidas del proceso por cuanto al vulnerar la norma procesal y constitucional carecen de todo valor probatorio así como de eficacia. Cabe recalcar que las versiones, informes periciales, noticias del delito etc, se pueden utilizar en la audiencia de juicio a fin de apuntalar la memoria y sacar a relucir contradicciones.

### **3.2.7.- Principio de comunidad de la prueba.**

La comunidad de la prueba se activa gracias al principio dispositivo, por cuanto una vez la prueba incorporada al proceso, judicializada es beneficiaria para cualquier sujeto procesal sin importar quien la introdujo, pues no se admite el desistiendo o renuncia de la prueba ya practicada, este principio guarda estrecha relación con el principio de oportunidad de la prueba, concentración, lo que garantiza el derecho a la defensa por parte de los sujetos procesales.

### **3.2.8.- Principio de continuidad de la prueba.**

Hace referencia que la prueba una vez que se este evacuando, practicando en la audiencia de juicio, la audiencia no se suspenda o difiera hasta practicar la prueba en su totalidad de quien en ese momento lo este actuando.

### **3.2.9.- Principio de igualdad de oportunidades para la prueba.**

La igualdad no solo es un principio es un derecho, es la esencia del proceso, la igualdad material se traduce en igualdad de oportunidades, igualdad de los sujetos procesales en el proceso penal, por su parte la igualdad formal garantiza el mismo trato sin discriminación en el acceso a la justicia y en la probanza, el Estado a través de sus funcionarios deben dar un trato igualitario la finalidad evitar injusticias.

#### 4.- FUENTE Y OBJETO DE PRUEBA.

Entendemos por fuente de prueba al ser humano (persona), cosas que existen en la realidad y antes del proceso, que guardan relación con los que hechos fácticos que son materia de investigación; el testigo con su conocimiento que pueda aportar existe antes del proceso por lo que se constituye como fuente de prueba; a diferencia del testimonio que da durante el proceso constituye elemento material de prueba; la prueba pericial, materia u objeto que se somete a ser examinada constituye fuente por cuanto preexiste al proceso, sometido a cadena de custodia, tanto mas una vez que se ha realizado su experticia de determinado elemento, al momento del perito exponer sobre en que consistio su pericia, conceptualización, reconstrucción de los hechos en el proceso constituye elemento probatorio.

##### 4.1.- OBJETO DE PRUEBA.

Definimos al objeto de prueba como todo aquello (hechos) que los sujetos procesales alegan que puede ser acreditado por diversos elementos destinados a provocar conocimiento al juzgador de lo que se tiende a probar. Los tratadistas Carlos Parma y David Mangiafico consideran que *“Hay un objeto de prueba principal que es el hecho del delito y que existe un objeto de prueba accesorio y secundario que son los hechos distintos del delito, pero conexos, de los cuales puede deducirse el delito.”* (Parma & Mangiafico, 2014, p. 69)

El objeto de prueba se divide en sentido abstracto y concreto, la primera distinción acredita la consecuencia jurídica que es pretendida por los sujetos procesales, constituyen afirmaciones del proceso penal encaminadas a demostrar que los hechos fácticos adecuados a la conducta del justiciable merecen una sanción.

Por su parte objeto de prueba en sentido concreto significa todo lo que deba probarse mas allá de toda duda razonable en el proceso, para que el Juzagdor declare la consecuencia jurídica que fue solicitada por los sujetos procesales.

Finalidad del objeto de prueba para que sea tratado y llevado al proceso debe ser pertinente, concluyente, relevante, en un caso concreto, por lo tanto los elementos probatorios son útiles al convencimiento del órgano jurisdiccional, el Juez o Tribunal Penal a la hora de valorar la prueba aportada por los sujetos procesales siempre optara por un medio probatorio que cumpla con los principios de ser pertinente y útil con lo que en su decisión se pronunciara por que acepta la prueba de una de las partes y no de la otra, es decir el juez fundamentara su decisión.

#### **4.2.- MEDIOS, ÒRGANOS Y ELEMENTOS DE PRUEBA.**

Los medios de prueba que preveen nuestro ordenamiento procesal penal son el documento, el testimonio y la pericia, conforman un instrumento, circunstancia en la que el Juez encuentra motivos para su convicción, el medio de prueba es una suerte de procedimiento regulado por ley para ingresar al proceso el elemento de prueba, con lo que el Juez podra formar un criterio sano ``convictivo``. Actividad procesal entrañada por los medios de prueba, que actua en una especie de vehículo para que el juez pueda lograr encontrar la existencia o inexistencia de un hecho delictivo.

Cuando hacemos alusión a los órganos de prueba nos referimos a las personas físicas que proporcionan, suministran, conocimiento de los hechos el cual versa el juicio, a diferencia de las fuentes de prueba datos que existen con antelación,

independencia al proceso que se incorporan de manera adecuada al proceso a través de los medios de prueba.

#### **4.2.1.- PRUEBA DOCUMENTAL Y PRUEBA PERICIAL.**

El Código Orgánico Integral Penal en el Artículo 499 y numerales señala las reglas para la prueba documental dentro de la misma se encuentra el contenido digital Artículo 500 sin embargo nos señala reglas, mas no nos dice que se considera como prueba documental o que clase de documentos es por eso que es importante retrotraernos al derogado Código de Procedimiento Penal en su Artículo 145 señalando que la prueba documental esta constituida por documentos públicos y privados que sera valorada por el principio de calidad de los documentos (públicos y privados) como por su relación con la prueba que los sujetos procesales hayan aportado al proceso.

Los documentos pueden haber tenido una existencia previa para constituir una relación jurídica a la que posterior a ello sirven como prueba, por ejemplo escrito de cesión de bienes, recibos por una cantidad determinada que luego sirven como prueba en un delito de estafa.

Importante señalar que el documento hace referencia a su contenido ideológico es decir a lo que esta expresamente señalado (lo que el dice), el documento puede contener hechos de cualquier clase, como las actuaciones de personas etc.

Dentro de las reglas que establece el Artículo 500, garantiza que el procesado puede reconocer un documento (s) de manera voluntaria sin ningún metodo de coacción o fuerza, dispone que el titular de acción pública (Fiscal) de ser necesario podra

disponer de archivos, registros a fin de que los mismos sean expuestos y valorados en un eventual juicio, mismos que estarán a cargo del Fiscal y responderá por el uso y correspondencia de los documentos, cabe señalar si los documentos se encuentran en un archivo de uso público bastará con copias certificadas o de ser necesario se contará con la original dejando constancia, datos que suministren los documentos tendrán garantía del principio de reserva y no se realizará un uso extraprocesal.

Dentro del medio de prueba documental el contenido digital es el acto informático que cuenta con hechos, información, que se encuentran almacenados en cualquier tipo de dispositivos electrónicos, la extracción del contenido que reposa en dispositivos de esta naturaleza será realizado a través de técnicas forenses, cadena de custodia, preservando su integridad en la medida que fuese posible.

Prueba pericial en el sistema oral acusatorio se configura cuando el perito comparece frente al Juzgador o Tribunal Penal en la audiencia de juicio a sustentar por medio de su testimonio el informe que consta en el proceso de la experticia de la que fue designado, será interrogado y contrainterrogado, examinando por los profesionales del derecho que realicen la acusación o la defensa, recalcar que si el perito no comparece al juicio no existe prueba pericial.

El principio de imparcialidad, ciencia, arte, deberá plasmarse en el informe del perito, nuestra norma procesal determina que para ser perito debe ser profesional en el área en la que se le designa, ser acreditado, ejercer sus funciones, el perito podrá excusarse, también podrá recusarse con la notoriedad que su informe carezca de valor si se demuestra que tiene inhabilidad o excusa debidamente comprobada, el informe pericial deberá guardar relación directa con las reglas del Artículo 500 del

C.O.I.P, en el caso de que el consejo de la judicatura no cuente con peritos en determinada áreas la ley le faculta a que otro profesional experto realice el peritaje.

#### 4.2.2.- PRUEBA TESTIMONIAL.

Valor fundamental de un proceso penal es la prueba testimonial, el testimonio de la víctima, procesado, y los testigos son aquellas personas que han percibido, presenciado, circunstancias, referente a los hechos que se debaten en el juicio oral, quien rinde el testimonio debe testimoniar valga la redundancia sobre lo que vio, lo que le contaron o lo que le sucedió particularmente referirse a los hechos materia de investigación (autores, cómplices, lugar, hora, fecha) para que una persona pueda declarar debe tener capacidad sensorial, es decir poder percibir y transmitir sus percepciones al mundo exterior.

El jurista José García Falconí se pronuncia de la siguiente manera que *“ El testigo es la persona física que declara, o puede declarar, ante el Tribunal Penal o el Juez, relutando datos, circunstancias o hechos que conoce y que son objeto de la investigación. Así el testimonio es la declaración recibida con las formalidades legales, bajo juramento, referente a los hechos motivo del proceso, proveniente de persona extraña a ellos.”* (García Falconí, 2007, pp. 208-209)

García Falconí trae doctrina necesaria a la hora de ejercer la profesión y fundamentalmente de tener un caso sólido, la mejor manera de poder juzgar por parte de quienes tienen esa facultad es que los testimonios sean recibidos ante ellos, no sería lógico dar un testimonio ante un Juez que no resolvera la situación jurídica de un procesado sin embargo el legislador seguramente todos *“concedores de derecho*

penal` determinaron que el testimonio anticipado es una excepción luego se vera cual es la esencia del testimonio anticipado y su alcance.

La naturaleza del testimonio no comprende unicamente del conocimiento histórico, original y directo del hecho, debemos precisar que en el proceso penal la prueba testimonial debe ser expresa, de manera racional, clara e inteligible, por lo cual existen criterios de que esa expresión sea de viva voz y se lo realice unicamente ante el órgano jurisdiccional encargado de juzgar, *¿Por qué es importante ante el Tribunal?*

Para apreciar los testimonios de todas las personas que han concurrido a dar su testimonio el Tribunal considera que la declaración sea de manera clara, precisa, sin dudas ni reticencias, que versen sobre las circunstancias esenciales del hecho, por lo que podemos afirmar que la expresión que proviene del testimonio presupone como el hecho del lenguaje, aquel aspecto de positividad el cual define la toma de conciencia por parte del testigo respecto del acto con el que ha tenido contacto directo, para en segundo término aspecto en tener cuenta es el de objetividad que presupone la observación la facultad del testigo la toma de conciencia respecto del dato que fue adquirido mediante la facultad, capacidad, edad, conocimiento.

La prueba testimonial aparece como una expresión de voluntad, contrario resultaría violar la voluntad para tratar de desnaturalizar el testimonio, la prueba testifical debe tener una conexión con el sujeto del cual proviene, si durante la declaración notamos que no existe el vínculo del aspecto interno del sujeto (conciencia y voluntad) no podemos considerar como válido ese testimonio carece de veracidad, fundamental dentro del juzgamiento que un testimonio ayude al Juzgador a tener una

idea clara de lo que se debate, la prueba testimonial es el norte para crear convicción en el Juzgador.

Podríamos citar varios conceptos de la prueba testimonial sin embargo terminariamos concluyendo que el testimonio es un acto procesal, cuya finalidad versa sobre la persona aquella que le comunica al Juzgador (s), el conocimiento que tiene de ciertos hechos acontecidos, el testimonio como medio de prueba tiene dos sentidos, de carácter estricto por cuanto la persona declara ante el Juez o Tribunal Penal los hechos que son de su conocimiento a fin de generar un efecto determinado dentro del proceso, y de carácter amplio la prueba testimonial aparece como un mecanismo probatorio derivada de una declaración que lleva consigo validez y eficacia factor que el Juez a la hora de sentenciar valorara por la calidad de información que aporte.

Dentro del proceso penal ecuatoriano el Artículo 501 del C.O.I.P, define `` *El testimonio es el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal.* `` (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Dentro de la investigación previa como en la etapa de instrucción fiscal los sujetos procesales solicitan una serie de diligencias, personas que son notificadas a dar una versión (sin juramento) ante el Fiscal, concluida esta diligencia el titular de la acción comunicara a la persona que esta obligada a comparecer a la audiencia de juicio a dar su testimonio, de no hacerlo voluntariamente la ley permite que el testigo comparezca por medio de la fuerza pública. Quienes declaren en la audiencia de juicio

(víctima, procesado, testigo, perito) serán interrogados y contrainterrogados, por los sujetos procesales.

El principio de oportunidad de la prueba determina que la prueba debe ser anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio de manera que en la audiencia de juzgamiento la prueba es practicada, las personas que forman parte del proceso en calidad de testigos comparecen ante el Tribunal Penal, declaración que la realizan tanto testigos como peritos al momento de sustentar su informe, la particularidad es que quien actúa en calidad de testigo o perito corre el riesgo de que en caso de que faltare a la verdad (mienta) adecuara su conducta al tipo penal de PERJURIO, es por eso que apenas el testigo o perito entran a la sala de audiencia o comparecen por medios telemáticos el Tribunal realiza el juramento.

