

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Testimonio anticipado frente a los principios del derecho
procesal penal y los derechos del procesado**

Juan Marcelo Urgilez Ramos

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogado

Quito, 19 de noviembre de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Juan Marcelo Urgilez Ramos

Código: 00200910

Cédula de identidad: 0105905574

Lugar y Fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**TESTIMONIO ANTICIPADO FRENTE A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL
PENAL Y LOS DERECHOS DEL PROCESADO ¹**

**ANTICIPATED TESTIMONY IN RELATION TO THE PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW AND THE RIGHTS OF THE
DEFENDANT**

Juan Marcelo Urgilez Ramos²
juan_urgilez@hotmail.com

RESUMEN

Este trabajo buscó analizar el testimonio anticipado como medio de prueba en el derecho procesal penal ecuatoriano. Se evidenció que existen dos posturas: la primera, considera que el testimonio anticipado es fundamental, ya que protege los derechos de la víctima. La segunda, en cambio, considera que el testimonio anticipado vulnera el debido proceso, y a su vez, los derechos del procesado. Con el fin de determinar cuál teoría debe ser aceptada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se realizó un estudio cualitativo, analizando la doctrina y la normativa referentes al debido proceso y la prueba. De esta forma, se determinó que el testimonio anticipado aplica en todo caso donde no se pueda contar con un testigo clave o en temas relacionados a violencia contra la mujer. Este trabajo concluye que la práctica del testimonio anticipado debe ser aceptada en el ordenamiento jurídico, velando siempre el derecho a la defensa del procesado.

PALABRAS CLAVE

Testimonio anticipado, debido proceso, intermediación, contradicción.

ABSTRACT

This paper sought to analyze anticipated testimony as a means of evidence in Ecuadorian criminal procedural law. It became evident that there are two positions: the first considers that advance testimony is fundamental, since it protects the rights of the victim. The second, on the other hand, considers that anticipated testimony violates due process and, in turn, the rights of the defendant. To determine which theory should be accepted in the Ecuadorian legal system, a qualitative study was carried out, analyzing the doctrine and regulations on due process and evidence. In this way, it was determined that the anticipated testimony applies in all cases where a key witness cannot be counted on or in issues related to violence against women. This work concludes that the practice of anticipated testimony should be accepted in the legal system, always ensuring the right to defense of the defendant.

KEYWORDS

Anticipated testimony, due process, immediacy, contradiction.

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Xavier Andrade Castillo.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN. - 2. MARCO NORMATIVO. 3. MARCO TEÓRICO. - 3.1 TESTIMONIO ANTICIPADO COMO ELEMENTO DE PRUEBA. - 3.2. TESTIMONIO ANTICIPADO Y SU VULNERACIÓN A LA DEFENSA. - 4. ESTADO DEL ARTE O ESTADO DE LA CUESTIÓN. - 5. DESARROLLO. - 5.1. GENERALIDADES. - 5.2 TESTIMONIO ANTICIPADO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL. - 5.3. TESTIMONIO ANTICIPADO EN EL SISTEMA ADVERSARIAL. - 5.4 TESTIMONIO ANTICIPADO EN EL SISTEMA ACUSATORIO. - 5.5 TESTIMONIO ANTICIPADO Y LA REVICTIMIZACIÓN. - 5.6 TESTIMONIO ANTICIPADO FRENTE AL DERECHO A LA DEFENSA. - 5.7 TESTIMONIO ANTICIPADO Y SU VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS PROCESALES. - 6. RECOMENDACIONES. - 7 CONCLUSIONES.

1. Introducción:

El presente paper tiene por objeto el analizar el testimonio anticipado como medio de prueba, cuya práctica se encuentra establecida en el Código Orgánico integral Penal. Este medio de prueba favorece a la víctima, ya que su función principal es evitar la revictimización, debido a esto, es posible que sea practicada previo a la audiencia de juicio, muchas veces sin la posibilidad de ser controvertida por la contra parte, creando la duda de si su práctica podría vulnerar el debido proceso y los derechos del procesado.

El testimonio anticipado vulnera muchas veces el principio de contradicción no solo en la etapa de juicio, ya que al ser un medio de prueba que no se puede contradecir, también vulnera el principio desde su práctica en la etapa pre procesal. Ya que en muchas ocasiones el defensor público que es designado al caso, al no conocer el objeto de controversia, no es capaz de generar la contradicción del testimonio anticipado, únicamente está ahí para resguardar el principio de no indefensión del posible procesado.

