



1859

UNL

Universidad
Nacional
de Loja

Universidad Nacional de Loja

Unidad de Educación a Distancia

Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derechos Humanos

“La falta de un procedimiento expreso y normas claras para la recepción del testimonio anticipado de terceros, vulnera los principios de contradicción e inmediación y el derecho del sospechoso a la defensa en el proceso penal.”

Trabajo de Titulación previo a la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional con mención en Derechos Humanos

AUTORA:

Lemny Marisol Tambo Cabrera

DIRECTOR:

Ab. Vanessa Abendaño Márquez, Mg.

Loja- Ecuador

2023

Certificación

Loja, 22 de agosto de 2023

Ab. Vanessa del Carmen Abendaño Márquez, Mg.
DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Certifico:

Que he revisado y orientado todo el proceso de elaboración del Trabajo de Titulación denominado: **“La falta de un procedimiento expreso y normas claras para la recepción del testimonio anticipado de terceros, vulnera los principios de contradicción e inmediación y el derecho del sospechoso a la defensa en el proceso penal.”**, previo a la obtención del título de **Magíster en Derecho Constitucional con Mención en Derechos Humanos**, de la autoría de la estudiante **Lemny Marisol Tambo Cabrera**, con **cédula de identidad Nro. 0704560580**, una vez que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Nacional de Loja, para el efecto, autorizo la presentación del mismo para su respectiva sustentación y defensa.

Ab. Vanessa del Carmen Abendaño Márquez, Mg.
DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Autoría

Yo, **Lemny Marisol Tambo Cabrera**, declaro ser autora del presente Trabajo de Titulación y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos, de posibles reclamos y acciones legales, por el contenido del mismo. Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja la publicación de mi Trabajo de Titulación en el Repositorio Digital Institucional – Biblioteca Virtual.



Firma:

Cédula de identidad: 0704560580

Fecha: 22 de agosto de 2023.

Correo electrónico: lemny.m.tambo@unl.edu.ec

Teléfono: 0969866195

Carta de autorización por parte de la autora, para consulta, reproducción parcial o total y/o publicación electrónica del texto completo, del Trabajo de Titulación.

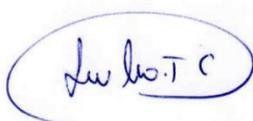
Yo, **Lemny Marisol Tambo Cabrera**, declaro ser la autora del Trabajo de Titulación denominado: **“La falta de un procedimiento expreso y normas claras para la recepción del testimonio anticipado de terceros, vulnera los principios de contradicción e inmediación y el derecho del sospechoso a la defensa en el proceso penal”**, como requisito para optar por el título de **Magíster en Derecho Constitucional con mención en Derechos Humanos**, autorizo al sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines académicos, muestre la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido en el Repositorio Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el Repositorio Institucional, en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia del Trabajo de Titulación que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los veintidós días del mes de agosto de dos mil veintitrés.

Firma:



Autora: Lemny Marisol Tambo Cabrera

Cédula: 0704560580

Dirección: Av. La Idependencia – Piñas – El Oro

Correo electrónico: lemny.m.tambo@unl.edu.ec

Teléfono: 0969866195

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Directora del Trabajo de Titulación: Ab. Vanessa del Carmen Abendaño Márquez, Mg.

Dedicatoria

Dedico mi Trabajo de Titulación a las personas que me apoyaron para lograr este objetivo profesional, a mi novio que ha sido mi soporte, quién me ánima y cree en mi cuando yo siento que no avanzo, a mis hijos que son mi inspiración, son fuerza para alcanzar mis metas, por todos los días que me he llenado de esperanza cuando veo sus ojos y decido continuar.

Lemny Marisol Tambo Cabrera

Agradecimiento

Mi agradecimiento especial a mi Directora, Ab. Vanessa Abendaño Márquez, por ser una guía en el presente Trabajo de Titulación; agradezco a la Universidad Nacional de Loja por la apertura de la maestría que ha sido vital en mi formación académica; y finalmente mi agradecimiento a todos quienes aportaron con un granito de arena para el desarrollo del presente Trabajo de Titulación, juntos somos fuertes, somos seres sociales, nos necesitamos mutuamente.

Lemny Marisol Tambo Cabrera

Índice de contenidos

Portada	i
Certificación	ii
Autoría	iii
Carta de Autorización	iv
Dedicatoria	v
Agradecimiento	vi
Índice de contenidos	vii
Índice de anexos.....	ix
1. Título	1
2.Resumen	2
2.1 Abstract.....	3
3. Introducción	4
4.1 Marco teórico	6
4.1Ecuador, Estado social de derechos	6
4.2. La tutela efectiva, imparcial y expedita.	7
4.3. El derecho a la defensa	9
4.4. El principio de contradicción	11
4.5 El testimonio anticipado	12
5.Metodología	14
6. Resultados	16
6.1 Interpretación y análisis de los resultados de las encuestas	16
Cuadro Nro. 1	16
Cuadro Nro. 2.....	16
Cuadro Nro. 3.....	17

Cuadro Nro.4.....	18
Cuadro Nro. 5.....	18
Cuadro Nro. 6.....	19
Cuadro Nro. 7.....	20
7. Discusión.....	21
7.1 El testimonio anticipado de terceros y los principios de contradicción e inmediatez, y el derecho a la defensa	21
8. Conclusiones.....	25
9. Recomendaciones.....	27
10. Bibliografía.....	28
11. Anexos.....	29

Índice de anexos:

Anexo 1. Protocolo del informe de investigación 29

Anexo 2. Certificación de traducción..... 53

1. Título

“La falta de un procedimiento expreso y normas claras para la recepción del testimonio anticipado de terceros, vulnera los principios de contradicción e inmediación y el derecho del sospechoso a la defensa en el proceso penal.”

2. Resumen

El presente Trabajo de Titulación: “La falta de un procedimiento expreso y normas claras para la recepción del testimonio anticipado de terceros, vulnera los principios de contradicción e inmediación y el derecho del sospechoso a la defensa en el proceso penal”, recoge dentro de sí algunos criterios, análisis y comentarios personales, de conceptos básicos, y garantías jurídicas que forman parte del entramado normativo que rige el desarrollo del testimonio anticipado de terceras personas, y sobre todo, las distinciones que debe realizarse entre éste, y aquel que ha sido reconocido a la víctima de un delito.

Esto con el objeto de determinar si la falta de un procedimiento expreso para la práctica de la obtención del testimonio anticipado de un tercero, vulnera los principios de contradicción e inmediación del sospechoso, o del derecho a la defensa y sus elementos constitutivos. Se realiza además un estudio normativo y doctrinario, de las circunstancias y principios que justifican la admisión del testimonio anticipado en general, y su posición frente a los principios de concentración e inmediación, y derecho a la defensa.

Por otro lado, además, el presente estudio nos permite indagar si la prohibición de revictimización de la víctima asociada al testimonio anticipado, es extensible a los testimonios anticipados de testigos, peritos o cualquier otra persona asociada de manera indirecta al proceso; así como si estos últimos permiten cumplir con los principios de contradicción e inmediación, derecho a la defensa e igualdad procesal en la justicia ecuatoriana.

Palabras clave: Principios, derechos, contradicción, inmediación, defensa, testimonio anticipado.