Los menores de edad que actúen como testigos dentro de un proceso penal podran declarar sin la necesidad de realizar el juramento, deberan estar acompañados por su representante legal o curador, la persona que por su condición de sordomudo podra dar su testimonio por escrito, en caso de no poder escribir se buscara un traductor etc, de igual manera para aquel testigo o perito que hablare diferente idioma al que se sustancia el proceso el estado le proporciona un interprete, garantía constitucional y procesal es que ninguna persona podra ser llamado a declarar contra su cónyuge, pareja o parientes hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad a excepción en los casos de violencia intrafamiliar, sexual, género.

Las reglas de la prueba testimonial que el Artículo 502 del C.O.I.P, señalan que el testimonio sera contrastado con las pruebas que formen parte de la causa, por regla general como exepción el C.O.I.P, establece la prueba anticipada que se someten a

este acto procesal quienes justifiquen su imposibilidad de comparecer ante el tribunal, personas que sufran enfermedades graves, víctimas o testigos protegidos, agentes encubiertos en fin la norma es clara y señala que deben justificar su imposibilidad sin embargo en caso de audiencia fallida el Tribunal puede receptor el testimonio anticipado de quienes actúen dentro del proceso.

En la actualidad el no poder comparecer a dar un testimonio de manera física no es un problema por cuanto existen diferentes medios de comunicación, con lo que la víctima, testigo, perito pueden declarar frente al tribunal, cierta contradicción notamos en el numeral 10 del mismo cuerpo de leyes *“El testimonio se practicará en la audiencia de juicio, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia, con excepción de los testimonios anticipados.”* (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Si podemos comparecer por cualquier medio telemático dice la norma procesal, porque la necesidad entonces de realizar los testimonios anticipados frente ante un Juez inferior, la única forma es que la persona justifique su imposibilidad, pero la inmediación como principio procesal es para todos quienes actúan dentro del proceso, el problema es que el TRIBUNAL PENAL que es quien JUZGA en los delitos que se someten al procedimiento ordinario, por lo mismo el testimonio anticipado debe realizarse pero frente al Tribunal no podemos a pretexto de que el caso no se consolide practicar prueba en cualquier etapa, sin haber cerrado la instrucción fiscal o sin haber existido un auto de llamamiento a juicio.

La víctima se encuentra protegida por garantías constitucionales, procesales, tratados internacionales, esta en su libre albedrío decidir si comparece o no al juicio, el derecho a no ser revictimizada le faculta para que su testimonio sea antes del juicio,

evitar la confrontación con su agresor es fundamental, pero también es fundamental garantizar el derecho a la defensa del procesado, garantizar principios procesales, oralidad, inmediación, contradicción, sin embargo en la práctica el fiscal solicita el testimonio anticipado de la víctima en la etapa en la que el crea conveniente, el juez garantista adoptara medios necesarios para proteger a la víctima pero entonces *¿el juez de garantías penales solo garantiza derechos de la víctima?*

El C.O.I.P, en su Artículo 510 establece reglas para el testimonio de la víctima donde lo fundamental es evitar la confrontación visual con su victimario (s), de manera que la víctima cuenta con las garantías necesarias para comparecer a dar su testimonio por medio de video conferencia, cámara de gesell, que exista contradicción, derecho a la defensa del procesado, inmediación con el Tribunal Penal.

Un medio de defensa representa el testimonio del procesado quien en la audiencia de juzgamiento de manera obligatoria debiera estar presente para poder decidir conjuntamente con su abogado defensor si decide declarar o acogerse al derecho al silencio, la presencia del procesado es importante para la instalación de la audiencia, existen ciertos delitos donde no es necesaria la presencia del procesado ejemplo peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, etc.

##### **5.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA.**

La sentencia declara una verdad, aparece como expresión de una decisión jurisdiccional motivada sobre la correcta valoración de la prueba que ha sido incorporada por los sujetos procesales, la valoración significa valorar la prueba en su totalidad, es un ejercicio del intelecto cuya finalidad es establecer eficacia

conviccionalidad de todos y cada uno de los elementos de prueba que han sido incorporados de manera correcta.

Ya que tocamos a la sentencia es importante referirnos a las reglas que contempla el Artículo 619 del C.O.I.P y es que la decisión judicial debiera contener los hechos alegados por los sujetos procesales, así como el pronunciamiento por parte del Juez (s) sobre la materialidad de la infracción como la responsabilidad, la individualización del procesado (s), en caso de una condena establecer el tiempo y la reparación integral.

Una vez que el Tribunal Penal pronuncie su decisión de manera oral el Tribunal reducirá a escrito la sentencia que debe contener la motivación relacionado con la responsabilidad, tiempo de la pena, reparación integral hacia la víctima, es decir los hechos llegan a la sentencia por medio de la prueba, y que de manera general los jueces valoraran a fin de establecer la materialidad de la infracción y la responsabilidad de acuerdo a lo establecido en los Artículos 621, 622, 623.

A la hora de valorar el material probatorio el Juzgador debe realizar un examen que contemple elementos que deben ser integral, pleno y completo, la finalidad de la prueba es llevar al pleno convencimiento al Juzgador (s), el resultado de la apreciación de las pruebas no debe ser, empírica, fragmentaria o aislada, consecuentemente la prueba debe ser valorada en su conjunto total por decirlo de otra manera la ``urdiembre probatoria`` que surge de la investigación.

La valoración de la prueba es la facultad que de manera exclusiva recae sobre el Juzgador (s), el C.O.I.P, en su Artículo 457 establece los criterios de la valoración

probatoria, la prueba se valorara teniendo en cuenta su legalidad es decir la prueba debe cumplir con los requisitos legales, como lo son principios procesales, constitucionales, la legalidad garantiza que los elementos probatorios hayan sido incorporados respetando las etapas procesales y derechos de los sujetos procesales.

El sometimiento a cadena de custodia de los indicios, evidencias, elementos recabados durante la investigación, tiene por finalidad su conservación, garantiza que las evidencias no se alteren, no pierdan su estado, importante señalar que la cadena de custodia inicia en el lugar donde se obtienen el material de investigación y finaliza en la etapa de juicio a fin de que los operadores de justicia valoren la autenticidad de la prueba.

Por último el grado actual de aceptación científica esta ligado a los informes periciales que seran sustentados por el perito (s) de manera oral en la audiencia de juzgamiento.

El método de valoración de sana crítica racional constituye la libertad de convencimiento de los Jueces sin embargo les exige que a la hora de emitir sus conclusiones sean producto de un correcto análisis razonado de las pruebas, la libertad del Juez le faculta a seleccionar, descartar, conceder o restar eficacia de convicción de las pruebas en las que fundan la sentencia.

La motivación es un deber del Juez dentro de la sentencia, por medio de la motivación nos permite realizar el control jurisdiccional en una instancia superior de la legalidad del fallo, a suerte de que si la sentencia no plasma argumentos suficientes,

ni se deriva del razonamiento del derecho vigente, caera en un espacio de arbitrariedad.

El juzgador o magistrado como Caballero lo denomina sostiene que debe tener *“Capacidad para proyectarse en sus resoluciones, luego de reflexionar especialmente sobre la elección de los hechos probados y sus resultados, con sujeción a las leyes lógicas del entendimiento para garantizar la idea moral y social de la justicia como manera de garantizar la seguridad de los derechos (labor estatal) y la ética de la comunidad (labor social).”* (Parma & Mangiafico, 2014, p. 176)

Garantizar derechos es el deber del juez en el proceso y dar una respuesta por medio de una sentencia a través de una actividad mesurada, reflexiva y sabia es el trabajo loable que día a día el Juez desarrolla en la soledad de su despacho, luego de una jornada de audiencia (a) y aunque suene repetitivo las resoluciones que el órgano jurisdiccional emite no son objeto de su arbitrio, es producto de un correcto razonamiento el análisis de la prueba que fue incorporada y practicada en el juicio.

## CAPITULO II

### 6. PRINCIPIOS PROCESALES DEL JUZGAMIENTO

La audiencia de juzgamiento se desarrollara tomando en consideración los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación de la prueba que los sujetos procesales practiquen.

#### 6.1.- PRINCIPIO DE ORALIDAD.

En latinoamérica en la última década en materia de justicia sus procedimientos han sido objeto de reformas, cuya finalidad es modificar procedimientos inquisitivos en acusatorios, a fin de obtener procesos con mayor eficacia, que exista celeridad, y con mayor publicidad.

La mejor manera de garantizar la correcta aplicación de los principios de inmediación y contradicción, es el principio constitucional de la oralidad así lo señala la Constitución ecuatoriana en su Artículo 168 numeral 6, y el C.O.I.P, en su Artículo 5 numeral 11, donde establece que la sustanciación de los procesos de cualquier naturaleza, se desarrollaran mediante el sistema oral en conjunto con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

En materia penal el sistema oral aparece como instrumento para los sujetos procesales, los abogados litigantes expresan sus impugnaciones, aclaraciones, es la relación directa del Juzgador con los litigantes, y con la prueba a fin de que al final de una jornada de audiencia el Juzgador (s) emita una desición de manera oral, la finalidad del sistema oral es democratizar el proceso ya que impone al Juzgador el contacto directo con las partes agiliza la solución del litigio.

## **6.2.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.**

Garantía de la justicia es la publicidad, los procesos son públicos a excepción en los casos donde se ventilen delitos de naturaleza sexual, violencia intrafamiliar, el principio de publicidad se encuentra garantizado en la Constitución ecuatoriana en su Artículo 76 Num. 7 Lit. d, Artículo 168 Num. 5 del mismo cuerpo de leyes, en concordancia con el Artículo 5 Num. 16 del C.O.I.P, en relación con el Artículo 13 del C.O.F.J.

El principio de publicidad es un medio que ayuda a frenar los abusos y en ella se funda la confianza absoluta para el juzgamiento, las audiencias se desarrollan bajo este principio sin embargo el acceso es restringido a las audiencias cuando el juez hace uso de la facultad que le concede la Constitución en los delitos sexuales, violencia intrafamiliar, a fin de proteger su integridad así como este principio se limita donde se debatan delitos contra la seguridad del estado.

## **6.3.- PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.**

Principio de inmediación garantiza que el Juez desarrolle las audiencias en relación directa con los sujetos procesales, valor fundamental de un proceso penal a la hora de practicar la prueba porque es el Juzgador o Tribunal Penal que quien luego de la práctica de pruebas formara su íntima convicción, Velez Mariconde sostiene que en la práctica de prueba no se deben interponer otras personas, la prueba debe llegar al espíritu de quien ha de Juzgar.

La esencia de la inmediación es en la etapa de juicio, por cuanto es en ese momento donde las pruebas son actuadas, con lo que es una exigencia el contacto directo del Juzgador con los partes procesales y el objeto del proceso, porque es la

mejor condición que tiene el juez de percibir sin intermediarios toda la información que emanen de las pruebas personales, entonces no solo el contenido verbal, si no que la inmediación aparece como un medio para constatar una serie de elementos que están vinculados con las palabras del declarante (titubeos, volumen de la voz, mirada) la doctrina los denomina componentes paralingüísticos, con la aplicación del Testimonio Anticipado evidentemente el principio de inmediación pierde su esencia, por que la prueba testimonial de la víctima no llega de manera directa al Tribunal Penal que es quien debiera juzgar.

#### **6.4.- PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.**

La contradicción consagrado en los Artículos 5 Num. 13 del C.O.I.P y Artículo 76 Num. 7 Lit. H de la Constitución, garantiza que durante la audiencia de juzgamiento la evacuación de las pruebas se las realice en presencia de los sujetos procesales, cuyo objetivo es que cada parte procesal pueda formular preguntas, aclaraciones, contrainterrogar, los sujetos procesales tienen derecho de practicar sus pruebas a fin de justificar su teoría del caso de esa manera el sujeto procesal adverso las podrá controvertir.

El principio de contradicción en el juicio aparece como una garantía de ejercer los sujetos procesales su legítimo derecho a la defensa, permite que cada órgano de prueba que sea practicado pueda ser refutado por la otra parte, en los sistemas orales es muy importante, porque de conformidad con las actuaciones de los sujetos procesales el poder contradecir todo lo que resulte adverso a sus intereses, los Jueces podrán a través del contacto directo con los intervinientes, observar la verdad histórica de los hechos que son puesto a su conocimiento.

## **7.- EL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN.**

Los delitos de naturaleza sexual se caracterizan por ser delitos clandestinos o de comisión encubierta y en su mayoría no presentan testigos del hecho, es un delito de resultado, violencia o fuerza medio idóneo para doblegar a la víctima el injusto penal de violación la característica de violencia sexual no solo comprende el uso de la fuerza física, también puede existir coacción o fuerza moral que tiene por finalidad vencer la resistencia de la víctima.

La acción típica consiste en que debe existir acceso carnal, que significa la penetración sexual y se realiza cuando el órgano genital es introducido en el cuerpo, recordemos que tanto hombre como mujeres pueden ser víctimas de esta clase de delitos, tener claro que los delitos sexuales por su naturaleza son delitos ocultos.