Del mismo modo, el testimonio anticipado vulnera la inmediación, ya que el tribunal designado para conocer la causa no se encuentra presente dentro de la práctica del testimonio anticipado, ya que se designa otro juez de turno para estar presente y evaluar las preguntas de la contraparte. Sin embargo, esto es un gran problema, debido a que el tribunal competente de conocer la causa debe atenerse al testimonio anticipado que no fue practicado ni evaluado por ninguno de los jueces del tribunal.

El objetivo de este paper es analizar las controversias generadas en el testimonio anticipado entre los derechos del procesado y el debido proceso, en contraposición a la víctima y su derecho de la no revictimización durante el proceso penal. Analizando la legislación ecuatoriana y los parámetros sobre los que se realiza el testimonio anticipado, y así determinar si este medio probatorio garantiza los derechos de las partes procesales.

El método de investigación utilizado para este paper es preponderantemente cualitativo. Mediante la doctrina y la legislación ecuatoriana se busca llevar a cabo un análisis comparativo entre los derechos de cada parte y cómo el testimonio anticipado afecta a cada una, para así determinar si este medio probatorio cumple con los principios constitucionales y así seguir practicándose en la etapa pre procesal. De esta manera se busca responder al siguiente cuestionamiento ¿Hasta qué punto la práctica del testimonio anticipado vulnera los derechos de las partes y los principios del debido proceso?

2. Marco Normativo:

Es pertinente mencionar que la normativa respecto al debido proceso, principios procesales y la prueba es amplia, ya que el tema ha sido abordado en varios instrumentos internacionales y en la normativa ecuatoriana que a continuación se analizará para poder tener un mejor entendimiento sobre el tema.

2.1 Normativa Internacional:

El 10 de diciembre de 1948 surge la Declaración Universal de los Derechos Humanos donde se establecen los derechos fundamentales con el ideal de ser aplicable para todos los pueblos y naciones. En el Artículo 10 se establece el derecho a la tutela judicial efectiva, mencionando el derecho de las personas de ser oídas públicamente por un tribunal sobre sus derechos, obligaciones, o cualquier acusación penal que exista en su contra³. Esto es relevante, ya que evidencia el derecho del procesado de conocer y estar presente cuando se practique prueba o acusación en su contra.

El 3 de septiembre de 1953 entra en vigor la Convención Europea de Derechos Humanos, con el objetivo de proteger los derechos humanos y, sobre todo, los principios y derechos de las personas que se encuentran en un proceso judicial. En el Artículo 6 numeral 3 se habla de los derechos de los acusados, en su literal d se habla la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a todo testigo que declare en su contra⁴. Este artículo es relevante, puesto que da paso al principio de contradicción en el testimonio anticipado.

2.2 Normativa Nacional:

2.2.1 Constitución de la República del Ecuador:

El 20 de octubre de 2008 se reforma la Constitución como norma suprema en el ordenamiento jurídico. En ella se establecen derechos y garantías que deben ser

³ La Declaración Universal de Derecho Humanos, París, 10 de diciembre de 1948.

⁴ Convenio Europea de Derecho Humanos, Roma, 3 de septiembre de 1953

protegidas y velar por su cumplimiento. En el Artículo 75 se establece el derecho de protección tutela judicial efectiva, haciendo efectivo el derecho de las personas a una defensa gratuita e imparcial con sujeción a los principios de inmediación y celeridad⁵. Es decir, se evidencia el derecho de que las personas se acerquen a los distintos órganos de jurisdicción para obtener una respuesta, velándose siempre el debido proceso.

Asimismo, el Artículo 76 establece las garantías básicas que se debe respetar para que se garantice un debido proceso. El numeral C establece la garantía de que toda persona debe ser escuchada de manera oportuna y en igualdad de condiciones, del mismo modo, el numeral H establece que se debe presentar de forma verbal o escrita toda argumento o prueba dentro del juicio y debe existir la oportunidad de replicar por parte de la contraparte⁶.