2.1 Abstract

This research work is entitled "Lack of an Express Procedure for Receiving Advance Testimony from Third Parties: Violation of Criminal Proceedings Principles." In this study, the focus is on the absence of a clear procedure and set of rules for obtaining advance testimony from third parties, which renders a violation of the principles of contradiction, immediacy, and the suspect's right to defense in criminal proceedings. The research provides insights, analysis, personal comments, basic concepts, and legal guarantees that are part of the regulatory framework governing the development of anticipated testimony from third parties. Moreover, it explores the distinctions made and recognition of the victim's role in a crime.

The objective of this study is to determine whether the lack of an express procedure for obtaining anticipated testimony from third parties has resulted in a violation of the principles of contradiction, immediacy, the suspect's right to defense, and its constituent elements. Additionally, a normative and doctrinal analysis has been conducted to examine the circumstances and principles justifying the admission of advance testimony in general, its relationship with the principles of concentration and immediacy, and its impact on the right to defense.

Furthermore, this study investigates whether the prohibition of victimization, which is associated with anticipated testimony, can be extended to witnesses, experts in the matter, or any other person indirectly related to the legal process. The inclusion of these individuals is seen as a means to ensure compliance with the principles of contradiction, immediacy, the right to defense, and procedural equality in Ecuadorian justice.

Keywords: *Principles, rights, contradiction, immediacy, defense, anticipated testimony.*

3. Introducción

El presente Trabajo de Titulación: “La falta de un procedimiento expreso y normas claras para la recepción del testimonio anticipado de terceros, vulnera los principios de contradicción e inmediación y el derecho del sospechoso a la defensa en el proceso penal”; surge como el resultado de la cada vez más evidente incidencia de la aplicación de los principios y derechos recogidos dentro de nuestra Constitución, y la falta de actualización de aquellas normas infraconstitucionales que ameritan ser actualizadas conforme dichos principios y derechos.

Normas que merecen ser analizadas con mayor detenimiento y que pueden encontrarse incluso dentro del actual Código Orgánico Integral Penal, donde se prevé la posibilidad de solicitar el testimonio anticipado de una persona ajena a la calidad de autor, cómplice o víctima del ilícito; valiéndose de una protección legal como lo es la prohibición de revictimización, que no debería extenderse más allá de la misma víctima, debido a que, solo aquella persona contra quien se ha realizado algún tipo de ilícito, está en peligro de experimentar o revivir, aquella situación traumática que se encuentra siendo investigada.

Considerando esta última parte, es fácil comprender entonces cuál es el mandamiento legal que justifica el testimonio anticipado de la víctima, sin embargo, al mismo tiempo nos obliga a cuestionarnos, ¿cuál es el fundamento legal que amerita o sustenta el testimonio anticipado de terceras personas? Más aún, si se tiene en cuenta los serios cuestionamientos que, respecto de los principios de contradicción e inmediación y el derecho del sospechoso a la defensa en el proceso penal ya presenta el mismo testimonio anticipado de la víctima.

Son en principio este tipo de interrogantes las que se tratan dentro del presente trabajo así como las disposiciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias que sustentan los argumentos discutidos en éste estudio, motivo por el cual se ha procedido a dividirlo en cuatro capítulos que se pueden resumir dentro de la siguiente forma.

Para análisis de los conceptos y doctrina, se procede a establecer un Marco conceptual y Doctrinario dentro del cual se procede a recoger algunos de los principales criterios jurídicos, doctrinarios y conceptuales, con los cuales poder entender y sobre todo analizar de mejor manera cada una de las instituciones jurídicas puestas en conflicto en

el estudio que nos ocupa. Se procede así entonces a analizar todo lo relacionado con los orígenes del testimonio anticipado, su desarrollo a lo largo de la historia y sobre todo la base de su fundamento y justificación dentro de nuestro marco legal.

Posteriormente y una vez revestidos del conocimiento teórico que justifica el uso del testimonio anticipado de la víctima, se procede a analizar dentro de un Marco Jurídico, todas aquellas normas recogidas en nuestra constitución y aquellas aún por debajo de ésta, donde se regula la forma de cómo hacer efectiva la mencionada figura legal, y sus posibles contradicciones respecto al entramado constitucional. A efectos de realizar así mismo un análisis comparativo de normas, se procede incluso a indagar en el derecho comparado a fin de poder conocer cuáles son los distintos criterios que sobre la misma materia, presentan países vecinos y con similitud de normas.

Dicha situación nos permitirá mantener un criterio más generalizado de las figuras jurídicas que se analizan, cuáles son los criterios dentro del ámbito internacional, y sobre todo, formular criterios que puedan ser contrastados a través del estudio de campo aplicado a nuestra realidad.

De esta forma, el trabajo de campo nos permite llegar a conclusiones puntuales sustentadas sobre la base de un estudio jurídico, en el cual confluyen no solo una transcripción de criterios aislados y sin fundamento, sino un cúmulo de ideas que han sido contrastadas con nuestra realidad social, jurídica, sometida a cuestionamientos que nos permiten clarificar un correcto ejercicio del Derecho.

4. Marco teórico

Realizar un proceso de investigación, sin duda alguna nos obliga a ejecutar un estudio del problema desde diversos aspectos: sociales, jurídicos, políticos, etc., que en muchos casos analizan diversos factores de un mismo problema, y que es nuestro deber, asumir el reto de extrapolar y resumir en un criterio general conforme las disposiciones que rigen un verdadero ejercicio del derecho.

Es por ello que, a continuación, y para un mejor entendimiento de lo que se investiga, se recogen algunos criterios, análisis y comentarios personales, de algunos conceptos básicos, y garantías jurídicas que forman parte del entramado normativo que rige el desarrollo del testimonio anticipado de terceras personas, y sobre todo, las distinciones que debe realizarse entre este, y aquel que ha sido reconocido a la víctima de un delito.

4.1 Ecuador, Estado social de derechos

Cuando nos referimos a nuestro país como un Estado social de derechos, se entiende que el mismo a base de esta disposición normativa establecida en nuestra Constitución, forma parte de aquel proceso encaminado a limitar el ejercicio del poder del Estado, creando límites y estableciendo figuras jurídicas que permitan controlar el ejercicio de su poder. Sin embargo, pese a lo que significa tal disposición, no se puede desconocer que dado la reciente implementación de la misma, aún existen ciertos rezagos dentro de nuestra normatividad interna, que son contrarios a tal protección.

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 1) Lo cual impone a los miembros del Estado, en sus diversos escaños la obligación no solo de realizar un listado de tales derechos, sino, de establecer mecanismos mediante los cuales se puedan hacer efectivos estos derechos. Estos mecanismos nos permiten revisar la norma infraconstitucional en cualquier momento, siempre y cuando este en duda la Constitucionalidad de la misma, o la posible afectación de los derechos de un ciudadano.

De esta forma, el ser humano pasa a ser parte fundamental de la protección de dicho Estado, lo cual ha sido así mismo ratificado a través de la jurisprudencia sentada por el máximo organismo de interpretación constitucional.