La consumación de esta conducta conlleva a que la víctima sufra diversos problemas de carácter físico producto de la fuerza con la que fue agredida sexualmente lo que deriva en que la víctima también acarree problemas de carácter psicológico. Dentro de la clase de delitos sexuales el tipo penal de violación es un delito doloso que se encuentra tipificado en el Artículo 171 del C.O.I.P.

### **7.1.- TESTIMONIO ANTICIPADO DE LA VÍCTIMA.**

Nuestro ordenamiento jurídico penal, ha definido que tanto hombres como mujeres, niños, niñas, la edad no es un límite para que se consideren sujetos pasivos (víctimas) de un delito de violación, al entrar en esta categoría de haber sido vulnerado la facultad que tiene el ser humano de libertad sexual disponer su cuerpo sin atentar contra la moral o las buenas costumbres, el estado ecuatoriano le garantiza protección y un tratamiento especial.

Al ser objeto del sujeto activo para la consumación de este tipo penal es importante que la víctima no vuelva tener contacto con su victimario durante el proceso penal, es así que el legislador decidió establecer que dentro del procedimiento ordinario exista la prueba anticipada para esta clase de delitos sexuales, si nos retrotraemos a los principios de la prueba en el principio de oportunidad señala que la ``prueba deberá ser anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y practica en la audiencia de juicio ha excepción dice el Código de los testimonio anticipados``.

El testimonio anticipado en el delito de violación se realiza en la etapa de instrucción fiscal el procedimiento es sencillo el titular de la acción solicita al juez de primer nivel que se realice esta diligencia, el Juez acepta, concurren a esta diligencia los sujetos procesales y la víctima comparece a través de la CÁMARA DE GESSEL.

La víctima al ser considerada por su condición de vulnerabilidad la Constitución garantiza que no sea revictimizada Artículo 78 de la Constitución, es por eso que comparece por medio de la cámara de gessel a dar su testimonio, el objetivo de la cámara de gessel es que la víctima no tenga contacto con su agresor a fin de que no pueda ser intimidada y no pueda dar su testimonio, cuenta con la presencia de un psicólogo (a) que es quien dirige, dentro de esta diligencia procesal el psicólogo toma protagonismo porque las preguntas que realiza la fiscalía, acusación particular (de haberlo) defensa del procesado son transmitidas muchas de las veces de manera diferente a la que el abogado realiza.

Los derechos de la víctima que el Ecuador es garante por medio de la Constitución, Tratados Internacionales y el C.O.I.P, le da la facultad a la víctima de

comparecer como dejarlo de hacer en cualquier momento o instancia del proceso penal, el Artículo 78 de la Constitución determina *“Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación.”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Derecho sancionador o IUS PUNIENDI es la facultad que tiene el Estado para perseguir penalmente, el fiscal es quien cumple esta función, una vez que ha tenido conocimiento del cometimiento del tipo penal de violación dispone una serie de diligencias siempre garantizando que la víctima no sea revictimizada.

El jurista Alexander Rodríguez, sostiene que a la víctima debe brindarsele un trato digno una atención prioritaria, por parte de los funcionarios auxiliares de la administración de justicia evitar su doble victimización.

Depende mucho de la clase de procedimiento de cada estado que otorgue para los testimonios anticipados, en el Ecuador el procedimiento penal esta de lado de la víctima que hasta en cierta parte no esta mal porque debe brindarle protección tanto para si como para su familia, darle un trato especial; sin embargo nuestro procedimiento con esta clase de pruebas anticipadas o pruebas urgentes vulnera el principio de inmediación, porque el tribunal penal que habra que juzgar no conocera ese testimonio, cuando se lo realiza el testimonio anticipado en una etapa primaria (instrucción fiscal) la pregunta que deberemos hacernos es *¿Existe igual de condiciones víctima y víctimaario?*.

## 8.- ANÁLISIS CRÍTICO DEL TESTIMONIO ANTICIPADO.

El sistema penal se enfrenta entre combatir la impunidad y garantizar derechos, las personas que se someten al poder penal en todas sus fases cuentan con derechos y garantías, así como las víctimas que buscan que se reparen sus derechos vulnerados, en la práctica diaria el testimonio anticipado de la víctima se ha convertido en una especie de ruleta que el fiscal tiene a su disposición, aplicar un testimonio sin importar las etapas, principios procesales.

Si bien es cierto el testimonio anticipado dentro del delito de violación es que la víctima no vuelva a revivir los hechos, no tenga contacto con su victimario es decir no sea revictimizada pero la normativa establece como carácter excepcional no de carácter obligatorio, pero en la práctica sucede todo lo contrario, cuando el Titular de la Acción creyere conveniente solicita al juez de la causa esta diligencia misma que es aceptada sin importar si es que el Justiciable y su defensa se negasen, el juzgador como garante de derechos a la hora de aceptar este petitorio es importante que tenga en cuenta la etapa en la que nos encontramos y realizar un juicio de ponderación de derechos si cabe o no el testimonio anticipado de la víctima.

Pero claro nuestra normativa procesal no contempla que el juez no acepte este petitorio, en el hipotético caso que no diera paso a esta diligencia seguramente al día siguiente se especularía que esta a favor del ``Violador``, dentro de las atribuciones del Fiscal que contempla el Artículo 444 Num. 7, del C.O.I.P, solicitar el testimonio anticipado de las víctimas en los casos de agresiones sexuales, trata de personas y violencia intra familiar, aplicando los principios de inmediación y contradicción.

Lo que nos queda claro es que el Fiscal solicita el testimonio anticipado sin importar si la instrucción fiscal acaba de abrirse, si existe los suficientes elementos de convicción, o esta por cerrarse la instrucción fiscal, sin embargo la víctima ya cuenta con su prueba en una etapa adversa, el legislador a la hora de establecer métodos para no revictimizar lo que hizo es que el Fiscal a través de su poder que el Estado le otorgo, vulnera el derecho a la defensa del procesado, principio de inocencia, principio de igualdad.

Dentro de las reglas del testimonio Artículo 502 Num. 2, del C.O.I.P, nos da una serie de circunstancias para que el juzgador puede recibir el testimonio anticipado, pero debiendo demostrar la imposibilidad de comparecer a la audiencia de juicio, en relación con el numeral 9 y 10 del mismo cuerpo de leyes donde de manera clara el estado adoptara los medios tecnológicos para salvaguardar a quienes se encuentran en situación de riesgo, el testimonio se práctica en la audiencia de juicio, a excepción del testimonio anticipado entonces es importante preguntarnos, ¿En que etapa cabe el testimonio anticipado y que juez (s) deben conocer esa prueba?

La víctima al momento de dar su testimonio la Constitución y el C.O.I.P, le garantizan el no tener contacto con su agresor las reglas del testimonio de la víctima Artículo 510 y numerales, señala que la víctima (s) puede solicitar al juzgador comparecer a dar su testimonio evitando contactarse con su victimario (s), en el Ecuador existen modernas infraestructuras, que cuentan con todos los medios tecnológicos, para que la víctima comparezca y no sea revictimizada, cámara de gesell, video conferencia, el estado y el juzgador le brindan los medios necesarios para guardar su integridad y cualquier forma de intimidación es decir se puede realizar

la audiencia de juzgamiento con la víctima, también se puede realizar el testimonio anticipado pero frente al Tribunal Penal.

Si analizamos el testimonio anticipado de la víctima notamos que el código señala ciertos delitos donde cabe esta diligencia, es decir para los delitos contra la vida, donde la víctima haya sufrido una tentativa de asesinato o femicidio, no cabe el testimonio anticipado por que si nos vamos a la práctica la víctima termina compareciendo a la audiencia de juicio también se consideraría una forma de revictimización, entonces el testimonio anticipado de la víctima no cabe en todos los delitos, hace una diferencia de las víctimas y el bien jurídico que estuvo en peligro o que fue vulnerado.

Entonces es esencial analizar si se trata de un delito de violación donde en verdad existió la consumación de la conducta penalmente relevante, el estado debería darle una respuesta a la víctima y sentenciar a su victimario, pero en el hipotético caso que a la hora de solicitar el testimonio anticipado en la instrucción fiscal y cumplirse esta diligencia, la víctima no cuenta todo lo vivido que por su condición olvida algo relevante de manera que a la hora de juzgar el Tribunal Penal escucha el audio o la secretaria da lectura a ese testimonio, y no guarda relación con alguna de las pruebas evidentemente generaría una duda a favor del procesado o en su defecto el Tribunal Penal requiere de alguna (s) aclaraciones por parte de la víctima, al no ser parte de esa prueba testimonial es imposible aclarar con un audio o una lectura.

Cuando existe una violación de hace varios años la mejor manera de probar es el testimonio de la víctima, si bien la doctrina la define como prueba madre en esta clase de delitos el examen médico legal que nos ayuda a determinar la existencia de

heridas, desgarros, fisiológicos por vía oral, anal o vaginal, la existencia de líquido seminal, al tratarse de violaciones antiguas este examen no generara efecto alguno, con lo que al ser un delito oculto cuyo testigo es la misma víctima el testimonio resulta indispensable como medio probatorio.

El proceso mexicano solo admite la prueba testifical anticipada que se la realice ante el tribunal de garantías penales a suerte de que ellos son lo que emitirán una eventual condena.

Los procesos argentinos en los casos de naturaleza sexual, se realizaba el testimonio anticipado de la víctima de la misma forma que se realiza en el Ecuador, y es que la fiscalía le informaba al juez que deseaba activar su facultad para realizar la diligencia del testimonio anticipado en la cámara de gesell, y el juez al igual que en nuestro país autorizaba.

Dentro de la reforma al Código Procesal de la Nación en el año 2015, notaron que al realizar esta diligencia, el juez estaba tomando una importante decisión dentro del proceso, sin que sea discutida en una audiencia, el argumento se fundamentó que a la hora del juez admitir el anticipo jurisdiccional de prueba, se violentaban los principios de oralidad, publicidad, inmediación, simplicidad y el derecho a la defensa.

El proceso argentino tiene una variable y es que para que existe un anticipo jurisdiccional de prueba el fiscal debe solicitar al juez pero el juzgador de instrucción convocara a una audiencia donde el sujeto procesal fundamentara el porque de la necesidad de un anticipo jurisdiccional de prueba de la víctima, los sujetos procesales comparecen a la audiencia para debatir la procedencia del anticipo jurisdiccional de la

prueba, en caso de que el juez admita la prueba anticipada mismo que debiera establecer las condiciones en las que se realizara la diligencia procesal.

Es claro y notorio que dentro de estos países el tribunal penal es quien conoce las pruebas anticipadas, también garantizan que la víctima no sea revictimizada, en Ecuador el fiscal y el juez son aquellos quienes en una especie de valanza ponen a la víctima y al procesado, y es innegable que los derechos de la víctima pesan sobre el justiciable, ponderan derechos mientras el victimario esta con prisión preventiva, en ocasiones con defensor público, sin que exista una instrucción fiscal cerrada, sin contar con los elementos de cargo y descargo pero el fiscal ya aseguro su prueba, por otra parte el tribunal penal motivara su sentencia en base a un audio, a un escrito que conste el testimonio.

El procesado es el sujeto procesal mas debil dentro de un proceso es imposible poder competir con todo el apartaje juridico que el Estado le brinda al fiscal, la prueba tiene por finalidad demostrar los dos pilares fundamentales que el derecho penal exige, materialidad de la infracción y responsabilidad, si bien es cierto los organismos internacionales se han pronunciado respecto de que a las víctimas hay que creerles, por el principio básico de igualdad entonces tambien debemos aplicar o el fiscal debe aplicar de manera correcta el testimonio anticipado.

Seguramente habran juristas o personas que sostengan criterios diferentes como que la víctima tres dias despues del cometimiento de la infracción no es víctima, es falso si en verdad una persona fue violada, por mas tratamiento que reciba, cuanto mejor sea la reparación integral, no dejara de ser víctima.

Nuestro sistema procesal penal con la inserción de principios procesales como el de oralidad efectivamente busca garantizar las intervenciones de los sujetos procesales en términos de un efectivo ejercicio del derecho a la defensa e imparcialidad judicial, la audiencia de juzgamiento es oral es pública (excepción) y contradictoria pero relacionados directamente con el principio de inmediación.

La inmediación por parte del Tribunal Penal de recibir y percibir de una forma directa y personal la prueba, entonces es importante analizar *¿Si dentro de la audiencia de juzgamiento existe o no inmediación?*

Dentro de la doctrina se ha establecido que el juzgador debe percibir y recibir la prueba de manera directa, escuchar un audio, una grabación, la lectura de la secretaria constituye fuente directa de prueba, evidentemente que no, pues con el testimonio anticipado de la víctima quien pudo percibir esa prueba fue otro juez que no juzgara, de manera que el juicio oral con un testimonio anticipado pierde su esencia.

El principio contradicción se violenta, el procedimiento lo dirige un psicólogo que es quien orienta esta diligencia y transmite las preguntas, es decir principios constitucionales, procesales en el testimonio anticipado de la víctima no existen, el acusador oficial se rasga la vestiduras ponderando la revictimización sobre el derecho a la defensa del procesado, aun juicio justo, cuando existen medios tecnológicos en los que la víctima pueda dar su testimonio pero garantizando la inmediación con el órgano jurisdiccional que es quien juzgara.