2.2.2 Código Orgánico Integral Penal:

El 10 de febrero de 2014 fue aprobado el Código Orgánico Integral Penal, COIP, con el objetivo de integrar en una sola codificación los 5 códigos penales que históricamente se han ido manejando y tener todo centralizado en uno solo. El COIP, en su Artículo 5, establece los principios procesales que rigen el debido proceso, entre estos los más importantes para el trabajo destacan, la oralidad, contradicción e inmediación⁷. Estos principios procesales son los que más se vulneran al practicar el testimonio anticipado, vulnerando así el debido proceso y el derecho a la defensa del procesado.

A su vez, el Artículo 454 establece que el anuncio y práctica de la prueba debe registrarse por una serie de principios, en los cuales nuevamente se destacan los principio de: oportunidad, inmediación, contradicción y el principio de igualdad de oportunidades para la prueba⁸. Es relevante para el trabajo determinar si la práctica del testimonio anticipado respeta los principios rectores de la prueba, y, por ende, el debido proceso.

Finalmente, el Artículo 502 del COIP establece que la prueba y todos los elementos de convicción que se obtienen a través de declaraciones tienen una serie de reglas a las cuales registrarse. Principalmente en el numeral 2 se estipula que el juez puede recibir como prueba anticipada el testimonio de:

⁵ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁶ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷ Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 30 de agosto de 2021.

⁸ Artículo 454, COIP.

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 juicio⁹.

2.2.3 Fiscalía General del Estado:

El 25 de agosto de 2014 fue aprobada la resolución No. 073-FGE-2014, con el objetivo de establecer los manuales, protocolos, instructivos y formato del sistema de investigaciones de medicina legal, donde se regula el protocolo de aplicación de la Cámara de Gessell, con el objetivo de establecer los protocolos adecuados de la Cámara de Gessell, entre ellos la recepción del testimonio anticipado, y como proceder con eficacia y eficiencia, apoyando a la administración de justicia.¹⁰

3. Marco Teórico:

Respecto a la prueba anticipada, se logran identificar dos grandes teorías con respecto a su práctica dentro del proceso penal y cómo este afecta o beneficia a las partes procesales. La postura del ensayo se enfoca en la teoría de la crítica del testimonio anticipado como una figura que vulnera los principios procesales y los derechos de las partes, específicamente a la defensa. Haciendo una crítica a este medio de prueba, que, a pesar de ser utilizado, siempre que sea necesario contar con un testigo o proteger su declaración, esto no justifica que no se respete el debido proceso.

3.1 Testimonio Anticipado como Elemento de Prueba:

Dentro de los medios de prueba aceptados por el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra el testimonio anticipado que como lo menciona Jairo Parra, es un medio de prueba cuya práctica se realiza de manera excepcional, referente a los casos de 'irreproducibilidad' de las declaraciones o cualquier obstáculo que se presenta en el juicio¹¹, con el objetivo de asegurar la prueba y evitar que esta se quede fuera del proceso.

El testimonio anticipado, además de garantizar la recepción del testimonio de aquellas personas que no podrán asistir a juicio, a su vez cumple con el objetivo de evitar una revictimización innecesaria en la víctima. Como lo establece el artículo 445 del COIP, la Fiscalía es el órgano encargado de dirigir la asistencia y protección de víctimas y testigos, otorgando los mecanismos necesarios en todas las etapas del proceso para así,

⁹ Artículo 502, COIP.

¹⁰ Resolución No. 073-FGE-2014, Fiscalía General del Estado [Manuales, protocolos, instructivos y formatos del sistema especializado integral de investigación medicina legal y ciencias forenses], Registro Oficial 318 de 25 de agosto de 2014.

¹¹ Jairo Parra, *Manual de derecho probatorio*, Décima Quinta Edición. (Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA, 2006)

evitar la revictimización que puede producirse en las víctimas al rendir declaración en una audiencia de juicio.

3.2 Testimonio Anticipado y su vulneración a la defensa:

El testimonio anticipado debido al tratamiento que recibe se ha hecho portador de varias críticas a su práctica. En primer lugar, se cuestiona la aplicación de los principios procesales de contradicción e inmediación, ya que estos principios permiten que toda prueba o fundamento que se diga tenga la posibilidad de ser contrainterrogado por su contraparte, garantizando así el derecho a la defensa. El testimonio anticipado permite al Estado por medio de la fiscalía solicitar este medio de prueba incluso sin contar con la presencia del procesado¹².