En un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, como el adoptado por nuestro país con la Constitución del 2008, el ser humano debe ser el objetivo primigenio donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida en que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos. (Corte Constitucional del Ecuador, 2010, pág. 10)

Es decir, la ley debe encontrarse sujeta a la normativa constitucional e internacional, la cual tiene al hombre como su principal eje de protección, según los principios, derechos y garantías previamente establecidas para tal efecto. El Estado de esta forma se encuentra sometido al apego irrestricto de los derechos humanos, mismos que, deben ser considerados al momento de establecer figuras jurídicas que restrinjan de un modo u otro su total satisfacción.

Esta novísima idea de Estado, nos obliga a mantener un constante pensamiento crítico, que nos permita prever aquellas lagunas, vacíos o contradicciones legales, que pueden vulnerar el ejercicio de los derechos humanos. Derechos estos, que los podemos encontrar desarrollados tanto dentro de nuestra propia Constitución como norma superior jerárquica, como dentro de los diversos tratados de derecho internacional que han sido suscritos y ratificados por el Ecuador.

4.2. La tutela efectiva, imparcial y expedita.

Con frecuencia, antes de abordar el análisis crítico de un derecho y, a fin de poder facilitar el entendimiento de este, se precisa realizar una conceptualización que nos permita partir del conocimiento de algunas nociones básicas orientadas a introducirnos en el tema a tratar, motivo por el cual se transcribe el cómo concibe Carrasco a esta figura legal. la tutela judicial es la actividad de los órganos judiciales encaminada a la salvaguardia de los derechos e intereses subjetivos amparados por el ordenamiento jurídico, en situaciones en las que aquéllos se ven afectados por conflictos surgidos ya en el ámbito de las relaciones sociales, ya en el de las relaciones entre las personas y la Administración. (Carrasco, 2020, pp. 19-20)

Este derecho, tiene como fin entonces a su vez, velar por el cumplimiento de aquellos derechos presentes en toda norma jurídica que regula el procedimiento y proceder de un conflicto legal de manera imparcial, teniendo como base normas jurídicas previas, claras

y simples, que permitan a cada una de las partes poseer al término del conflicto, un convencimiento pleno de que las resoluciones se encuentran apegadas a la norma.

El ejercicio de los derechos según esta norma, debe encontrarse preestablecido, por lo que incluso antes de llegar a presentarse el conflicto, el ente legislativo debe velar por establecer los mecanismos necesarios a fin de garantizar al ciudadano la protección de sus intereses, otorgándole al mismo tiempo la posibilidad de acceder ante un órgano judicial que es quien de manera obligatoria e imparcial, debe resolver los hechos puestos a su consideración.

Esta garantía no obstante, no implica tan solo el reconocimiento de un derecho, sino que debe garantizar incluso su restitución en el caso de comprobarse la violación, como lo prevé nuestra norma constitucional:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 75)

De esta forma si bien, se puede concluir de la sola lectura del presente artículo que el incumplimiento de las resoluciones puede ser sancionado como una forma de garantizar que se cumpla con tal resolución, también podemos observar el establecimiento de algunos principios como el de inmediación y celeridad, que garantizan a las partes poder comparecer ante la autoridad que conoce el caso de manera directa y con prontitud. Se prevé además, que el acceso a este derecho se presenta de manera imparcial, es decir, que no puede justificarse distinción alguna por ningún motivo; por lo que se hace extensible incluso a aquellas personas que son investigadas en un proceso.

La tutela judicial efectiva se extiende así a ambas parte del proceso, tanto al sujeto activo como pasivo de la causa, ya que solo de esta forma se puede mantener el equilibrio social de derechos, que no son establecidos para una persona en particular, o para una situación determinada, sino que rigen para todo el conglomerado social, independientemente de la situación bajo la cual se encuentre.

Tal condición no solo permite concebir un verdadero imperio del derecho, sino que nos obliga incluso a cuestionarnos constantemente si las disposiciones legales que se

encuentran establecidas dentro de nuestro sistema legal, amparan por igual a los sujetos activos y pasivos del proceso, y si dicha protección, se encuentra comprendida bajo los estándares establecidos en nuestra Constitución.

Este derecho por tanto, prevé la posibilidad de acceder a un órgano jurisdiccional que se ha de encargar de analizar si efectivamente se trata de la vulneración de un derecho; y, de ser procedente, resolver la controversia sobre la base del cumplimiento de ciertos requisitos mínimos que han de ser previstos por la ley.

La Carta Suprema del Estado, a través del mandato constitucional contenido en el artículo 75, instituye y fortalece el derecho de las personas a acceder a la justicia y a obtener de ella la tutela efectiva de sus derechos a su vez, impone a los órganos del sistema de administración de justicia y a toda autoridad con potestad jurisdiccional o poder público, el deber de respetarlos, así como de adecuar sus decisiones a los requerimientos exigidos en la Constitución, en los tratados internacionales de derechos humanos y en la ley, garantizando integralmente su cumplimiento. (Corte Nacional de Justicia, 2017, p. 28)

De ahí que, además, se pueda observar incluido el principio de inmediación, norma según la cual se pretende garantizar una relación directa entre los litigantes y los sujetos y pruebas sometidas a su conocimiento, explicado por la corte Constitucional de la siguiente forma:

La sujeción al principio de inmediación y celeridad no es otra cosa que la presencia del juzgador en las diligencias procesales; está encaminado a la relación directa con los litigantes, a la apreciación inmediata de las pruebas llevadas al proceso, está ligado con la oralidad del procedimiento, y para el caso que se practiquen las confesiones, declaraciones testimoniales, alegatos, peritajes, entre otras, sin la presencia del juzgador, carecerán de eficacia jurídica. (Corte Constitucional, 2012, p. 11)

A través de este principio constitucional, se busca inmiscuir de manera directa al juzgador en cada etapa, diligencia y acto procesal llevado a efecto, con el fin de generar en él, su propio punto de vista respecto de las circunstancias que rodean el hecho, y poder emitir así, una resolución acorde a su propia percepción de las circunstancias.

Esto no garantiza, sin embargo, el que su dictamen sea favorable conforme las solicitudes planteadas por la parte activa del proceso, sino que, su respuesta se encuentre amparada en un razonamiento lógico, sobre la base de las pruebas presentadas, y en virtud de los procedimientos previamente previstos por la ley.

4.3. El derecho a la defensa

Tal y como se procedió en el caso anterior, no se puede realizar el análisis de un derecho en particular sin antes dar a conocer al menos, una definición de lo que implica el mismo; motivo el cual, se ha de recurrir para nuestro auxilio ante el máximo órgano de interpretación constitucional determinado en nuestro país. De esta forma en lo relacionado a este derecho tenemos que:

...El derecho a la defensa constituye la garantía de las partes procesales para acceder al sistema judicial, administrativo o de cualquier índole en el que se determinen derechos y obligaciones, con el propósito de ser escuchado, hacer valer sus razones, preparar y presentar su prueba, intervenir en igualdad de condiciones con la contra parte, así como recurrir del fallo, si lo considera necesario... (Corte Constitucional del Ecuador, 2014, p. 12)

Este derecho según lo previsto, es de carácter universal y se aplica a todos y cada uno de los distintos sistemas de administración de justicia con que cuenta nuestro país en donde entren en juego, los derechos y obligaciones de cualquier ciudadano común. A través de esta garantía legal, se establecen además algunos elementos que posteriormente así mismo se detallan con mayor claridad en nuestra Carta Magna, y que en suma, permiten garantizar un correcto ejercicio del derecho a la defensa.