Si bien es cierto la normativa procesal penal de nuestro país no regula la etapa en la que se debe desarrollar los anticipos jurisdiccionales de prueba, es menester señalar que por principio de buena fe y lealtad procesal, el fiscal, la defensa de la víctima en el desarrollo del proceso buscaran romper el escudo de inocencia del justiciable, cuando muchas de las veces ``el victimario resulta ser la víctima de la víctima``, y con la prueba testimonial se busca justificar la existencia material del tipo penal, la realidad de los hechos es que por estrategia del acusador oficial se abusa del testimonio anticipado.

### CAPÍTULO III

## 9.- ANÁLISIS DE CASOS PRACTICOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN LA PROVINCIA DEL AZUAY EN EL AÑO 2015 - 2016 - 2017.

### 9.1.- CASO NÚMERO 1

- EXPEDIENTE FISCAL No. 010101815060450
- JUICIO No. 01283 – 2015 – 03658G
- VÍCTIMA: N.N.
- PROCESADO (s): ANDRES M.

### HECHOS.

El día Lunes 8 de Junio del 2015 a las 6h30 am aproximadamente, Andres M llega al domicilio, de su ex esposa N.N, puesto que el acusado solía trasladar a la escuela a los hijos que tienen en común, domicilio ubicado en la parroquia El Valle, Sector Cochapamba, urbanización Lagunas del Sol. Mientras N.N, preparaba el desayuno Andres M ingresa al domicilio sube al segundo piso, para ayudar a preparar a sus hijos para trasladarles a la escuela, la víctima había dejado el celular en el segundo piso por lo que el procesado accede a leer los mensajes, se altera y se pone violento, N.N sube al segundo piso en lo que Andres M, le agrede de manera verbal con palabras soeces, le agrede físicamente tomándole con sus dos manos sobre ella, le lleva al cuarto de su hija cierra con llave la puerta, forcejean. El le lanza a la cama N.N, estaba con ropa de dormir, le sube la parte superior de la pijama, lame y besa sus senos para luego juntarle las manos, someterle fuertemente con una sola mano para con la otra mano bajarle el pantalón y proceder a introducir sus dedos de forma

violenta en la vagina y en el ano de la víctima, quien grita fuertemente para que su hijo llamara a la policía, ante lo que el procesado se retiró del lugar.

### **ANÁLISIS:**

Dentro del caso número UNO, los hijos menores de edad de N.N y el Procesado (sentenciado) al encontrarse y ser testigos de los hechos que se debatieron comparecieron al proceso, por su edad rindieron su Testimonio Anticipado dentro de la instrucción fiscal mismo que se dio lectura en la audiencia de juzgamiento, sin embargo la Víctima compareció de manera física a la audiencia de juzgamiento a rendir su Testimonio, el testimonio de la víctima es prueba esencial dentro de este tipo penal de manera que se debe analizar en el contexto con las otras pruebas en este caso el Tribunal de Garantías Penales, al momento de el análisis de la valoración probatoria considera que no se ha podido demostrar científicamente la introducción de los dedos en la vagina y en el ano de la víctima, lo que evidentemente dejan en claro que las lesiones en la víctima pueden ser causadas por varios mecanismos y no por penetración, el Tribunal considera que existen hechos científicamente probados de un delito de Abuso Sexual Artículo 170 del C.O.I.P, me referire a breves rasgos sobre las lesiones, examen médico legal, mucosa completamente enrojecida a nivel del introito vaginal herida abierta 0,6 por 0,8 centímetros en donde se unen los labios mayores de la vagina (lesión por fricción, tipo contusas; en el ano se encontró restos de sangrado, una equimosis en la mitad derecha del esfínter anal dolorosa al tacto signos de dilatación reciente (lesión por manipuleos o penetración), en el ante brazo derecho se encontraron petequias en forma de brazaletes (lesión por aplastamiento con dedo), pericia psicológica mantuvo una conversación con N.N, encuentro a la

examinada con ansiedad, angustia, desesperación, silencios prolongados, elementos secuenciales del hecho traumático lo que configura un relato confiable, valoración psicológica la perito diagnosticò ansiedad generalizada con sintomatología de estrés postraumático asociado al hecho.

La prueba testimonial de la víctima como de sus hijos mas la prueba pericial fueron necesarias para demostrar que N.N, fue víctima de un abuso sexual ya que científicamente para el Tribunal no se puedo comprobar que existió penetración, los sujetos procesales interpusieron recurso de apelación, donde la Sala Penal de la Corte Provincial en un análisis diferente al del Tribunal sostuvo que el verbo rector (violación) es introducir total o parcial, en este caso los dedos con el testimonio de la víctima mas el examen médico legal que se realizo horas despues del hecho, constituye prueba científica de la introducción de los dedos del sentenciado en la vagina y ano de N.N, existe nexo causal, la sala tiene el convencimiento de que se encuentra probada la materialidad de la infracción como la responsabilidad, la prueba conforme el Artículo 453 de conformidad con el Artículo 457 del C.O.I.P, la Sala Penal sentencio con una pena de VEINTE Y NUEVE AÑOS CUATRO MESES (el hoy sentenciado se encuentra prófugo).

## 9.2.- CASO NÚMERO 2

- EXPEDIENTE FISCAL No. 011401816050002
- JUICIO No. 01282 – 2016 - 00146
- VÍCTIMA: N.N.
- PROCESADO (s): VICTOR ALEJANDRO R.

### HECHOS.

El día martes 24 de mayo del año 2016, a las VEINTE HORAS con QUINCE MINÚTOS aproximadamente la víctima N.N. Se encontraba sola en su domicilio ubicado en el sector de Sacre Alto de Guachapala, minutos antes su familia se habían dirigido a la casa de la abuela de N.N; a una novena, en la casa de N.N funcionaba una tienda misma que a esa hora era atendida por la víctima, en la hora ya mencionada en líneas anteriores, llegó solicitando que le vendiera un cigarrillo Victor R (amigo de la familia), a lo que N.N, le respondió tu no fumas, él le contestó no es para mí, Victor R, cruzó la vitrina detrás de N.N, le empujó hacia el mueble que había junto a la tienda presionó las manos de la VÍCTIMA, para proceder a bajarle la licra y penetrarle a la fuerza por su vagina, la víctima forcejeó y Victor eyaculó en el piso para luego regresar a la novena.

### ANÁLISIS:

La presunta víctima no compareció a la audiencia de juicio cabe recalcar que este proceso inició con la denuncia de la víctima se abrió una indagación previa (25 may – 27 octb 2016), instrucción fiscal (90 días cierre 06/02/2017) dentro de la instrucción fiscal se dio el testimonio anticipado.

Acusación Fiscal, Auto de Llamamiento a Juicio en la Audiencia de Juzgamiento una vez que se dio lectura al Testimonio Anticipado de N.N, y de la practica de la prueba aportada por los sujetos procesales, el testimonio de la Víctima se debe valorar en contexto de toda declaración en relación con las pruebas que sean presentadas, el examen médico ginecológico da como resultado sin alteración, valoración médico legista horas despues del hecho que da como resultado equimosis color violaceo verdosa en el muslo derecho (por el color algunos días de inferida), eritema en el himen y presencia de tumefacción (malos hábitos higiénicos o relaciones sexuales consentidas), la víctima no tenía lesiones en los brazos, antebrazos, manos (muñecas), el delito acusado es un delito de resultado, con la prueba pericial se demostro que no existio fuerza o violencia para someter a la víctima, el Testimonio Anticipado resulta contradictorio, es huérfano no guarda relación ni armonía, no se encontro huella alguna de la fuerza utilizada, la prueba testimonial de los vecinos que conocían a N.N y Victor destacaron que tenían relación de enamorados contradicciendo a N.N, en el sentido de que no eran enamorados, la valoración psicológica fue desacreditada ya que no fue completa no realizo un análisis de personalidad y menos un test de credibilidad del relato de la víctima fueron varias pruebas que identificaron que la víctima no había sido violada el Tribunal De Garantías Penales sostuvo que no se ha fundamentado científicamente la materialidad de la infracción por lo que no se analiza la responsabilidad del procesado ratificando sus Estado de Inocencia.

### 8.3.- CASO NÚMERO 3

- EXPEDIENTE FISCAL No. 010101817040217
- INSTRCCIÓN FISCAL No. 008 - 2017
- JUICIO No. 01283 – 2017 - 00699
- VÍCTIMA: N.N.
- PROCESADO (s): DIEGO D

KEVIN Y

#### HECHOS.

El día miércoles 5 de abril del año 2017 a las 21h00 aproximadamente la víctima N.N, salía del culto en la iglesia cristiana ``La Puerta``, en compañía de Sebastian y su hermana Gabriela, se dirigieron a la casa de Sebastian que es novio de Gabriela, para minutos después retornar a la iglesia, es así que de regreso cuando estaban frente al restaurante el Mandingo sector parque Iberia, Kevin se acercó caminando en compañía de su amigo Diego a quien N.N no conocía y le dijo que quería hablar para pedirle perdón, la víctima accedió, su hermana y su novio regresaron a la iglesia, la Víctima en compañía de Kevin y Diego se trasladaron a una calle lateral junto al restarurante el Mandingo, en ese lugar se encontraba estacionada una camioneta de color blanco, se ubicaron en la parte de atrás de la camioneta, donde Kevin y Diego se acercaron a N.N, tocaron sus genitales, sus pechos la víctima se resistió quiso irse, Diego le tapó la boca sacó un cuchillo la amenazó con matarle para Kevin proceder a introducirle su pene en la boca de N.N, Diego guardó el cuchillo la víctima trató de huir, Diego la sujetó y la llevó al fondo de la calle, nuevamente le amenazó con el cuchillo se ubicaron en la parte de atrás de una camioneta de color negro, la víctima

quedo de espaldas sobre el carro le bajaron el pantalón Kevin introdujo su pene por vía vaginal como anal, mientras Diego le tapaba la boca y le sujeta las manos, momento en el cual escucharon unos gritos de la mamá de la víctima, Diego y Kevin se asustaron y salieron corriendo.

### **ANÁLISIS:**

La versión de la víctima representa un status especial, pero esta versión debe estar respaldada por pruebas periféricas que a lo largo de la investigación desarrollada en la instrucción fiscal se evidencio una versión huérfana, contradictoria, el examen ginecológico al cual fue sometida N.N, da como resultado región paraganital normal sin alteraciones, examen genital sin desagros, tenemos una pericia psicológica que concluye estrés postraumático asociado a los hechos vividos, importante señalar que al examen psicológico se realizo una pericia forense que cuestiona y concluye que la sintomatología pudiera estar asociada a la vivencia de un suceso altamente estresante (susto, miedo, vergüenza) al tratarse de una adolescente que vivió un momento de pánico al percibirse descubierta por sus padres teniendo relaciones sexuales, la víctima en su versión sostuvo que fue amenazada con un cuchillo, se realizo un percia tecnica de audio y video al celular de Kevin Y, en la carpeta de videos pudiendose constatar la presencia de la víctima de rodillas manteniendo contacto con su boca y mano en los órganos sexuales de los procesados, los peritos no refiere observar el arma cuchillo que tampoco apareció, un video que clarifica que existio relaciones sexuales consentidas, violencia, amenaza, elementos del tipo que en este caso no existen el fiscal emitio un dictamen Abstentivo la versión de la víctima no se contrasta con la investigación, el Testimonio Anticipado se realizo dentro de Instrucción Fiscal.

## 9.- CRITERIO DE JURISTAS.

- Dra. Maria Alejandra Ledesma Romero

Fiscal de la Unidad de Violencia de Género del Cantón Cuenca

### 1.- ¿En que etapa procesal considera que se debe receptor el testimonio anticipado de la víctima de un delito sexual?

Respecto de esta pregunta la Dra. Considera que mas que la etapa procesal es la capacidad de contención que se le pueda dar a la víctima, la víctima tiene que sentirse segura de rendir esta diligencia cuando se trata de delitos flagrantes es importante que el testimonio anticipado se de lo mas pronto posible una vez que ya esta identificada la persona aprehendida, cuando se trate de casos donde ha pasado varios meses o años es importante que la víctima se convierta en un sujeto procesal activo y llegue al tribunal, concluye que mas que la etapa procesal depende del tipo de víctima con el que nos encontremos.

### 2.- ¿ Considera usted que se garantiza los principios de inmediación y contradicción de la prueba en la audiencia ante el Tribunal Penal al realizarse el testimonio anticipado de la víctima en una etapa adversa al juicio?

La Dra. Considera que si se garantizan estos principios en virtud de que al ser una actividad jurisdiccional la recepción del testimonio anticipado el juez toma el testimonio anticipado lo hace bajo el principio de inmediación y contradicción, se garantiza el principio de inmediación ya que el Juez es el representante del órgano pluripersonal que es el Tribunal Penal y el principio de contradicción se garantiza ya que las partes son las que tienen que interrogar y contrainterrogar a la víctima.