De igual manera, respecto al contenido del testimonio como tal que se realiza frente a un juez de control que califica la prueba, Enrique Sosa menciona que esta práctica “está menguando sin razón la garantía que importa la presencia de los tres integrantes de la cámara”¹³. En otras palabras, se cuestiona que ocurriría en el supuesto de que el juez de control califique y acepte el testimonio anticipado en el proceso, y en audiencia de juicio, el tribunal identifique elementos para poder descartar la prueba, en casos así lo único que se puede hacer es acogerse a la misma.

Es por estas razones que se busca hacer una crítica profunda al testimonio anticipado, analizando su práctica respecto al debido proceso, derecho a la defensa y los principios que rigen el proceso y la prueba. De esta manera, determinar si se están cumpliendo con los derechos de las partes que se encuentran consagrados en la Constitución.

4. Estado del Arte o Estado de la Cuestión:

En cuanto al estado del arte, es importante indicar que solamente existen autores que se han referido al tema de manera conceptual y procedimental, en otras palabras, únicamente se logra definir que es el testimonio anticipado conceptualizado dentro del género de la prueba anticipada y como está funciona dentro de los procesos penales. A causa de esto, las distintas referencias doctrinarias se centran en cómo se desenvuelve el testimonio anticipado en el debido proceso y su relación con los principios procesales y derechos del procesado.

¹² Roger Pachay, Fausto Tamayo, Eulalia Pino. “*El testimonio anticipado de la víctima y la afectación de la igualdad ante la ley del procesado en el Ecuador*”. FIPCAEC, num.2. Vol.4. (2019) 1 – 19.

¹³ Enrique Sosa, *Juicio oral en el proceso penal*. (Buenos Aires: Astrea, 1994). 109 – 116.

De esta forma, el autor Eric Pérez, menciona que la prueba anticipada es aquella que, como cualquier otra prueba, debería ser practicada en la propia audiencia de juzgamiento; sin embargo, muchas veces existe necesidad que obligan a ser practicada antes de la audiencia¹⁴. Esto quiere decir, que la prueba anticipada es aquella prueba que debido a diferentes circunstancias debe ser aplicada con anterioridad para que no se pierda su aporte fundamental dentro del proceso.

Asimismo, el autor Simón Valdivieso complementa la prueba anticipada, hablando específicamente del testimonio anticipado, mencionando que el testimonio anticipado se debe practicar con presencia de la defensa y esta debe cumplir con el mismo proceso como si se llevara a cabo dentro de la etapa de juicio y respetando las garantías y principios procedimentales¹⁵. En otras palabras, no se pueden vulnerar el debido proceso y los derechos inherentes a las partes procesales.

Los autores García y Contreras, consideran que el debido proceso “constituye uno de los más frecuentes derechos fundamentales que impetran ante la justicia”¹⁶, en esta misma línea mencionan que estos derechos fundamentales tienen su sustento en garantías procesales que se deben practicar en cada proceso penal para así obtener seguridad jurídica frente al poder del Estado, buscando la equidad y la no arbitrariedad dentro del proceso.

Del mismo modo, Simón Valdivieso¹⁷ concuerda que el debido proceso son aquellas garantías que buscan la protección del ciudadano que está involucrado en el proceso penal, buscando la pronta administración de la justicia, aportando que el debido proceso otorga a las partes la oportunidad de ser escuchados, y poder exponer sus ideas ante un juez. Concluye que todos los organismos encargados de impartir justicia tienen la obligación de respetar esta garantía, ya que si no lo hacen no solo estarían violando el debido proceso, también se vulneraría la seguridad jurídica.

Como parte del debido proceso, Rafael Oyarte nos presenta el derecho a la defensa, que constituye “la imposibilidad de privar a las personas de su derecho de defensa, en ningún grado o etapa”¹⁸, sin embargo, menciona que el derecho a la defensa

¹⁴ Eric Pérez, *La prueba en el proceso penal acusatorio*. (Caracas: Vadell Hermanos, 2005).

¹⁵ Simón Valdivieso, *Los procesos penales. Los procedimientos en el código orgánico integral penal*. (Cuenca: CARPOL Editorial, 2017).

¹⁶ Gonzalo García y Pablo Contreras, *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno*. (Chile: Estudios Constitucionales, 2013).

¹⁷ Simón Valdivieso. *Los procedimientos en el Código Orgánico Integral Penal*. (Cuenca: CARPOL Editorial, 2014).