Tales elementos los podemos encontrar enumerado ya, dentro de la siguiente norma legal de la cual, me permitiré extraer aquellos de carácter más sobresaliente.

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

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 7).

Nuestra Constitución como se observa, prevé algunos elementos básicos que deben ser considerados como parte del ejercicio del derecho a la defensa, los cuales deben ser considerados en todo momento del proceso, con independencia de cualquier motivo que haya puesto en marcha el aparato judicial. El contar con un tiempo adecuado preparar su defensa, permite contradecir las alegaciones realizadas en su contra, enriqueciendo la discusión y permitiendo al juzgador formarse un mejor criterio, diluyendo incluso dudas que pudieren presentarse conforme el desarrollo de una determinada diligencia.

Esto permite intervenir a las partes en cada instancia del proceso desde que se inicia, estando en su derecho de poder participar de toda diligencia que pueda acarrear responsabilidades en su contra, o que le llegue a generar cualquier tipo de obligación relacionada con los hechos que se investigan.

Por otro lado se puede concluir además, que el hecho de soslayar alguno de estos elementos previamente mencionados, comprende una flagrante violación a este derecho, previsto no solamente por la legislación nacional, sino incluso en la mayor parte de los tratados internacionales de que es parte nuestro país, por lo que, su incumplimiento puede acarrear incluso responsabilidades internacionales de ser el caso. Esto, en razón de la existencia de organismos internacionales que, de confirmarse la vulneración de un derecho fundamental, están plenamente capacitados para condenar las actuaciones de nuestro país.

Con relación a este derecho la Corte Constitucional señala:

...se vulnera el derecho a la defensa cuando se causa indefensión, esto es, "...cuando se le impide comparecer al proceso o a una diligencia determinante del mismo, a efectos de justificar sus pretensiones, excepciones, contradecir los argumentos que se presentaren en su contra; o, cuando pese a haber comparecido,

no ha contado con el tiempo suficiente para preparar una defensa técnica adecuada; o igualmente cuando, en razón de un acto u omisión, el sujeto procesal, no ha podido hacer uso de los mecanismos de defensa que le faculta la ley, en aras de justificar sus pretensiones”. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, pág. 6)

Dado que, en el presente caso, la versión anticipada de un tercero puede entonces significar la indefensión de una persona, precisamente por la falta de comparecencia de la misma; es imprescindible subsanar este tipo de irregularidades al amparo de un correcto ejercicio del derecho a la defensa, y, sobre todo teniendo en cuenta que la prohibición de revictimización, única figura constitucionalmente aceptada para restringir este derecho, es reconocida únicamente a la víctima.

4.4. El principio de contradicción

De acuerdo con Torres, el principio de contradicción es otro principio esencial en la práctica de la prueba, al permitir a la defensa contradecir los elementos de cargo. Por lo que se puede sentir que este principio constituye una exigencia vinculada al derecho en un proceso de garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales el posibilitarlo y promoverlo en pro de una paridad de las partes. Este principio impone que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho a una defensa contradictoria para las partes, a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos. (Torres, 2006, p. 49)

De esta forma podemos observar, que otro de los elementos fundamentales en la correcta ejecución del ejercicio del derecho a la defensa, es la posibilidad de poder contradecir aquellos argumentos que dentro de un proceso se lleguen a presentar en contra de cualquiera de las partes; esto permite que, a base de la confrontación, surja la verdad de los hechos investigados en pro de la justicia.

La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 168, numeral 6)

Es decir, según esta disposición legal, todo proceso independientemente de la materia sobre la cual trate el litigio, de la etapa en la que se encuentre, o del tipo de

diligencia que vaya a efectuarse, debe cumplir con los principios de concentración y sobre todo de contradicción, que es en este momento el que nos ocupa, y el que, ejercitado de una forma correcta, permite acceder a la verdad de los hechos, por encima de las alegaciones realizadas por las partes.

El derecho a la defensa implica garantizar a las personas el acceso a ciertas garantías mínimas para asegurar un resultado justo y equitativo dentro de un determinado proceso, que incluye la oportunidad de ser escuchado con el objetivo de, “hacer valer sus pretensiones frente al juez. Por lo que, esta garantía debe ser observada durante toda la tramitación del proceso judicial, el mismo que, se basa en la igualdad procesal en virtud de la cual las partes intervinientes en un proceso deben estar en igualdad de condiciones ante la administración de justicia”. Así, las partes, en igualdad de condiciones, deben exponer sus posiciones, presentar sus argumentos o las pruebas que respalden sus pretensiones, y ser oídas por los tribunales y que existe indefensión, “cuando a la parte se le impide realizar uno de los mecanismos de defensa antes indicados. Por ejemplo, ello sucede cuando no se le permite a una parte procesal presentar pruebas o argumentos”. (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, párr. 31)

Según este criterio el derecho a la defensa debe garantizar al menos algunas garantías mínimas tendientes a esclarecer la verdad, esto no solo que garantiza un verdadero sentido de justicia, sino que permite a cada parte del proceso un tratamiento justo y equitativo, en igualdad de condiciones. Esta condición debe garantizarse a lo largo de todo el proceso, de principio a fin, y sin omisión en instancia o diligencia procesal alguna; ya que esto de darse el caso, supondría una clara violación al derecho a la defensa en la forma concebida por nuestra Constitución.

4.5 El testimonio anticipado

Finalmente, considerando que la base sobre la cual gira la mayoría de la discusión del presente trabajo es sobre la posibilidad de recibir el testimonio anticipado de un tercero ajeno a la víctima, es así mismo primordial realizar un análisis en cuanto algunos aspectos fundamentales relacionados con esta norma.

El testimonio anticipado al ser una prueba debe someterse a los principios establecidos para que esta tenga validez en el juicio es decir intermediación,

contradicción, esto como garantía de que se lleve a cabo un debido proceso al igual que el resto de pruebas, pues así lo establece el COIP en su Art. 454 (Pg. 548): 1. Inmediación. - Las o los juzgadores y las partes procesales deberán estar presentes en la práctica de la prueba... 3. Contradicción. - Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada. (Carpio, 2019, p. 29)

Desde este punto de vista, en todo proceso donde se determine el incumplimiento de estos principios, el testimonio anticipado como tal, no puede considerarse un elemento de prueba pues no cumple con los requisitos establecidos ni por el marco constitucional, ni por el COIP.

Partiendo de la teoría del fruto del árbol envenenado, una sentencia condenatoria no podrá fundamentarse en una prueba obtenida ilícitamente, ya que fue obtenida restringiendo un derecho fundamental. De igual manera incorporar dicha prueba al proceso, conllevaría un proceso sin las garantías debidas, pues el juez llegaría a la verdad sobre los hechos a través de una prueba inconstitucional, en tal manera no podríamos hablar de un proceso basado en la equidad y la justicia”. Caiza, 2021, p. 66)

Es decir, si una condena basa su justificación exclusivamente en el testimonio anticipado de una persona, este debe cumplir con todos los principios procesales establecidos en la constitución; pues de lo contrario, no solo que sería ilegal dicho testimonio, sino, además, toda decisión adoptada por el tribunal en consideración a dicha prueba testimonial.