**3.- ¿Cuál es su criterio del derecho a la defensa del procesado en la audiencia de juicio frente al testimonio anticipado de la víctima?**

Considera que cuando exista un efectivo derecho a la defensa el testimonio anticipado es plenamente viable, en la audiencia de juicio si es que ya está dado el testimonio anticipado no se vulnera el derecho a la defensa por que para esta diligencia el juez convoca a las partes y lo hace generalmente cuando el procesado está individualizado.

- Dr. Pedro Ordoñez Santacruz

Juez del Tribunal de Garantías Penales del Azuay

**1.- ¿En que etapa procesal considera que se debe receptor el testimonio anticipado de la víctima de un delito sexual?**

El doctor considera que el testimonio anticipado de la víctima debe realizarse mientras más cercano al día de los hechos para que la víctima pueda entregar información de primera mano.

**2.- ¿Considera usted que se garantiza los principios de inmediación y contradicción de la prueba en la audiencia ante el Tribunal Penal al realizarse el testimonio anticipado de la víctima en una etapa adversa al juicio?**

Para el Doctor la diligencia del testimonio anticipado se realiza con las mismas reglas del proceso penal en cuanto a la inmediación y contradicción.

**3.- ¿Cuál es su criterio del derecho a la defensa del procesado en la audiencia de juicio frente al testimonio anticipado de la víctima?**

No se vulnera el derecho a defenderse en el juicio puesto que el testimonio anticipado se da lectura o se escucha la grabación, el fin del testimonio anticipado es evitar la revictimización.

- Dr. Miguel Sarmiento Mora

Abogado en libre ejercicio

**1.- ¿En que etapa procesal considera que se debe receptor el testimonio anticipado de la víctima de un delito sexual?**

El doctor no esta de acuerdo con el testimonio anticipado, el testimonio es indispensable que se lo evacue en la audiencia de juicio y que se le brinde las garantías a la supuesta víctima para evitar confrontar con su agresor

**2.- ¿ Considera usted que se garantiza los principios de inmediación y contradicción de la prueba en la audiencia ante el Tribunal Penal al realizarse el testimonio anticipado de la víctima en una etapa adversa al juicio?**

Para el jurista se violentan los principios de inmediación y contradicción en cuanto a que en la etapa de juicio ya no se puede contradecir el testimonio de forma directa ademas los jueces no pueden valorar adecuadamente ese testimonio considerando que la inmediación se perdería

**3.- ¿Cuál es su criterio del derecho a la defensa del procesado en la audiencia de juicio frente al testimonio anticipado de la víctima?**

Este medio de prueba en favor de la víctima vulnera los derechos del procesado, vulnera los principios antes referidos, el criterio del doctor es que el testimonio anticipado es improcedente ya que atenta al debido proceso.

## 10.- CONCLUSIONES.-

La prueba testimonial anticipada de la víctima en la cámara de Gesell, tiene por finalidad evitar la confrontación visual con su victimario (s), con esta diligencia lo que se busca es que en la recepción de su testimonio la víctima no sea revictimizada.

La doctrina conoce como anticipos jurisdiccionales de prueba a los testimonios anticipados fundamentalmente el de la víctima, es un procedimiento excepcional, nuestro sistema procesal penal no regula la aplicación del testimonio anticipado de la víctima por lo que se aplica en cualquier etapa, de manera que se conculca el principio de legalidad, inmediación, contradicción, igualdad en la etapa de juicio.

En la Audiencia de Juzgamiento rige el principio de oralidad, por lo que en la evacuación de la prueba testimonial es esencial la inmediación de manera que el juez (s) pueda crear su convicción o duda, pueda solicitar aclaraciones, consecuentemente no constituye pleno ejercicio del derecho procesal penal tener inmediación con una prueba que se encuentra en audio y en video o en la lectura que da el secretario (a) y de la que el Tribunal Penal no fue parte.

Nos encontramos frente a un conflicto de derechos de la víctima y el procesado (s), la Constitución Ecuatoriana, el C.O.I.P, el estado prioriza a las víctimas de delitos sexuales de manera que se deja de un lado el debido proceso y las garantías constitucionales del procesado (S) sin tomar en cuenta que aún mantiene su estado incólume de inocencia y la víctima es presunta víctima.

## 11.- RECOMENDACIONES.

El deber del Estado ecuatoriano es garantizar los derechos de los sujetos procesales fundamentalmente de la víctima y procesado, acceso a la justicia y derecho a la defensa, por lo que es importante establecer normas procedimentales de cuando y en que etapa procesal cabe el testimonio anticipado de la víctima.

El testimonio anticipado de la víctima se lo realice una vez exista un auto de llamamiento a juicio de manera que una vez sorteado el Tribunal Penal la prueba se practique frente al órgano encargado de juzgar, respetando los principios de contradicción, inmediación, igualdad.

Reforma al Artículo 502 Num. 2 los testimonios anticipados de las víctimas son competentes para esta diligencia el Tribunal Penal, debe existir un auto de llamamiento a juicio para que la diligencia del testimonio anticipado se la pueda realizar, garantizando el derecho de la víctima no ser revictimizada, no tener contacto con su agresor (s), garantizando el derecho a la defensa del procesado.

## 12.- BIBLIOGRAFIA.

Alfaro, J. (31 de Agosto de 2018). *La eficiencia de la Ley del Tali6n*. Obtenido de ALMAC6N D DERECHO: <https://almacendederecho.org/la-eficiencia-de-la-ley-del-talio/>

Alfaro, J. (31 de Agosto de 2018). *La eficiencia de la Ley del Tali6n*. Obtenido de ALMAC6N D DERECHO: <https://almacendederecho.org/la-eficiencia-de-la-ley-del-talio/>

Rivero, P. (s.f.). *El C6digo de Hammurabi*. Obtenido de Fichas did6cticas Clfo : <http://clio.rediris.es/fichas/hammurabi.htm>

García Rada, D. (1973). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, Per6: Carrera.

6vila Santamaría, R. (2013). *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.

Bovino, A. (2015). Juicio y verdad en el procedimiento penal. *Pensamiento Penal*, 368.

Carnelutti, F. (s.f.). *Instituto de Investigaciones Jur6dicas de la UNAM*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3842/4.pdf/>

C6digo Org6nico Integral Penal. (10 de Febrero de 2014). Registro Oficial No. 180. Quito, Ecuador.

C6digo Org6nico Integral Penal. (10 de Febrero de 2014). Registro Oficial No. 180. Quito, Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). Registro Oficial No.

449. Quito, Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). Registro Oficial No.

449. Quito, Ecuador.

Echandía, D. (2013). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Universidad .

García Falconi, J. (2007). *Manual de Práctica Procesal Penal*. Quito.

Maier, J. (2004). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto.

Maier, J. (2004). *Derecho procesal Penal*. Buenos Aires: Del Puerto.

Maier, J. (2004). *Derecho procesal Penal*. Buenos Aires: Del Puerto s.r.l.

Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Del Puerto.

Nores, C. (1986). En *La prueba en el proceso penal* (pág. 22). Buenos Aires: Ediciones de Palma.

Nores, C. (1986). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma.

Parma, C., & Mangiafico, D. (2014). *La sentencia penal entre la prueba y los indicios*. Lima: IDEAS.

Parma, C., & Mangiafico, D. (2014). *La sentencia PENAL entre la prueba y los indicios*. Lima: Ideas.

Parma, D. M. (2014). En *La sentencia penal entre la prueba y los indicios* (pág. 165). Lima: Ideas solución editorial.

Perez Luño, A. (1984). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid:  
Tecnos.

Prieto Sanchis, L. (2011). GARANTISMO Y DERECHO PENAL. Madrid: Iustel.

Zavala Baquerizo, J. (2002). El Debido Proceso Penal. Guayaquil: EDINO.

Zavala, J. (2002). El Debido Proceso Penal. Guayaquil: EDINO.

## 13.- ANEXOS



Cuenca, 26 de noviembre del 2019

UNIDAD DE TITULACIÓN E INVESTIGACIÓN FORMATIVA DE LA  
CARRERA DE DERECHO MATRIZ

Certifica que:

El informe de originalidad TURNITIN correspondiente al informe en primera revisión de la investigación de la señorita **BUENO CAMBISACA HENRY PAUL**, con **0104471586**, titulado “**ANÁLISIS DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL PROCESADO Y TESTIMONIO ANTICIPADO DE LA VÍCTIMA EN EL JUICIO PENAL**”, indica un 10% de índice de similitud, 9% de fuentes de internet, 0% de publicaciones y tesis de maestría, 7% coincidencias excluidas.

Para los fines legales pertinentes,

Atentamente,

  
Ab. Paola Vallejo Cárdenas

**Unidad de Titulación e Investigación Formativa**





## CENTRO DE IDIOMAS

### RESUMEN

Dentro del Código Orgánico Integral Penal existe como excepción de que la víctima del delito de violación no comparezca a dar su testimonio en la audiencia de juicio lo cual garantiza no ser revictimizada, el testimonio anticipado de la víctima o como lo denomina la doctrina anticipo jurisdiccional de prueba diligencia en la que es irrelevante la etapa procesal para la presentación del testimonio anticipado, el problema surge cuando un Juez que no es de los que pertenecen al Tribunal Penal, evacua la prueba antes de la audiencia de juicio, por lo que a la hora de practicar esta diligencia no se respetan principios procesales, contradicción, inmediación y se vulneran derechos constitucionales, seguridad jurídica, derecho a la defensa, un juicio justo significa que tanto el procesado como la víctima tengan las mismas garantías del debido proceso.

**PALABRAS CLAVES: EL PROCESO PENAL, LA PRUEBA, TESTIMONIO ANTICIPADO, EL PROCESADO, VICTIMA, DERECHO A LA DEFENSA.**





## CENTRO DE IDIOMAS

### ABSTRACT

Under the Organic Penal Process Code, there is an exclusion whereby a victim of sexual assault does not have to testify at the court trial, which guarantees that the victim will not be subjected to any form of harassment, the testimony of the victim in advance or as denominated by the doctrine of jurisdictional forethought of evidence in which the procedural stage for the submission of the testimony in advance is not relevant, the problem emerges when a Judge who is not a member of the Criminal Court, evicts the evidence before the court trial, so when carrying out this procedure they do not comply with the principles of process, contradiction, immediacy and constitutional rights, legal safety, the right of defence, a fair trial implies that both the defendant and the victim have the same guarantees of due process.

**KEY WORDS: CRIMINAL PROCEDURE, EVIDENCE, TESTIMONY IN ADVANCE, DEFENDANT, VICTIM, RIGHT OF DEFENCE.**




3/BA



## CENTRO DE IDIOMAS

Cuenca, 22 de noviembre de 2019

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO



**Dr. Wladimir Quinche Orellana**  
**SECRETARIO**



Cuenca, 20 de noviembre del 2019

**Señor Doctor**

Ernesto Robalino Peña

**DECANO DE LA UNIDAD DE CIENCIAS SOCIALES**

**Su despacho**

De mis Consideraciones

**FELIPE ESTEBAN CORDOVA OCHOA**, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor del estudiante **HENRY PAUL BUENO CAMBISACA**, con número de cédula **0104471586**, quien realizó su Trabajo de Titulación denominado **“ANÁLISIS DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL PROCESADO Y TESTIMONIO ANTICIPADO DE LA VÍCTIMA EN EL JUICIO PENAL”**, dede informar a usted que dicho trabajo ha sido realizado bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal C del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa el estudiante deberá presentar solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de **APROBADO** al antes mencionado Trabajo de Investigación.

Por lo antes expuesto y dando cumplimiento al Reglamento debo de asignar la nota de 50/50 correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación, además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor de mentado estudiante.

Atentamente:



Dr. FELIPE ESTEBAN CORDOVA OCHOA, Mgs.  
**DOCENTE TUTOR**



UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CUENCA  
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL FUTURO

PERMISO DEL AUTOR DE TESIS PARA SUBIR AL REPOSITORIO  
INSTITUCIONAL

Yo, Henry Paul Bueno Cambasaca portador(a) de la  
cédula de ciudadanía N° 0104471586 En calidad de autor/a y titular de los derechos  
patrimoniales del trabajo de titulación  
"Análisis del Derecho a la Defensa del Procesado y  
Testimonio Antecipado de la Víctima en el Juicio  
Penal" de  
conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los  
Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de  
Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra,  
con fines estrictamente académicos, Así mismo; autorizo a la Universidad para que realice la  
publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo  
dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 29 de noviembre del 2019

  
F: .....



**SOLICITUD PARA:**

Beca o ayuda económica, Justificación de faltas, Justificación de pruebas, Justificación de trabajos, Justificación de lecciones, Justificación de prácticas, Licencia eventual, Examen postergado, Examen supletorio, Segunda matrícula, Tercera matrícula, Matrícula especial, Matrícula extraordinaria, Record académico, Hojas certificadas, Examen suficiencia, Tutorías, Rectificación de nombres, Malla curricular, Reposición de título, Otros

Fecha: Cuenca, 29 de Marzo del 2019

Dirigido a: Dr. Ernesto Robalino Peña, Mgs.  
Decano de la Unidad Académica de Ciencias Sociales

Solicitante: 0104471586 Henry Paul Bueno Cambisaca.