¹⁸ Rafael Oyarte, *Debido Proceso*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016).

involucra mucho más que eso, radica en el derecho que tienen los ciudadanos de conocer las acusaciones, imputaciones y en general cualquier petición que involucren la responsabilidad de la persona, como el derecho de poder presentar pruebas y contradecir aquellas que son presentadas en su contra.

Haciendo referencia al último concepto presentado por Rafael Oyarte, referente a la contradicción de la prueba, Eduardo López menciona que el principio de contradicción involucra que todo lo que se alegue en audiencia tenga la posibilidad de ser contradicha por su contraparte¹⁹. Esto haciendo alusión a que las partes tengan la misma oportunidad de presentar sus pruebas y contradecir la de sus contrincantes. De igual forma, estar presentes durante la práctica de la prueba para así poder defenderse en igualdad de condiciones.

Al tratar el tema de los principios procesales no se puede dejar fuera al principio de inmediación. Jorge Zavala²⁰, advierte que el juez no solo tiene la obligación de dirigir la práctica de la prueba, sino también debe tener un contacto directo con las partes procesales y con los terceros que intervienen en el proceso. En conclusión, el juez no solo debe tener un conocimiento directo del medio de prueba, sino, también de sus órganos, un ejemplo de esto es tener conocimiento del testimonio, medio de prueba, y del testigo visto como el órgano.

5. Desarrollo:

5.1 Generalidades:

5.1.1 El Testimonio:

El origen del testimonio es tan antiguo como la misma existencia del hombre. Desde un punto de vista teológico, el origen del testimonio se dio por primera vez en el Génesis y el interrogatorio al que Dios sometió a Adán y Eva por su crimen al consumir el alimento prohibido y por el cual fueron expulsados del paraíso. Es por esta razón que su práctica e incorporación en los ordenamientos jurídicos es justificado, permitiéndose su práctica en todos los casos en los que la ley no prohíba hacerlo.²¹

Referente al testimonio Tulio Liebman menciona que: “Testimonio es la narración que una persona hace de los hechos por ella conocidos, para dar conocimiento

¹⁹ Eduardo López, *Juicios orales en materia penal*. (México: IURE Editores, 2017).

²⁰ Jorge Zavala, *Tratado de derecho procesal penal*. (Guayaquil: EDINO, 2004).

²¹ Boris Barrios, *El testimonio penal*. (Panamá: Ancón Editorial Jurídica, 2005).

de los mismos a otros”²². El testimonio es un medio de prueba que solo puede ser rendido por una persona natural que haya percibido los hechos y haya sido llamada ante una autoridad para dar explicación de estos. De esta manera, el testimonio tiene un papel fundamental dentro del proceso, ya que sirve para darle esclarecimiento a los hechos sobre los que versa la controversia.

El testimonio tiene que analizarse desde un punto de vista objetivo y subjetivo, desde un punto de vista objetivo se debe asegurar que se cumplan con todos los requisitos y que pase por todos los procedimientos que establece la ley para que pueda ser practicada en audiencia de juicio. De la misma forma, se tiene que hacer un análisis subjetivo que tiene que analizar el factor humano, para así determinar cómo este puede ceder a las tentaciones y errar o decir hechos que no son verdad.

Es por eso por lo que el testimonio se basa en la presunción de la veracidad, esta presunción supone la dificultad que tienen las personas para inventar una mentira. Debido a esto se considera que si una persona se limita a manifestar la verdad en su testimonio solamente comunica lo percibió a través de sus sentidos, en cambio, al mentir sobre su testimonio este no solo debe decir lo que recuerda, también debe crear circunstancias diferentes que debe recordar y posteriormente comparar con los hechos del caso, en otras palabras, presupone una menor carga intelectual y un menor esfuerzo decir la verdad.

La presunción de la veracidad en este sentido establece que el ser humano está dotado de dignidad y ética en sus actuaciones y al momento de rendir su testimonio ante un tribunal actuará bajo este principio. El desconocer y suponer que un testigo está relatando un falso testimonio desde un principio, está vulnerando y yendo en contra de la evolución de las personas²³, y no se tendría claro si el testimonio cumple con su finalidad, reconstruir un hecho y generar certeza al juez.