5. Metodología

Previo a señalar que métodos permitirán cumplir con el presente Trabajo de Titulación, se debe señalar que:

La investigación jurídica concebida como el conjunto de procedimientos de carácter reflexivo, sistemático, controlado, crítico y creativo; cuyo objetivo es la búsqueda, indagación y el estudio de las normas, los hechos y los valores, considerando la dinámica de los cambios sociales, políticos, económicos y culturales que se desarrollan en la sociedad (Álvarez, 2002, p. 28).

Este conjunto de procedimientos, diseñados, seleccionados y llevados a cabo por el investigador sobre la base de un fin determinado, permite comprender situaciones específicas relacionadas con un determinado fenómeno social, que posteriormente son analizadas y contrastadas, a fin de poder extraer conclusiones y criterios que permitan mejorar el entendimiento del mismo.

Tal situación, aplicada al campo estrictamente jurídico, permite constatar los avances, atrasos o retrocesos en los que podría estar estancada una determinada figura legal, y sortear los inconvenientes que se presenten con miras a desarrollar un mejor y más equitativo sentido de justicia. De esta forma, incentivar el desarrollo de este tipo de trabajos, no solo que permite vincular al estudiante, docente o profesional con la realidad jurídica de nuestro país, sino que además, nos permite formular criterios que ayuden a sobrellevar posibles inconvenientes legales encontrados a lo largo de dichos estudios.

Es por ello que, para una correcta ejecución de dicha investigación, se opta por utilizar el método cualitativo según el cual, se pretende recopilar información, analizar la misma y así proceder a responder a las preguntas que se desprenden del análisis del problema planteado.

Para los investigadores cualitativos, hablar de métodos cualitativos es hablar de un modo de investigar los fenómenos sociales, en el que se persiguen determinados objetivos para así, dar respuesta a algunos problemas concretos a los que se enfrenta esta misma investigación. (Denzin, 1994).

Otra característica del método cualitativo, es que al ser de carácter multi-metódico, permite utilizar distintos métodos de obtención de información, sin que lleguen

a entorpecerse unos con otros. Es decir, nos permite a su vez utilizar el método sistemático, a fin de relacionar hechos aparentemente aislados, y formular teorías que unifiquen diversos elementos comunes.

Así mismo se deberá disponer de otro tipo de métodos tales como el exegético, del cual podemos resaltar que:

El método exegético es un método de interpretación que se utiliza en el estudio de los textos legales y que se centra en la forma en la que fue redactada la ley o regulación por parte del legislador. Se estudia mediante el análisis de las reglas gramaticales y del lenguaje. (Campos, 2019)

Y, dado que es indiscutible la necesidad de analizar el contenido de nuestras normas y textos legales, dicho método de interpretación se presenta como uno de los ideales a la hora que extraer el verdadero significado de una norma legal, más aún cuando esta, puede entrar en contraposición con otra de mayor o menor rango.

Finalmente, ya que se orienta así mismo a la revisión de jurisprudencia, normas jurídicas y doctrina relacionada con los principales temas a tratar, desarrollados dentro de la normatividad ordinaria y constitucional, la investigación se vuelve de igual forma de carácter teórico-deductiva.

6. Resultados

Parte fundamental del Trabajo de Titulación, constituye poder contrastar los criterios desarrollados a lo largo de esta, respecto de la realidad práctica en donde estos se ponen de manifiesto; para ello, se ha procedido a formular un cuestionario que ha sido desarrollado conforme el problema de estudio y los objetivos planteados al inicio de la misma.

6.1 Interpretación y análisis de los resultados de las encuestas

Primera Pregunta: ¿Conoce usted, bajo qué circunstancias se puede solicitar el testimonio anticipado de un tercero según el COIP?

Cuadro Nro. 1

Indicadores	Frecuencia	Porcentajes
Si	16	80%
No	4	20%
Total	20	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Lemny Marisol Tambo Cabrera

Representación Gráfica Nro. 1

Interpretación: Según la presente interrogante, 16 personas que corresponden al 80% de los encuestados, manifiesta que SI tiene un conocimiento sobre las circunstancias en que se puede solicitar el testimonio anticipado de un tercero según el COIP; mientras que, 4 de ellas que corresponde al 20% indica que no tiene conocimiento de estas circunstancias.

Análisis: Según los resultados obtenidos en la recolección de datos, los encuestados manifiestan que entre las principales circunstancias para solicitar el testimonio anticipado de un tercero en el COIP se encuentran en primera instancia la necesidad de ausentarse del país, seguida por la prohibición de revictimización de la víctima, el padecimiento de una enfermedad grave, haber sido nombrado como perito, y el última instancia la imposibilidad de poder asistir a la audiencia.

Segunda Pregunta: ¿Considera usted, que la prohibición de revictimización, circunstancia que justifica la recepción del testimonio anticipado de la víctima, es extensible además para aquellas personas que no han sido víctimas del delito?

Cuadro Nro. 2

Indicadores	Frecuencia	Porcentajes
Si	5	25%
No	15	75%
Total	20	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Lemny Marisol Tambo Cabrera

Representación Gráfica Nro. 2

Interpretación: En base a los resultados se aprecia en la gráfica, 15 de los encuestados que corresponde al 75% manifiesta que la prohibición de revictimización, circunstancia que justifica la recepción del testimonio anticipado de la víctima, NO es extensible además para aquellas personas que no han sido víctimas del delito; mientras que, 5 de ellas que corresponde al 25% del total, acota que SI es extensible para aquellas personas que no han sido víctimas del delito.

Análisis: Según los criterios obtenidos en el desarrollo de las encuestas, la prohibición de revictimización NO es extensible para aquellas personas que no han sido víctimas del delito, principalmente porque no son víctimas y por tanto, no están sujetas a la misma protección legal. Extender esta protección a terceras persona implica otorgarles derechos que no poseen, pues no son sujetos procesales; motivo por el cual además, deben estar sujetas a otro tipo de procedimientos.

Tercera pregunta: ¿Considera usted, que una imposibilidad física, un viaje fuera del país, o cualquier otra circunstancia subsanable a través del uso de instrumentos audiovisuales, deben continuar existiendo como causales de la recepción del testimonio anticipado de terceros?

Cuadro Nro. 3

Indicadores	Frecuencia	Porcentajes
Si	6	30%
No	14	70%
Total	20	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Lemny Marisol Tambo Cabrera

Representación Gráfica Nro. 3

Interpretación: Basandonos en los resultados obtenidos en esta interrogante, 14 de los encuestados que corresponde al 70% manifiesta que una imposibilidad física, un viaje fuera del país, o cualquier otra circunstancia subsanable a través del uso de instrumentos audiovisuales, NO deben continuar existiendo como causales de la recepción del testimonio anticipado de terceros; mientras que, 6 de ellas que corresponden al 30% sostienen que SI deberían mantenerse como causales de la recepción del testimonio anticipado de terceros.