Carrera: Derecho

Año/Ciclo: Egresado Paralelo: \_\_\_\_\_

Asunto: Solpeto a usted y por su intermedio al Consejo Directivo la aprobación de mi diseño de Trabajo de Investigación, previo a la obtención del Título de "Abogado de los Tribunales de Justicia de la República" con el título: "Análisis del Derecho a la Defensa del Procesado y Testimonio Anticipado de la Víctima en el Juicio Penal" Por la favorable acogida, anticipo mi agradecimiento.

\_\_\_\_\_  
Solicitante

Constancia de Presentación.- Fecha: \_\_\_\_\_

Hora: \_\_\_\_\_

Resolución: \_\_\_\_\_



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA  
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO  
UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES.

29 MAR 2019

**RECIBIDO**

HORA: 15h17 FIRMA: [Signature]

Valor \$ 5,00

Nº **0160592**

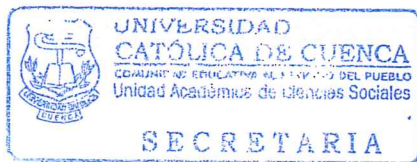


UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA  
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

VISTA LA PRESENTE SOLICITUD, EL H. CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES, EN SESION REALIZADA EL 17 DE ABRIL DE 2019. RESUELVE APROBAR EL PERFIL DE TESIS PREVIO A LA OBTENCION DEL TITULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DEL SR. (A): HENRY PAUL BUENO CAMBISACA, TÍTULO: "ANALISIS DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL PROCESADO Y TESTIMONIO ANTICIPADO DE LA VICTIMA EN EL JUICIO PENAL". TUTOR: MGS. FELIPE ESTEBAN CORDOVA OCHOA.

Cuenca, 22 de abril de 2019

  
Ab. Xavier Iñiguez Vivar, Mgs.  
SECRETARIO - ABOGADO





UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CUENCA  
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

REPÚBLICA DEL ECUADOR

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA  
Comunidad Educativa Al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

DISEÑO DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN, PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

TÍTULO:

“ANÁLISIS DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL PROCESADO Y TESTIMONIO  
ANTICIPADO DE LA VÍCTIMA EN EL JUICIO PENAL”

AUTOR: HENRY PAUL BUENO CAMBISACA

DIRECTOR: DR. FELIPE ESTEBAN CORDOVA OCHOA

Cuenca – Ecuador

2019



UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CUENCA  
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO  
UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES.

29 MAR 2019

RECIBIDO  
HORA: 15h17 FIRMA:



**1. TEMA:**

Debido proceso en el delito de violación en la ciudad de Cuenca.

**2. TÍTULO:**

“Análisis del derecho a la defensa del procesado y testimonio anticipado de la víctima en el juicio penal”

**3. MARCO CONTEXTUAL.**

El derecho penal norma jurídica observado como un sistema que engloba conductas que la sociedad las ha calificado como perjudiciales, el estado a través de su facultad punitiva activando su garantía de tipificar delitos y establecer sus penas acordes al daño y bien jurídico que ha sido conculcado; para establecer una sanción existen etapas procesales, que a través de los órganos de prueba cuya finalidad es determinar la materialidad de la infracción y la responsabilidad.

La verdad procesal es aquel fin o aquella respuesta que los sujetos procesales pretenden encontrar por medio de la actividad probatoria en el decurso del proceso penal, la constitución de la república del Ecuador garantiza la igualdad de derechos, el acceso a la justicia en igualdad de condiciones, consecuentemente los ciudadanos gozaran de una justicia equitativa y transparente que ayudara a restablecer derechos que fuesen transgredidos.

Nuestra carta magna establece garantías, principios fundamentales para un debido proceso mismos que se encuentran plasmados en los artículos 75 y 76 de la norma suprema del estado ecuatoriano y en los artículos 168 y 169 del mismo cuerpo legal

determinan aquellos principios procesales elementales que debe sustanciarse un proceso de naturaleza penal en concordancia con lo que determina el artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal, es decir Principios Procesales.

Para que exista un proceso penal debe existir una víctima debe existir un investigado que según avance el proceso fungirá en calidad de procesado, este último sujeto procesal por un principio de legalidad deberá su conducta dañina adecuar dentro de lo que determina nuestro ordenamiento jurídico Código Orgánico Integral Penal, en este estadio procesal existen diferentes pretensiones, la víctima quiere que se sancione al responsable y por otra, la persona a quien se le imputa el injusto penal requiere que se cumpla con los procedimientos procesales para determinar su responsabilidad en el acto que se le acusa.

En el Ecuador según lo determina el Código Orgánico Integral Penal, existe una etapa pre – procesal conocida como investigación previa y tres etapas procesales que según la doctrina y el Código Orgánico Integral Penal se las conoce como; etapa primaria o instrucción fiscal, etapa intermedia o de evaluación y preparatoria de juicio y la etapa final de juicio en cada una de estas etapas se cumplen con diferentes actividades encaminadas a determinar la existencia o no de un delito y la respuesta hacia el mismo.

Hacemos un breve análisis de las fases o etapas procesales que contempla la normativa procesal penal ecuatoriana, una etapa pre – procesal es la de investigación previa que se encuentra contemplada en el artículo 580 del Código Orgánico Integral Penal, le corresponde al fiscal acopiar elementos de convicción de cargo y descargo a través de diversas diligencias que ayudaran a determinar si la conducta investigada es delictuosa y una posible formulación de cargos.



La primera etapa del proceso penal es la de instrucción fiscal de conformidad con el artículo 590 del Código Orgánico Integral Penal, que nace con la formulación de cargos, el fiscal determina el tiempo que durara esta etapa a excepción de los delitos flagrantes, la instrucción fiscal tiene por objeto es determinar elementos de convicción de cargo y descargo que permitan que el fiscal emitir un dictamen acusatorio o en defecto abstenerse de acusar.

La segunda etapa del proceso penal es la de evaluación y preparatoria de juicio conforme lo establece el artículo 601 del C.O.I.P; se sustenta en base a un dictamen acusatorio, se discute la validez procesal pronunciamiento que realizan los sujetos procesales, cada sujeto procesal exponen sus elementos de convicción de cargo y descargo y delimitan los temas a debatirse en la audiencia de juzgamiento, anuncian la prueba, se excluye prueba, se realizan acuerdos probatorios, etc.; el juez es quien una vez que los sujetos procesales se pronunciaron emitirá un auto de llamamiento a juicio o emitirá un auto de sobreseimiento.

La última etapa procesal es la audiencia de juicio se encuentra sustanciada ante un tribunal de garantías penales en base a la acusación fiscal, en esta fase procesal se resuelve la situación jurídica de la persona que fue llamada a juicio (PROCESADO) así como también la víctima tiene derecho a la verdad procesal, a una posible reparación.

La etapa final de juicio es donde la prueba, testimonial, pericial, documental que fue anunciada por los sujetos procesales se practica y el tribunal emitirá una sentencia de manera oral con la que los sujetos procesales quedan notificados de la decisión, para luego notificarse por escrito.



La constitución de la república del Ecuador en el artículo 78 y el C.O.I.P; en el artículo 11, establecen derechos para el sujeto pasivo del injusto penal, entre ellos la garantía de la no revictimización, haciendo un breve análisis de estos artículos en su conjunto nos encontramos frente que aquel titular de la acción penal pública el fiscal amparándose en las normas citadas para uso de otra garantía en los delitos de naturaleza sexual en especial la diligencia de Testimonio Anticipado.

El testimonio anticipado de la víctima cumple con el objetivo que esta no entre en contacto visual con su agresor o agresores, al momento de realizar esta clase de diligencias nos encontramos frente a un problema donde se evidencia la vulneración del Derecho a la Defensa el cual nuestro estado es garantista a través de la constitución, al no existir igualdad de condiciones entre los sujetos procesales se conculcan los derechos o principios rectores del proceso penal.

La víctima por ser la persona que sus derechos fueron aparentemente vulnerados, y amparándose en el derecho que le asiste de no ser revictimizada, en los delitos contra la libertad sexual el fiscal solicita al juez de primer nivel que se fije fecha y hora para que se lleve a cabo la diligencia de testimonio anticipado, con la presencia de los sujetos procesales así como también con la de un psicólogo que es el que orienta o modula esta diligencia por principio de contradicción se lo realiza mediante la cámara de Gessel, derecho que le asiste la normativa constitucional y procesal penal al sujeto pasivo de un injusto penal.

Como lo analizamos en líneas anteriores las etapas procesales de nuestro sistema penal y cada finalidad que tienen estas etapas, la diligencia del testimonio en la práctica diaria se realiza en la primera etapa del proceso penal, es decir en la instrucción fiscal hago



alusión por cuanto en esta etapa procesal su fin es determinar si existen elementos de convicción que ayuden a formular una acusación por parte del fiscal.

El artículo 501 y 502 núm. 2 del Código Orgánico Integral Penal, establecen normas sobre el testimonio en concordancia con el artículo 444 núm. 7; aquel artículo le atribuye al fiscal la diligencia del testimonio anticipado, o como la doctrina lo dice anticipos jurisdiccionales que se realizan antes de la audiencia de juicio, es decir existe una errada interpretación de la norma la dicotomía surge por cuanto el testimonio anticipado se lo realiza en la instrucción fiscal misma etapa que aun no finaliza pero la víctima ya cuenta con una prueba anticipada vulnerando el principio de inmediación que debe tener el Tribunal con los sujetos procesales en la practica de prueba en el caso de que se llegue a posible audiencia de juicio.

El artículo 502 del COIP, en su segundo numeral nos da la oportunidad de activar la prueba anticipada con una serie de posibilidades, pero me refiero específicamente a la víctima, en caso de que no pueda comparecer a la audiencia de juicio toma de testimonio anticipado, juez de sustanciación entonces hacemos un juicio de ponderación derechos de la víctima y derechos del procesado, la respuesta es sencilla y no es necesario hacer un análisis en contexto nos encontramos que la víctima tiene mayor ponderación, y se margina el debido proceso y las garantías del procesado.

El presente numeral nos da a entender que el testimonio anticipado se lo puede realizar antes de la audiencia de juicio, es aquí donde nace la indebida aplicación pues no podemos determinar si es antes o después de la audiencia de evaluación o preparatoria de juicio o es necesario que exista un auto de llamamiento a juicio.

Por su parte el artículo 444 numeral 7, constituye que una de las atribuciones del titular de la acción pública, es la toma del testimonio anticipado de la víctima, norma que una vez más se presta para una indebida aplicación, por cuanto no sabemos si la instrucción fiscal cuenta ya con los elementos suficientes o el testimonio anticipado se debe dar en el desarrollo de esta etapa sin importar que la instrucción aun no finalice; es importante determinar en qué etapa procesal cabe esta diligencia teniendo en cuenta que quien emite una sentencia es el Tribunal de garantías penales luego de haber presenciado la evacuación de los medios probatorios.

La finalidad del desarrollo de los procesos es que se realicen acorde a las reglas de la oralidad, igualdad, inmediación, contradicción, la prueba testimonial en el ejercicio de la litigación oral que realizan los sujetos procesales deberá contrastarse con todos los órganos de prueba que son evacuados, a fin de que el órgano jurisdiccional formara una convicción con los hechos, uno de los ejercicios reales del derecho es la contradicción que se pueda replicar una prueba en el presente caso no cabe este ejercicio por cuanto es un audio que contiene una grabación.

La constitución en su artículo 78; establece protección especial para las víctimas, garantizando su derecho de no ser revictimizada, el artículo 76 núm. 7 y sus incisos determinan el derecho a la defensa, es decir a la hora de realizar esta diligencia debemos hacer un juicio de ponderación de derechos, que garanticen un proceso justo la víctima cuenta con su garantía elemental de no ser revictimizada pero a la hora de dar su testimonio anticipado estaríamos frente a una sentencia anticipada, una prueba en instrucción fiscal, sin saber si existen suficientes elementos para una acusación y llegar a una etapa de juicio, el procesado posiblemente será sentenciado por un tribunal que

valorara un audio donde consta una grabación, donde el tribunal de garantías penales no fue parte de esa prueba.

El derecho a la defensa constituye una garantía elemental inmanente al ser humano, es un derecho inderogable que se encuentra garantizado en los artículos 76 núm. 7 y 77 núm. 7 de la Constitución de la República del cual Ecuador es garantista, de conformidad con el artículo 8 núm. 2 e incisos de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituye uno de los derechos más importantes del debido proceso.

El legítimo derecho a la defensa garantiza que la persona procesada, concurra al proceso, hacerse parte del mismo, poder defenderse, contradecir, presentar pruebas, controvertir todas aquellas pruebas que sean presentadas en su contra, esto es ejercer el derecho de contradicción en su totalidad, el estado ecuatoriano debe garantizar que la persona procesada tenga acceso a una afectiva seguridad jurídica regulada en el artículo 82 de nuestra carta magna.