5.1.2 El Testigo

El testigo es aquel que debe dar a conocer al juez los hechos ocurridos a través de una declaración²⁴. En otras palabras, se puede decir que un testigo es aquella persona que ha percibido información sobre un suceso por medio de sus sentidos de forma directa. A causa de esto, es incorrecto mencionar que un testigo es aquel que escuchó o vio un hecho

²² Tulio Liebman, *Manual de derecho procesal civil*. (Buenos Aires: Ejea, 1980)

²³ Boris Barrios, *El testimonio penal*. (Panamá: Ancón Editorial Jurídica, 2005).

²⁴ Claus Roxin, *Derecho procesal penal*. (Buenos Aires: Didot, 2019)

en concreto, ya que se estaría dejando de lado los otros sentidos por los cuales una persona logra captar información²⁵.

El testigo de esta manera es aquel que debe transmitir su conocimiento que ha recibido de manera sensorial. Un testigo no puede expresar su opinión sobre un hecho, ya que esta opinión carece de todo valor en términos de prueba, es por eso, por lo que el testigo al momento de transmitir los hechos al juez debe hacerlo únicamente como una experiencia vivida²⁶, ya que aquellos testigos capacitados para brindar su opinión sobre un tema son los testigos expertos o los peritos.

La definición dada sobre el testigo deja claro que aquella persona que vaya a relatar el conocimiento que percibió a través de sus sentidos al juez únicamente puede ser una persona natural, una persona jurídica no puede ser considerada un testigo porque no posee esta característica de poder percibir información a través de sus sentidos, en este caso, cuando se necesite un testimonio de una persona jurídica lo hacen las personas físicas que las representan²⁷.

Con respecto a la capacidad de las personas para poder testificar en juicio, la ley estipula que puede testificar toda personas que no la ley no prohíba. Esta capacidad de las personas para testificar no recae a criterio del juzgador o las partes, esta capacidad o incapacidad de ciertas personas para testificar en juicio debe estar declarada únicamente por la ley, al igual que las excepciones de declarar en contra de sí mismo o en el caso del silencio del deber legal de los abogados, médicos o los cónyuges, estas excepciones son facultadas únicamente por la ley.

5.2 Testimonio Anticipado en el Marco Constitucional:

La Constitución de la República del Ecuador es una norma de carácter *supra legal* que en ella se regulan los aspectos básicos y esenciales de cómo un Estado tiene que estar organizado, y cómo funciona su poder a través de las instituciones que lo conforman. Además, en la Constitución se encuentran los derechos fundamentales de las personas y las garantías para hacer efectivos estos derechos a través de las distintas instituciones del Estado²⁸.

Respecto a estos derechos fundamentales, Rafael Oyarte se pronuncia mencionando que estos no son establecidos por la Constitución, está únicamente se limita

²⁵ Eduardo Jauchen, *Procesal penal sistema acusatorio adversarial*. (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2015).

²⁶ Eduardo Jauchen, *Procesal penal sistema acusatorio adversarial*. (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2015).

²⁷ Jairo Parra, *Manual de derecho probatorio*. (Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2007)

²⁸ Hernán Salgado, *Lecciones de Derecho Constitucional*, (Quito: Editorial Abya Yala, 2003).

a reconocer los derechos que se establecen en los distintos tratados internacionales. Debido a esto, la Constitución no puede arbitrariamente privar a las personas de gozar de sus derechos fundamentales que por su calidad de persona se les atribuye²⁹.

Dentro de estos derechos fundamentales se encuentra el derecho al debido proceso, establecido en el Artículo 76 de la Constitución, estipulando las reglas y principios procesales que no pueden dejar de ser observados, caso contrario, se generaría una nulidad en el proceso por violar un derecho constitucional. El testimonio anticipado debe ser practicado basándose en el debido proceso, no obstante, muchas veces la práctica de este testimonio tiende a vulnerar el derecho a la defensa³⁰.

El derecho a la defensa estipulado como parte del debido proceso, se encuentra recogido en el Artículo 76 numeral 7, que establece cuáles son los derechos del procesado, entre los que resaltan sus numerales a y h, estableciendo que ninguna parte puede quedar en la indefensión ni vulnerarse su derecho de contradecir todo argumento o prueba que se presente en contra. La práctica del testimonio anticipado muchas veces suele hacerse sin la presencia del procesado, incluyéndose únicamente su defensor público, impidiendo la posibilidad de conocer los argumentos que se dicen en su contra y contradecirlos³¹.