Análisis: Según los datos obtenidos en la encuesta, estas razones ya no se justifican porque son circunstancias que pueden solventarse a través del uso de medios telemáticos y así poder cumplir con los principios de contradicción e inmediación, a través del uso de videollamadas o teleconferencias. Quienes consideran que si deben mantenerse, ratifican su afirmación de que ello debe mantenerse solo en el caso de que signifique un riesgo para la víctima.

Cuarta Pregunta: ¿Cree usted, que la recepción del testimonio anticipado, debe ser notificada al investigado?

Cuadro Nro.4

Indicadores	Frecuencia	Porcentajes
Si	19	95%
No	1	5%
Total	20	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Lemny Marisol Tambo Cabrera

Representación Gráfica Nro. 4

Interpretación: Con base en los resultados se aprecia que, 15 personas correspondiente al 95% de los encuestados manifiesta que SI debe ser notificada al investigado la recepción del testimonio de manera anticipada; mientras que, solo 1 de ellos que corresponde al 5% indica que NO debe es necesaria tal notificación.

Análisis: Como se puede observar de la gráfica, la mayoría de los encuestados sostiene que si debe existir la notificación a fin de que pueda hacerse efectivo el derecho a la defensa, el debido proceso, un contra examen de quien rinde el testimonio, manteniéndose así los principios de contradicción e inmediación; a fin de poder evitar la indefensión o cualquier tipo de nulidad procesal por esta causa. Quien manifiesta que no debe realizarse dicha notificación, lo realiza manifestando que ello pone en sobre aviso al sospechoso que se investiga.

Quinta Pregunta: ¿Considera usted adecuado, que el testimonio anticipado de terceros se encuentre sometido a las mismas protecciones que el testimonio anticipado de la víctima?

Cuadro Nro. 5

Indicadores	Frecuencia	Porcentajes
Si	5	25%
No	15	75%
Total	20	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor:

Representación Gráfica Nro. 5

Interpretación: Conforme se detalla en el presente gráfico, 12 encuestado que corresponde al 60% de los encuestados manifiesta que el testimonio anticipado de terceros NO debe mantenerse sometido a las mismas protecciones que el testimonio anticipado de la víctima; mientras que, 8 de ellos, que corresponde al 40% acota que el testimonio anticipado de terceros NO si debe mantenerse sometido a las mismas protecciones.

Análisis: Según las respuestas obtenidas por los encuestados, quienes manifiestan que no debe mantenerse las mismas protecciones son principalmente debido a que, los terceros no se ven obligados a recordar circunstancias traumáticas que les puedan revictimizar, son meros espectadores, porque todas las partes tienen derecho a contradecir, y porque la víctima está sujeta a diversos factores emocionales, físicos, psicológicos, que no son los mismos que se presentan en el resto de las personas que pueden haber presenciado el hecho que se investiga. En el caso de quienes opinan lo contrario, se justifica su

razonamiento en que, quienes comparecen en calidad de testigos pueden correr peligro, o ser intimidados, y en el hecho que, no por el hecho de diferenciarlos de la víctima dicho trato debe implicar un menor grado de protección.

Sexta pregunta: ¿Cree usted, que la falta de notificación del testimonio anticipado, vulnera los principios de contradicción e inmediación, y el derecho a la defensa del sospechoso?

Cuadro Nro. 6

Indicadores	Frecuencia	Porcentajes
Si	19	95%
No	1	5%
Total	20	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Lemny Marisol Tambo Cabrera

Representación Gráfica Nro. 6

Interpretación: Con base en los resultados se puede apreciar en la gráfica que, 19 de los encuestados que corresponde al 95% manifiesta que la falta de notificación del testimonio anticipado, SI vulnera los principios de contradicción e inmediación, y el derecho a la defensa del sospechoso, frente a uno de ellos que corresponde al 5% que indica que NO se vulnera los principios de contradicción e inmediación.

Análisis: En cuanto a la afirmación de la mayoría de los encuestados de que la falta de notificación si vulnera el derecho a la defensa y los principios de contradicción e inmediación se basa en que, sin esta, no se pueden cumplir todos los elementos previstos por este derecho y principios; además, ello violenta el debido proceso, sin permitir contradecir o refutar al declarante, contradiciendo el derecho a la igualdad de relevancia nacional en internacional, pues es una garantía reconocida aun por la Corte Interamericana de Derechos humanos.

Séptima pregunta: ¿Considera usted, que es justificada la indefensión del investigado en los casos de testimonio anticipado de terceros?

Cuadro Nro. 7

Indicadores	Frecuencia	Porcentajes
Si	7	35%

No	13	65%
Total	20	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor:

Representación Gráfica Nro. 7

Interpretación: En lo referente a esta interrogante, tal y como se muestra en los resultados se aprecia en la gráfica, 13 de los encuestados que corresponde al 65% manifiesta que NO es justificada la indefensión del investigado en los casos de testimonio anticipado de terceros; mientras que, 7 de ellos que corresponden a un 35% indica que SI.

Análisis: La principal razón de tal afirmación es porque ello conlleva a la violación del debido proceso y el derecho a la defensa y los principios de contradicción e inmediatez; en cambio, quienes opinan que no, lo realizan en el sentido de que debe mantenerse dicha figura jurídica, pero establecida de una mejor manera y antes razones que la hagan estrictamente necesaria.

7. Discusión.

7.1 El testimonio anticipado de terceros y los principios de contradicción e inmediación, y el derecho a la defensa

Generalmente, cuando escuchamos el término testimonio anticipado, automáticamente lo asociamos con aquel realizado por la víctima; esto a pesar, de que el Código Orgánico Integral Penal, prevé además la posibilidad de solicitar el testimonio anticipado de un tercero que, aunque no es parte procesal, también se encuentra revestido de la misma protección legal que la víctima. Dicha circunstancia si bien, en el caso de esta última tiene su razón de ser en la prohibición constitucional de revictimización, no sucede así en el caso de un tercero, quien por obvias razones no debería encontrarse protegido por dicha prohibición.

Tal circunstancia no obstante, no significaría un mayor inconveniente si no fuera por el hecho que, dicho testimonio anticipado en su afán de proteger el estado emocional de la víctima, restringe la posibilidad de poder ejercer todos y cada uno de los elementos establecidos para el derecho a la defensa, a la contradicción y a la inmediación a una sola diligencia; la cual, en la mayoría de los casos se realiza de forma apresurada, sin una verdadera defensa técnica del investigado, que le permita contar con el tiempo y con los mecanismos adecuados para contravenir y desvanecer, los argumentos presentados en su contra.

En tal sentido, el Código Orgánico Integral Penal al prever la posibilidad de solicitar el testimonio anticipado de una persona que no es parte procesal, no solo que extiende la protección de revictimización a una persona que no ostenta dicha calidad, sino que además, permite que restricciones del derecho a la defensa que son justificables gracias a esta protección, se amplíen a personas que tranquilamente pueden concurrir el proceso sin que esto les signifique revivir ningún tipo de recuerdo traumático.

Tal circunstancia claramente puede percibirse como un desequilibrio procesal causal de nulidad por la indefensión a que ello conduce, más aún si se considera que, en algunas ocasiones, según el mismo Presidente de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, 2018, “se recibe el testimonio anticipado al momento mismo de la recepción de la denuncia, sin que ella sea de conocimiento del procesado con la intervención de la Defensoría Pública para garantizar la defensa” (p. 1).