Existen varias dudas si la víctima y el procesado cuentan con igual de armas, igualdad de derechos, se litiga con buen fe y lealtad procesal que establece el artículo 26 del código orgánico de la función judicial, *¿la instrucción fiscal es la etapa procesal oportuna para realizar esta diligencia?*, teniendo en cuenta que el testimonio anticipado es una prueba de juicio y en la práctica se valora un audio o una grabación por parte del tribunal.

Los sujetos procesales dentro de la etapa de instrucción, solicitan una serie de diligencias, versiones, pericias, etc; la víctima da su versión de los hechos, así como el procesado da su versión, resulta contradictorio entender que ya se construya una prueba por parte de la víctima en un estadio procesal en el que se está determinando elementos

de convicción para poder acusar o no, aun no llegamos a la etapa de evaluación y preparatoria, no sabemos si el procesado va o no a ser llamado a juicio.

La víctima va a tener que declarar en algún momento, *¿qué es lo que se busca con el testimonio anticipado?* Derecho de no ser revictimizada de acuerdo, la revictimización no es más que la víctima no vuelva vivir los hechos y no entre en contacto con su agresor, si hacemos alusión a un posible delito de violación de varios años atrás donde la única forma de probar no es más que con su testimonio, es suficiente que el juez de instrucción conozca de esta prueba que quien oriente sea un psicólogo y que el tribunal solo escuche una grabación sin poder pedir aclarar ciertos temas.

El tipo penal de violación atenta contra libertad sexual, vulnera la libre decisión que tiene el ser humano de disponer de su cuerpo sin atentar con las buenas costumbres y la moral, el injusto de violación se caracteriza por ser un delito oculto donde la víctima es el principal testigo, el sujeto activo actúa sin el consentimiento de la víctima mediante intimidación, fuerza, pues se hace evidente que no existe consenso de la víctima, para que se configure lo que establece el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal, debe existir el acceso carnal, con la introducción total o parcial del miembro viril u otros objetos sea por vía vaginal, anal y oral.

Los sujetos procesales gozan de derechos que la constitución y la normativa procesal les asisten, si analizamos en los delitos contra la integridad sexual, en el delito de violación, la víctima es aquel sujeto procesal que sus derechos fueron transgredidos por lo tanto la garantía de la no revictimización tiene poder jerárquico sobre el principio de contradicción, al suscitarse esta vulneración hacia el derecho de la defensa del procesado evidenciamos que no existe igual de condiciones dentro del proceso.

La justicia ecuatoriana en los últimos años ha dado un giro radical, la constitución del año 2008 quien dentro del neoconstitucionalismo se la denomina como garantista, con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal y Código Orgánico General de Proceso, normas que ayudan a dar celeridad en los procesos, contando con profesionales capacitados y con modernas infraestructuras, así como contar con equipos tecnológicos que ayudan a los administradores de justicia a brindar un servicio eficaz, lo cual hace más accesible que cualquier persona en su estado o condición pueda dar su testimonio sin la necesidad de estar físicamente ante un tribunal de garantías penales.

Nos encontramos frente a una desproporcionalidad entre la defensa de la víctima y defensa del procesado vulnerando garantías de un debido proceso, por cuanto el sujeto activo del injusto en muchos casos en esa etapa cuenta con un defensor público, sin embargo, se realiza esta diligencia días después el procesado cambia o se patrocina con defensor privado, el cual no pudo ser parte de la mencionada diligencia.

No se trata de poner abogados de oficio a fin de garantizar su derecho a la defensa, se trata de por lo menos terminar la instrucción, contar con elementos suficientes de cargo y descargo, que exista un posible auto de llamamiento a juicio y en ese momento la víctima al activar su derecho que le asiste no ser revictimizada no comparece a la audiencia de juicio, pero si comparece frente al tribunal a dar su testimonio anticipado.

La actividad probatoria que realizan los sujetos procesales es la verdadera protagonista en la etapa final del juicio donde se evacua la prueba, donde los testigos, peritos comparecen, rinden sus testimonios, informes, se someten al interrogatorio y conainterrogatorio que realizan los sujetos procesales todo esto se efectúa ante el



tribunal de garantías penales, resulta complejo entender que la víctima ya no comparezca a la audiencia de juicio por cuanto ya dio su testimonio anticipado.

Para emitir una decisión por parte del tribunal deberán valorar la prueba en su especie, en la sentencia deberán plasmar el análisis de medios de prueba que fueron debidamente incorporados y actuados en la audiencia, en los delitos que atentan contra la libertad sexual el testimonio de la víctima resulta fundamental que según la doctrina la denomina como prueba madre, los jueces del tribunal escuchan el testimonio anticipado, es decir motivaran su sentencia en base a un audio.

La doctrina y bajo la sana critica lo correcto es que para la realización de un Testimonio Anticipado por parte de la víctima se lo realice una vez que se ha concluido con la etapa primaria y secundaria del proceso penal, en caso de existir un auto de llamamiento a juicio ese testimonio sea tomado frente a un tribunal con la presencia de todos los sujetos procesales, garantizando el derecho a la no re -victimización la presunta víctima podría comparecer por medio de medios telemáticos así no entraría en contacto visual con su presunto agresor.

Tomar en cuenta a la hora de esta clase de diligencias o como lo sostiene Edgardo Donna en su Revista de Derecho Procesal Penal, cuando el Fiscal solicite al juez una declaración en la cámara de Gessel, pero para no vulnerar los principios de inmediación, oralidad, contradicción, etc y el derecho a la defensa se realice una audiencia previa donde comparecen los sujetos procesales y se debate sobre la procedencia de un anticipo jurisdiccional de prueba, audiencia de vital importancia por cuanto se determina las condiciones que se va a desarrollar la diligencia en la cámara de Gessel.



Debemos considerar que la libertad del hombre es la bandera que debe flamear en el conflicto penal, tomando en cuenta que al mismo se someten inocentes y culpables, que el único fin del proceso penal es encontrar la verdad como objetivo central del proceso penal y garantizar la libertad de las personas.

#### **4. FORMULACIÓN DE PROBLEMA.**

¿Como afecta al derecho a la defensa el testimonio anticipado de la víctima en el juicio de violación?

#### **5. OBJETO DE ESTUDIO.**

5.1. Derecho penal.

5.2. Derecho procesal penal en la legislación ecuatoriana.

#### **6. CAMPO DE ACCIÓN.**

6.1. La oportunidad de la prueba en el proceso penal.

6.2. Análisis crítico de la diligencia del testimonio anticipado en las siguientes causas del delito de violación dentro de la provincia del Azuay, cantón Cuenca en el año 2017.

- Expediente fiscal No: 011401816050002

Juicio No: 01282 – 2016 – 00146

- Expediente fiscal No: 0101018170402017

Juicio No: 01283 – 2017 – 00699

- Expediente fiscal No: 07 – 2009

Juicio No: 01652 – 2008 – 0621



## **7. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN.**

La línea de investigación es de derecho penal y política criminal.

## **8. OBJETIVO GENERAL.**

Analizar la vulneración del derecho a la defensa del procesado en el testimonio anticipado de la víctima en el delito de violación, a través de la doctrina, legislación procesal comparada, que será justificado con casos del delito de violación en la Ciudad de Cuenca en el año 2017.

## **9. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

9.1. Determinar el alcance del testimonio anticipado.

9.2. Establecer las garantías del derecho a la defensa en el proceso penal, oportunidad de presentar la prueba en una etapa procesal adversa al juicio.

9.3. Analizaremos casos prácticos del delito de violación, la etapa procesal en la que se realizó el testimonio anticipado de la víctima, caso en los que se llegó juicio.

## **10. TIPO DE INVESTIGACIÓN.**

El proyecto de investigación tendrá un enfoque cualitativo, por cuanto analizaremos la victimología, revictimización, el derecho a la defensa, la valoración de la prueba en el proceso penal, el tipo penal de violación en la legislación ecuatoriana, proyecto que será desarrollado con causas del delito de violación en el Azuay cantón Cuenca los cuales nos ayudaran a probar el problema planteado.

El proyecto de investigación será de alcance exploratoria, explicativa y descriptiva que a continuación tratare.

### **Exploratoria.**

Determinar el alcance del testimonio anticipado, las formas de vulnerar el derecho constitucional a la defensa del procesado fundamentalmente a principios procesales, oralidad, igualdad, contradicción, inmediación, por medio de este tipo de investigaciones nos permitirá ampliar conceptos referentes al tema y problema que se ha planteado.

### **Explicativa.**

La investigación de carácter explicativa no solo describirá el problema objeto de estudio, nos permitirá establecer explicaciones, conclusiones para esclarecer teorías procesales con lo que nos permitirá confirmar o no la tesis inicial.

### **Descriptiva.**

El estudio de la vulneración del derecho a la defensa del procesado, consiste fundamentalmente en analizar, describir las formas de vulneración dentro del proceso penal ecuatoriano en el juicio de violación mediante doctrina, derecho procesal comparado, con el análisis de casos del injusto penal que estamos estudiando y mediante el criterio de juristas a través de entrevistas referente al tema de estudio.

## **11. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL.**

En el proceso penal se desarrollan tres fuerzas de realización: la acusación, la defensa y la decisión, representadas por el fiscal (acusador/prendiente), el imputado y su defensor (resistente) y el órgano jurisdiccional (juez o tribunal colegiado). (Bovino, 2015)

La constitución de la república del Ecuador del año 2008 determinan como manera obligatoria la oralidad como principio fundamental a la hora de sustanciar los procesos, es decir el juez emitirá una resolución fundamentando en base a lo que los sujetos



procesales justifiquen en la audiencia, empleando principios procesales tales como principio de igualdad, concentración, contradicción, inmediación en concordancia con los principios de administración de justicia que se encuentran establecidos en los artículos 168 y 169 de la constitución del Ecuador, los principios son verdades inmanentes a una realidad jurídica, en tanto se convierten en dogmas incuestionables de diversas instituciones.

“En el campo del derecho penal (...) el Estado, como titular de la potestad represiva, debe intervenir de diverso modo (...) Precisamente porque es el titular de la potestad represiva, no puede limitarse a juzgar; debe también instituir órganos que se encarguen de la investigación y de la acusación, asumiendo así la triple función que la naturaleza pública del derecho penal le impone”. (Bovino, 2015, p. 225)

Garantizar que exista igualdad de armas en el proceso penal es el deber fundamental de un estado constitucionalista, la víctima eminentemente es aquella que goza y se le ampara por los organismos del estado a diferencia del procesado que por el hecho de su condición es discriminado jurídicamente, realizar una diligencia de testimonio anticipado de la víctima, teniendo en cuenta en la etapa procesal en la que nos encontramos, hablar de generar pruebas en una instrucción fiscal es romper el escudo de inocencia.

Edgardo Donna, nos permite una solución para el Supuesto especial: anticipo jurisdiccional de prueba, que abra que tomar en cuenta a la hora de ponderar derechos; Al cabo de un tiempo de andar en el nuevo sistema procesal penal, desde la defensoría regional se advirtió que se había instalado una práctica contraria al sistema de audiencias previas. La Fiscalía “informaba” al juez que llevara a cabo una declaración en Cámara

de Gesell como anticipo jurisdiccional de prueba y este lo autorizaba sin más, a veces con “noticia” a la Defensa, a veces “si no había oposición de la defensa”. Esto es, un juez estaba tomando una decisión de vital importancia para el proceso sin que se discuta en audiencia. (Donna, 2015, p. 92)

Ante ello, se diseñó una estrategia enderezada a corregir esa situación que consistió en preparar un modelo de escrito por el cual se interponía revocatoria con apelación en subsidio con el argumento de que se violaban los principios de oralidad, publicidad, inmediación y simplicidad y también derecho a la defensa. La audiencia es necesaria para que se discuta la procedencia del anticipo jurisdiccional de prueba, atento que el mismo debe ser excepcional, y, en su caso, en qué condiciones se debe realizar. (Donna, 2015, p. 92)

Esta estrategia resulto adecuada, rápidamente la Fiscalía y la Judicatura comenzaron a fijar audiencias para debatir la procedencia y modalidad de los anticipos jurisdiccionales de prueba.

La víctima o sujeto pasivo cuyo bien jurídico fue transgredido, el derecho le asiste para recurrir a los órganos de justicia a fin de reclamar por sus derechos que fuesen conculcados en el proceso penal víctima y victimario gozan de derechos es decir buscan una verdad procesal que repare el daño causado o en su defecto ratifique el estado de inocencia del procesado, la victimología como ciencia nos permite estudiar a la víctima y determinar cuál real podría ser su situación.