5.3 Testimonio Anticipado en el Sistema Adversarial:

La implementación del sistema adversarial tiene su objetivo en la búsqueda de una decisión justa en cada caso. Este sistema estipula, según la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Artículo 10, que todo proceso penal debe ser público y realizarse frente a un tribunal independiente e imparcial³², siendo esto únicamente posible frente a un sistema oral, ya que como establece Eduardo Jauchen: “no puede haber publicidad sin oralidad, ni imparcialidad, sino solo cuando el procedimiento es adversarial”³³.

Dentro de un sistema adversarial, la prueba tiene una vital participación, ya que este es el medio que se utiliza para darle certeza y respaldar la acusación que se está realizando, siendo necesario que el tribunal a cargo del caso tenga pleno conocimiento de la práctica de la prueba, y con la obligatoriedad de que haya un debate oral contradictorio

²⁹ Rafael Oyarte, *Debido Proceso*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016).

³⁰ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³¹ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³² La Declaración Universal de Derecho Humanos. 1948.

³³ Eduardo Jauchen, *Estrategias para la defensa en juicio oral*. (Santa fe: Rubinzal – Culzoni, 2015).

de los medios de prueba que se presenten en juicio, haciendo un elemento clave de este sistema oral la figura del conainterrogatorio³⁴.

El testimonio anticipado es una clara vulneración al sistema oral adversarial, ya que su práctica se lleva a cabo no mediante un debate oral, sino a través de un tercero, quien es el especialista en la toma de la declaración dentro de un ambiente controlado, realizado generalmente en una 'Cámara de Gessell'. Este testimonio anticipado no permite un conainterrogatorio adecuado, ya que si se tiene alguna objeción esta se la debe hacer llegar al tercero que está tomando la declaración, y muchas veces forma parte de su criterio si realiza el cuestionamiento de la contraparte o no.

De esta forma, no solo se está violando la oralidad y el objetivo del sistema adversarial de buscar una decisión justa para cada caso y evitar la arbitrariedad o la oficialidad del tribunal, ya que el juez presente en la práctica del testimonio anticipado es uno distinto al tribunal que va a estar presente en la audiencia de juicio, perdiéndose la imparcialidad y la igualdad procesal entre las partes.

El sistema adversarial de igual manera tiene su fundamento en el principio de presunción de inocencia del procesado, que debe ser respetado en todas las etapas del proceso hasta que se dicte una sentencia que revoque su estado de inocencia. El testimonio anticipado muchas veces es utilizado por los fiscales como un modo de anticiparse a una acusación, buscado un culpable antes que los hechos que lo vinculen. De esta manera, el testimonio anticipado se encontraría violando este principio, al usar un medio de prueba donde se condene a alguien que aún no ha sido vinculado a un proceso.

Otra principio fundamental del sistema adversarial es la igualdad de armas, ya que busca dotarle al procesado de los mismos medios para poder encontrar sus pruebas y poder plantear una defensa. El testimonio anticipado que se realiza a la víctima en la etapa pre procesal priva muchas veces al procesado de su principio de igualdad de armas, ya que, al ser practicada sin la presencia del procesado, vulnera la posibilidad de contradecir esta prueba, permitiendo que la contraparte tenga una prueba que no se pueda tratar sobre su fondo en la audiencia de juicio.

5.4 Testimonio Anticipado en el Sistema Acusatorio:

El sistema acusatorio es conocido históricamente como el primer sistema que regula el proceso penal. Este sistema cuenta con una serie de características que han ido evolucionando a lo largo del tiempo. Entre sus principales características se encuentran

³⁴ Ibidem.

la división o separación de roles, donde el juez deja de ser el portador de la acción penal, y se convierte en un mero observador de lo que ocurre en el proceso, de esta forma, su nuevo rol recae en ser el titular de la decisión que se toma en juicio con base en las pruebas presentadas³⁵.

De igual forma, este sistema procesal se diferencia de los demás en que la capacidad de acusar, que al inicio recaía en responsabilidad únicamente del sujeto pasivo y de los familiares de este. Posteriormente, la capacidad de iniciar un proceso penal pasó a formar parte de la capacidad de todas las personas, haciendo una clara distinción entre lo que ahora se conoce como los delitos de acción privada y los delitos de acción pública. En otras palabras, el inicio de la acción penal es fundamental, ya que sin ella no existiría un proceso.