Tal circunstancia final, se realiza única y exclusivamente con el fin de justificar de manera formal el cumplimiento del derecho a la defensa; ya que, al ser notificado el defensor público con un caso del cual carece totalmente del conocimiento de la relación circunstancial, se encuentra sometido a la información que brinda tan solo una de las partes procesales, volviéndose con su presencia en un espectador más ante el completo desconocimiento de los actos o de las circunstancias que rodean el hecho.

Refiriéndose dicha garantía legal, la Corte Constitucional del Ecuador concordantemente con la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado que:

...la garantía de la defensa técnica exige que la calidad de los servicios provistos por los abogados asegure el ejercicio del derecho a la defensa en el marco del debido proceso. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”), “**nombrar a un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica**, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza” (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, Pár. 28)

Ante tal descripción de lo que comprende un correcto ejercicio de una defensa técnica, cómo se puede establecer una relación de confianza en el caso que se analiza, cuando el defensor ni quiera conoce a su defendido, o cuando ni siquiera se ha tenido un acercamiento con este. Como evitar que sus derechos sean lesionados, si ante el señalamiento de la parte actora, Este carece de total conocimiento de los hechos y por tanto, de la posibilidad de poder controvertir los mismos.

Es claro entonces que, cuando se recibe el testimonio anticipado al momento mismo de la recepción de la denuncia y se procede a nombrar un defensor de oficio para el sospechoso o acusado, tal nombramiento solo constituye un elemento formal que no satisface los criterios de una correcta defensa técnica en los términos establecidos por la Corte Constitucional del Ecuador y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esto más aun considerando que, en la Sentencia Nro. 3068-18-EP/21, la Corte Constitucional refiere que:

“con relación a la garantía prevista en el artículo 76 numeral 7 literal g), resulta pertinente destacar que la sola presencia física de una o un profesional del derecho durante una diligencia, no es suficiente para garantizar una asistencia técnica efectiva” (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, Pár. 63)

Por todo lo antes expuesto entonces, no basta con la sola designación de un defensor público para que se entienda garantizado el derecho a la defensa, sino que, se hace necesario además que éste realice una verdadera defensa técnica, ubicando al investigado, entrevistándose con el mismo, contrastando la información recogida durante el desarrollo del proceso; en fin, realizando todas aquellas acciones que le permitan adquirir un conocimiento cabal de los hechos a fin de poder ser controvertir las aseveraciones realizadas al momento de recabarse el testimonio anticipado. Esto más aun, considerando que dicha diligencia no volverá a repetirse dentro del desarrollo del proceso.

Tal situación hace evidente la necesidad de realizar una diferenciación entre el testimonio anticipado de la víctima respecto de aquel solicitado por un tercero, quien no se encuentra revestido de la prohibición de re victimización y que, al no estar sujeto a las mismas condiciones de vulnerabilidad que se presentan en la víctima, puede comparecer en cualquier estado del proceso.

A esto se suma, además, que varias de las circunstancias que se establecen para la recepción del testimonio de un tercero dentro del Código Orgánico Integral Penal, no constituyen actualmente un elemento insalvable que no pueda ser sobrellevado a través de otro tipo de mecanismos, y, más aún con la actual tecnología que se cuenta para el desarrollo de este tipo de diligencias. Si revisamos la norma que prevé la posibilidad de obtener el testimonio anticipado de profesionales de la salud que hayan realizado exámenes tenemos que:

Los profesionales de la salud que realicen estos exámenes estarán obligados a conservar los elementos de prueba encontrados en condiciones de seguridad, que serán entregados inmediatamente al personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, y deberán rendir testimonio anticipado o podrán ser receptados mediante videoconferencias de acuerdo con las reglas del presente Código. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 463)

Es decir, la misma norma ya prevé la posibilidad de receptar el testimonio anticipado mediante videoconferencias, con lo cual se observa, que no hay ninguna necesidad de apresurarse a realizar un testimonio anticipado que no va a permitir cumplir con todos y cada uno de los elementos del derecho a una correcta defensa técnica en los términos establecidos tanto por la Corte Constitucional como por la misma Corte Interamericana, por lo que incluso bien podría suprimirse este tipo de diligencias, o exceptuarlo a casos donde la integridad física del profesional se encuentre gravemente comprometida y esta circunstancia pueda determinar una pérdida de su testimonio. Por otro lado así mismo se señala que:

La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio. En el caso de audiencia fallida, y en los que se demuestre la imposibilidad de los testigos de comparecer a un nuevo señalamiento, el tribunal, podrá receptar el testimonio anticipado bajo los principios de inmediación y contradicción”. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 502, numeral 2)

En este caso si bien es comprensible el caso de aquellas personas que se encuentran gravemente enfermas o aun en el caso de la misma víctima, no es así en el caso del resto de personas físicamente imposibilitadas, o de quienes van a salir del país, informantes o agentes encubiertos, quienes no están amparados bajo la figura de la revictimización, y más aún, pueden realizar su versión a través de videoconferencia, salvando cualquier tipo de distancia, peligro de intimidación o cualquier otro, permitiéndoles cumplir con los principios de contradicción e inmediación sin perjudicar los derechos establecidos para ambas partes.

Realizar este tipo de diligencias y cumplir con los principios de contradicción e inmediación, en gran parte gracias a las imitaciones que ocasionó la pandemia nos permitió corroborar que si se puede cumplir con estos principios y derechos, permitiendo garantizar un correcto ejercicio del derecho a la defensa además. Entre otra de las disposiciones a la que nos vemos obligados a hacer referencia encontramos que:

“Si al prevenirle, la persona que rinde la versión manifiesta la imposibilidad de concurrir a la audiencia de juicio, por tener que ausentarse del país o por cualquier

motivo que hace imposible su concurrencia, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador que se reciba su testimonio anticipado”. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 582, numeral 4)

En este caso en particular, la versión a que se hace referencia también se trata de terceras personas que son ajenas a la condición de víctima, a quienes se les posibilita rendir el testimonio anticipado por el solo hecho de tener que ausentarse del país, o cualquier otro motivo que les imposibilite concurrir a la audiencia de juicio. Circunstancias estas que como ya hemos mencionado con el uso de los medios telemáticos son fácilmente subsanables, y cumpliendo todas las garantías del debido proceso.

Finalmente entre otra de las disposiciones legales que deberían estar sujetas a revisión se encuentra que:

La o el juzgador competente, cuando de cualquier manera llegue a conocer alguna de las contravenciones de violencia contra la mujer y la familia, procederá de inmediato a imponer una o varias medidas de protección; a receptar el testimonio anticipado de la víctima o testigos y a ordenar la práctica de los exámenes periciales y más diligencias probatorias que el caso requiera, en el evento de no haberse realizado estos últimos. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 643, numeral 5)

En este caso como en algunas de las circunstancias antes previstas, si bien es cierto el testimonio anticipado de la víctima se justifica; el receptar el testimonio anticipado de testigos no lo es, más aún cuando de la misma norma se puede prever que se trata de una medida inmediata, sin señalarse incluso si es necesario notificar con ello al sospechoso o investigado, o aun a un defensor público; lo que, debido a premura de dicha diligencia, en el caso de testigos, ello impide el desarrollo de una verdadera defensa técnica sin estar dicha circunstancia revestida por la protección que significa para la víctima la prohibición de revictimización.