La victimología es una ciencia joven sobre la cual se asientan los pilares de un nuevo sistema de justicia, capaz de reordenar y equilibrar el orden social, campo de acción científico que se encarga del estudio de las víctimas en general. (Cuarezma, 1996)

La prueba que aportan los sujetos procesales es aquella protagonista, para determinar a través de los órganos de prueba la materialidad de la infracción y responsabilidad de un procesado en un injusto penal, en el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal, el legislador nos da un concepto de prueba, cuya finalidad es llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y responsabilidad de la persona procesada. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Devis Echandía afirma: “la verdad es solo una y lo que varía en el sistema real o formal de investigarla: en ambos procesos (civil y penal) el fin de la prueba consiste en llevarle al juez la certeza o el convencimiento de la existencia o inexistencia de los hechos, lo cual puede coincidir o no con la realidad, aun cuando sin duda es más posible el error en un sistema de tarifa legal y sin facultades inquisitivas del juez”. (Echandía, 2013, p. 29)

También Carnelutti considera esta importancia decisiva del fenómeno que estudiamos: “La prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que este es el corazón del problema del pensamiento”. (Carnelutti, s.f.)

La prueba nos permite demostrar la verdad y con ellos el Juez puede emitir una sentencia más justa. Es así que Cafferata Nores refiere que “son las pruebas, no los jueces, los que condenan”, por lo que con las pruebas se evitan los abusos en los fallos judiciales. (Nores, 1986, p. 22)



La prueba pre constituida y prueba anticipada se relacionan con el testimonio anticipado, por cuanto teniendo en consideración en la etapa procesal en la que nos encontramos ya se construye una prueba por parte de la acusación oficial.

Consiste la prueba anticipada en la actuación de la prueba con anterioridad al juicio oral por la imposibilidad justificada de su realización en dicho estadio procedimental, con la finalidad de asegurar su valoración con las demás pruebas, por su parte la prueba pre constituida aparece al igual que la prueba anticipada como otra institución procesal por la cual se exceptúa la práctica de la prueba en el juicio oral porque ésta es irreproducible, dada la existencia de circunstancias especiales de su obtención y siendo a la necesidad propia de la investigación preliminar, pero con observancia a los principios de inmediación y contradicción. (Neyra, 2010, pp. 543-549)

Caro Coria recuerda la importancia del valor probatorio a la hora de dictar sentencia, porque es allí, en ese instante decisivo del estadio procesal, donde se debe determinar el peso probatorio que tiene la prueba presentada y actuada ante el tribunal. (Coria, 2013)

Principios de valoración de prueba, etapas procesales, principios procesales, Testimonio anticipado, derechos de la víctima, derechos del procesado. (Código Organico Integral Penal, 2014)

En el delito de violación o en general en los delitos contra la libertad sexual la prueba elemental son el examen médico legista que determine si existen heridas fisiológicas sea por vía oral, vaginal, anal, como también determinar la existencia de fluidos corporales, pero hablemos de casos especiales donde se traten de violaciones antiguas donde el testimonio de la víctima es la prueba más importante para sentenciar, entonces debemos

pensar y analizar si resulta esencial que la víctima con una diligencia previa de su testimonio y luego ya no comparezca ante el tribunal, ese testimonio resulta o tendría exactitud y cual creíble fuera es la duda que genera.

Etimológicamente violar significa atropellar lo ajeno, transgredir, profanar. Por lo mismo puede ser violado aquello a que la ley moral ha dado un especial carácter de reconocimiento a ser conservado o reservado, ley moral que sirve de base al reconocimiento jurídico. (Lara, 1989)

Barrera Dominguez, "Delitos Sexuales", expresa que "La mayoría de los comentaristas entienden por acceso carnal la intromisión viril por cualquiera de los esfínteres de la víctima ya sea pardal o momentánea y sin que se requiera la immissio seminis". Manzini, citado por este autor, expone que ". . . es indiferente el punto (idóneo o no) del cuerpo en el cual ocurre (según o contra natura). Por esto el delito ocurre tanto en el coito vaginal, como en el coito anal u oral. . .", ésta última tesis no es compartida por Manfredini y Sabatini, es un acto erótico diverso del acceso carnal. (Domínguez, 1998)

La evolución del debido proceso es de vital importancia a la hora de realizar análisis dogmáticos si existe o no vulneración del derecho a la defensa del procesado, en el testimonio anticipado de la víctima, retrotrayéndonos en el tiempo cada sociedad ha sido el artífice de crear sus propias leyes, en las sociedades primitivas al no existir un derecho penal de clase estructurada su proceso ejecutorio era la Venganza consecuentemente se sujetaban a creencias basadas en su religión.

"El debido proceso consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce a las personas el derecho al debido proceso y a una justicia sin

dilaciones, como un derecho civil fundamental por su gran trascendencia social para que las personas como seres sociales desenvuelvan su actividad en un ambiente de seguridad y se sientan protegidos por el Estado cuando en sus múltiples interrelaciones sociales tanto con los demás asociados como con los órganos, dependencias e instituciones del poder público, surjan controversias por conflicto de intereses o por cualquier otra causa". (Abarca, 2001, p. 95)

La persona que está siendo procesada está protegida por un escudo es decir un derecho fundamental el debido proceso garantiza la aplicación de una serie de principios cito algunos, principio de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa etc.

El derecho a la defensa es el escudo de libertad el amparo de honor y la protección de inocencia. Lo dicho exalta la grandeza de la institución que entramos a estudiar y nos ahorra más palabras para comprender la importancia que tiene dentro del ordenamiento jurídico del estado. El derecho a la defensa permite al ciudadano intervenir desde la iniciación de una investigación hasta el desarrollo y conclusión definitiva del proceso, Se priva del derecho a la defensa a la persona que no puede oponerse a una investigación penal o de cualquier índole desde su inicio pues esta incapacitada para exhibir sus pruebas y oponerse a una indagación parcializada y orientada a perjudicar a los ciudadanos esto es lo que se llama "indefensión". (Zavala Baquerizo, 2002, pp.128 - 130)

El derecho a la presunción de inocencia va de la mano con el derecho a la defensa es así que la corte interamericana de derechos humanos ha determinado que:

El derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa. (Parma, 2014, p.165)

Garantías del debido proceso, principios de la administración de justicia, víctima, procesado, seguridad jurídica. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

## 12. HIPÓTESIS O IDEAS A DEFENDER.

En el proceso penal el testimonio anticipado de la víctima vulnera el derecho a la defensa del procesado cuando se lo realiza durante la instrucción fiscal.

## 13. MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.

El desarrollo del proyecto de investigación será abordado por medio de diferentes métodos, que ayudaran al desarrollo del campo jurídico, enfatizando en el conocimiento científico.

**Método Teórico Analítico – Sintético.** La utilización de este método nos permitirá desentrañar el fenómeno en forma y fondo del problema planteado, analizar cada termino relevante que serán sustentados en el presente trabajo de investigación, con el análisis doctrinal, así como plasmar la investigación con casos del delito o tipo penal de violación.

**Método Hipotético-Deductivo.** El trabajo de investigación se enfoca en el estudio y análisis de casos del tipo penal de violación en la provincia del Azuay en la ciudad de Cuenca en el año 2017, y la forma de vulnerar el derecho a la defensa del procesado en el testimonio anticipado de la víctima.

**Método Histórico – Lógico.** Con este método nos enfocaremos en estudiar la evolución del derecho penal, el debido proceso penal, el derecho a la defensa, lo que nos permitirá indagar en el fenómeno que ha sido propuesto, a través del problema que hemos planteado, estudiar la esencia de las leyes y su funcionamiento en el proceso penal.

**Criterios de expertos.** La riqueza del derecho está en la diversidad de criterios, que en el proyecto de investigación será de manera directa, con diferentes profesionales del derecho, fiscales de violencia de género, jueces de tribunales penales y abogados en libre ejercicio que a lo largo de su trayectoria realizaron defensas en infracciones sexuales; cada profesional nos permitirá enriquecernos por medio de sus opiniones, en forma de conversación sobre el tema y problema del cual este proyecto se realiza.

#### 14. POBLACIÓN Y MUESTRA.

El enfoque de esta tesis tiene carácter cualitativo, el desarrollo del trabajo se plasmará con el criterio jurídico de profesionales del derecho mediante entrevistas respecto del tema y problema que ha sido planteado, análisis de casos del delito de violación en la provincia del Azuay, en el cantón Cuenca.

Para la investigación se aplicará la siguiente fórmula:

$$n = \frac{(Na^2Z^2)}{((N - 1) e^2 + a^2Z^2)}$$

Se tomarán tres expedientes en los que se realizó la diligencia del testimonio anticipado en el delito de violación, a continuación, exponemos los casos.



Expediente Fiscal	Juicio. No	No. De Fiscalía De de Genero	Víctima	Procesado
011401816050002	01282 - 2016 - 00146	I	N.N	Vítor R.
0101018170402017	01283 - 2017 - 00699	III	N.N	Diego D. Kevin Y.
072009	01652- 2008- 0621	II	N.N	Segundo M.

Criterio jurídico de profesionales del derecho mediante entrevistas en el Azuay cantón Cuenca, se realizará la entrevista de Uno de los fiscales de Violencia de Género del Azuay, de la misma manera se realizará la entrevista a fin de obtener el criterio jurídico de Uno de los Jueces de Garantías Penales o de Tribunal de Garantías Penales del Azuay, para finalizar se realizar la entrevista con Uno de los Abogados en libre ejercicio que forman parte del Colegio de Abogados del Azuay.

<b>Fiscal de Violencia de Género del Azuay – Cuenca</b>	
<b>Juez de Garantías o Tribunal de Garantías Penales del Azuay – Cuenca</b>	
<b>Abogado en libre ejercicio del Azuay – Cuenca</b>	
<b>Total entrevistas</b>	<b>3</b>



**15. Cronograma de tareas.**

Actividades	Marz 1	Abril. 2	May. 3	Jun. 4	Jul. 5	Agos .6
Revisión y selección de la información bibliográfica de las teorías y conceptos	■					
Elaboración de los instrumentos para la recolección de información	■					
Validación de instrumentos de recolección de información	■					
Aplicación de instrumentos de recolección de información		■				
Procesamiento y análisis de la información		■				
Elaboración del informe de diagnóstico de la información		■				
Contrastación con las teorías, elaboración de propuestas, conclusiones y recomendaciones			■			
Elaboración del informe final de la investigación				■		
Presentación del informe final en la secretaria de la unidad académica				■		
Sustentación individual ante un tribunal de grado				■		

## 16. Bibliografía.

- Abarca, L. H. (2001). En *Lecciones de procedimiento penal* (pág. 95). Quito: Corporacion de estudios y publicaciones.
- Bovino, A. (2015). En *Juicio y verdad en el procedimiento penal* (pág. 225). Buenos Aires: Del Puerto.
- Bovino, A. (2015). En *Juicio y verdad en el procedimiento penal* (pág. 359). Buenos Aires: Del Puerto.
- Carnelutti, F. (s.f.). *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3842/4.pdf>
- Código Organico Integral Penal. (10 de Febrero de 2014). Registro Oficial No. 180. Quito, Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal. (10 de Febrero de 2014). Registro Oficial No. 180. Quito, Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). Registro Oficial No. 449. Quito, Ecuador.
- Coria, C. (2013). En *La prueba en el crimen de desaparición forzada de personas conforme a la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos, en temas de ciencias penales*. (Vol. II, pág. 716). Lima: CEDPE.
- Cuarezma, S. (1996). En *La Victimología* (pág. 303). San Jose: Estudios basicos de derechos humanos.
- Domínguez, H. B. (1998). *Delitos Sexuales*.



- Donna, E. A. (2015). En *Revista de Derecho Procesal Penal* (pág. 92). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Donna, E. A. (2015). En *Revista de Derecho Procesal Penal* (pág. 92). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Echandía, D. (2013). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Universidad .
- Lara, D. A. (1989). *Diccionario Explicativo Del Derecho Penal*. Quito: Juridica del Ecuador.
- Neyra, F. J. (2010). En *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral* (págs. 543-549). Lima: Idemsa.
- Nores, C. (1986). En *La prueba en el proceso penal* (pág. 22). Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- Parma, D. M. (2014). En *La sentencia penal entre la prueba y los indicios* (pág. 165). Lima: Ideas solución editorial.
- Zavala Baquerizo, J. (2002). En *El debido proceso penal* (págs. 128-130). Guayaquil: EDINO.



Cuenca, 29 de Marzo del 2019

Henry Paul Bueno Cambisaca

Nombres y apellidos

Investigador

Dr. Felipe Esteban Córdova Ochoa

Nombres y apellidos

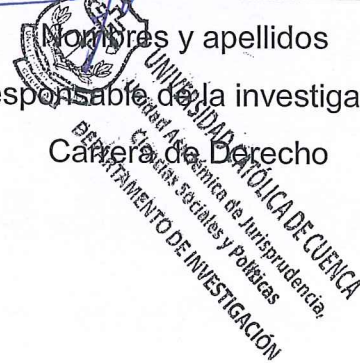
Tutor

Dra. Silvia Vallejo

Nombres y apellidos

Responsable de la investigación

Carrera de Derecho



Fecha: 29-III-2019

Aprobado en sesión del H. Consejo Directivo de Fecha: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Asesor Jurídico

Unidad Académica de Ciencias Sociales y Derecho