8. Conclusiones

Cuando escuchamos hablar del testimonio anticipado, muchas de las veces automáticamente lo asociamos con aquel que presta la víctima; más, olvidamos que dentro de las normas establecidas en el Código Orgánico Integral Penal, existen otras que también prevén el testimonio anticipado de terceros, sujetos a las mismas condiciones que el que presenta la víctima a pesar de no ostentar la misma condición.

El testimonio anticipado tiene su razón de ser, en la condición de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima después del cometimiento de un ilícito; por lo que, obligarla con posterioridad a recordar los eventos traumáticos acontecidos es obligarla a asumir su condición de víctima; circunstancias que no ocurre sin embargo, en el caso del testimonio anticipado de terceras personas, que son motivados por cuestiones diferentes.

Aunque las circunstancias y las condiciones que rodean el testimonio anticipado de un tercero, son diversas de aquellas a que se encuentra sujeta la víctima que se halla protegida incluso por la prohibición constitucional de la revictimización; el Código Orgánico Integral Penal no realiza una distinción entre estos sujetos procesales, pese a que, en muchas ocasiones ya se ha discutido las limitaciones que esta figura legal significa para el derecho a la defensa.

El Código Orgánico Integral Penal, en cuanto al testimonio anticipado de terceros se refiere no establece un momento procesal exacto en el cual deba solicitarse; además, tampoco especifica la necesidad de notificar al investigado o sospechoso del desarrollo de esta diligencia motivo por el cual se ha optado en algunos casos en notificar de la infracción a un defensor público, quien realiza una defensa meramente formal, en contra de lo que la misma Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido como una correcta defensa técnica.

Los elementos establecidos para el ejercicio del derecho a la defensa, y los principios de contradicción e inmediación establecidos en la Constitución, difícilmente pueden ser garantizados durante el desarrollo del testimonio anticipado de un tercero, figura jurídica que no cuenta con una regulación diversa a la prescrita para el testimonio anticipado de la víctima, y sujeta a requerimientos que bien pueden ser subsanables a través del uso de tecnologías de la información y comunicación.

9. Recomendaciones

Analizar las diferentes figuras jurídicas que existen en el Código Orgánico General de Procesos desde su origen, concepción, estructura legal, y su relación con todos y cada uno de los derechos y principios establecidos en la Constitución, previo a considerar su uso y aplicación en un caso determinado considerando, además, las futuras implicaciones que de ello se puedan desprender.

Al encontrarse el testimonio anticipado de terceros en condiciones distintas a las previstas para el caso del testimonio anticipado de la víctima, debe realizarse una clara diferenciación en el sistema procesal penal de lo que implica cada una de estas figuras legales, con una fundamentación legal que no solo nos permita distinguir una de otra, sino además, los motivos que actualmente motivan el desarrollo de las mismas.

Considerando que, el testimonio de la víctima se encuentra revestido de legalidad en la prohibición de revictimización que el asiste a la misma, debe realizarse en el Código Orgánico Integral Penal una verdadera distinción respecto del testimonio anticipado de un tercero, quien no se encuentra sujeto a revictimización ni a revivir eventos traumáticos ejecutados en su contra.

Dado que respecto del testimonio anticipado de un tercero, no existe un procedimiento previamente establecido que permita colegir en que momento puede solicitarse, si éste debe o no ser notificado al sospechoso; debe procederse de inmediato al establecimiento de dicho procedimiento, con determinación de cuál es el momento exacto en que puede solicitarse, pero de modo que permita sea conocido por el acusado o sospechoso.

El establecimiento de un procedimiento especial para el desarrollo del testimonio anticipado de un tercero, debe estar justificado en causas o circunstancias que resulten insalvables en nuestra actualidad, dejando de lado aquellas pueden recibirse a través del uso de medios tecnológicos, ya que, solo de este modo se podrán hacer efectivos los principios de contradicción en inmediación, así como todos y cada uno de los elementos constitutivos del derecho a la defensa.

10. Bibliografía

- Álvarez Undurraga G. (2002) Metodología de la Investigación Jurídica. Hacia una nueva perspectiva. Universidad Central de Chile. Santiago-Chile.
- Caiza Murminacho D. L., (2021) Valor probatorio del testimonio anticipado de la víctima en los delitos de abuso sexual, en el proceso penal ecuatoriano. Universidad Central del Ecuador. Quito-Ecuador.
- Carpio Dávila, J. F. (2019). El testimonio anticipado frente a los principios que rigen la prueba y los derechos del procesado. Quito-Ecuador.
- Carrasco Durán M. 2020. La definición constitucional del derecho a la Tutela Judicial Efectiva. UNED. Revista de Derecho Político No 107, enero-abril 2020.
- Constitución de la República del Ecuador 2008, de 20 de octubre de 2011 (Consulta: 16 de diciembre de 2021) Disponible en: <https://acortar.link/KTgFc>
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 0002-10-SIN-CC, Caso Nro. 0002-09-IN, de fecha 08 de abril del 2010.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1159-12-EP, de 17 de septiembre de 2019.
- Corte Constitucional, Caso Nro. 0419-11-EP, Sentencia Nro. 021-12-SEP-CC, de 08 de marzo del 2012.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 581-17-EP/21, Caso. No. 581-17-EP, de fecha 29 de septiembre de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-14-SEP-CC. Caso No. 0121-11-EP2014.
- Denzin, Norman, K. & Lincoln, Yvonna (Eds) (1998), *Strategiess of qualitative inquiry*. Sage publications.
- Gaviria, C. (2007) El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio. Foro, revista de Derecho. No. 7. Quito-Ecuador.
- Medina R. M. A. (2001) El Derecho a la defensa. *Pharos*, vol. 8, núm. 2, noviembre-diciembre, 2001. Universidad de Las Américas. Santiago-Chile.
- Torres S. G. et al. 2006. Principios generales del juicio oral penal. México. Flores Editor y Distribuidor S. A. de C. V

11. Anexos

Anexo 1. Certificado de traducción del resumen

10 de agosto 2023

Lic. Gabriela del Rocío Enríquez Jadán

A petición de la parte interesada y en forma legal

CERTIFICA

Que la traducción del documento adjunto solicitado por la Abogada Lemny Marisol Tambo Cabrera con número de cédula 0704560580 cuyo tema de trabajo de Investigación es **La falta de un procedimiento expreso y normas claras para la recepción del testimonio anticipado de terceros, vulnera los principios de contradicción e inmediatez y el derecho del sospechoso a la defensa en el proceso penal**. Ha sido realizado y aprobado por mi persona Gabriela del Rocío Enríquez Jadán Licenciada en Ciencias de la Educación Mención Inglés

El apartado del Abstract es una traducción textual del Resumen aprobado en español

Particular que comunico en honor a la verdad para fines académicos, facultando al portador del presente documento, hacer uso legal pertinente



Gabriela del Rocío Enríquez Jadán

LICENCIADA EN CIENCIAS DE LA EDUCACIÓN MENCIÓN INGLÉS

NÚMERO REGISTRO SENECYT 1008-15-1426297

1103730980