El sistema penal acusatorio ecuatoriano posee una característica relevante, como ya se ha mencionado, que es la separación de las funciones, de forma tal que, cada órgano del Estado tiene su función propia y específica. Como consta en el Artículo 195 de la Constitución³⁶, el Estado a través de la Fiscalía General del Estado tiene como misión dirigir la investigación pre procesal y procesal, y a su vez, es el encargo de impulsar la acción penal en el juicio, con el objetivo de llevar al convencimiento al juez de la existencia de un delito.

Por otro lado, como se mencionó con anticipación, la potestad de administrar justicia recae únicamente en la función judicial y en los jueces que la conforman, teniendo la obligación de hacer efectivo las garantías y principios del debido proceso, velando siempre porque se respeten los derechos de las partes procesales, tanto víctima como procesado.

A causa de esto, la doctrina se pronuncia sobre el sistema acusatorio mencionando que es “[...] aquel en el que se verifican de mejor manera las garantías del procesado sin sacrificar el derecho que le asiste a la sociedad [...]”³⁷, este sistema hace efectivo y adopta la gran mayoría de los principios recogidos en la Constitución por medio de un proceso

³⁵ Jorge Zavala, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. (Guayaquil: EDINO, 2004).

³⁶ Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

³⁷ Alejandro Venegas Franco, “Prólogo”, en *Sistema Penal Acusatorio* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2005), 15 – 17.

completamente oral, se busca tanto la agilidad como la igualdad de las partes, dándoles la misma oportunidad dentro del proceso.

Con respecto al testimonio anticipado, una de las principales características del sistema penal acusatorio radica en que, en materia probatoria, únicamente se considera prueba a los hechos o cosas introducidas en la etapa de juicio. Por consiguiente, los hechos obtenidos en una etapa externa a la de juicio únicamente puede tener la oportunidad de convertirse en prueba cuando esta sea practicada frente a un juez en el transcurso del juicio oral en la etapa de juicio³⁸.

De igual forma, con respecto a los testimonios presentados en la etapa previa a la audiencia de juicio, no puede tener el valor de prueba hasta que no se cumpla con uno de los principios rectores del sistema penal acusatorio, la contradicción. Esto quiere decir que, desde el punto de vista del sistema acusatorio, se puede permitir la prueba anticipada siempre que esta sea contradicha sin tomar en cuenta los demás principios que rigen el proceso penal³⁹, violando así el debido proceso, dejando de lado a la inmediación.

5.5 Testimonio Anticipado y la Revictimización:

La revictimización en términos generales se produce cuando la víctima aparte del delito que se comete en su contra sufre un daño posterior a causa de las personas que está encargado de la administración de la justicia⁴⁰, al exponer a la víctima a un proceso donde tiene que constantemente revivir los hechos de la vulneración a su derecho, y teniendo que volver a tomar en cada etapa este rol de víctima, evitando que esta pueda superar esta faceta.

La no revictimización es un derecho constitucional recogido en el Artículo 78 de la Constitución, donde se establece que: “Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, [...]”⁴¹, además, el Estado tiene la obligación de establecer un sistema adecuado para la protección de las víctimas y darles la asistencia que requieran dentro del proceso para que no tengan que sufrir de esta revictimización. Es decir, busca evitar la revictimización y la reparación integral de la víctima.

³⁸ Juan David Riveros Barragán, María Alejandra Encinales Jaramillo. “Reflexiones sobre la jurisprudencia relacionado con el régimen probatorio en el marco de la ley 906 de 2004, sistema penal acusatorio”, en *Sistema Acusatorio y Jurisprudencia*. (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010), 31- 42.

³⁹ Juan David Riveros Barragán, María Alejandra Encinales Jaramillo. “Reflexiones sobre la jurisprudencia relacionado con el régimen probatorio en el marco de la ley 906 de 2004, sistema penal acusatorio”, en *Sistema Acusatorio y Jurisprudencia*. (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010), 31- 42.

⁴⁰ Dalia B. Carrasco, “La no revictimización de las mujeres en México”, Vol. 21, núm. 4, (2020), 1 – 10.

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

El derecho a la no revictimización surge debido a la petición de la acción penal por parte de la Fiscalía, como ya se ha mencionado en el capítulo anterior, es el encargo de impulsar la acción penal, realizar la investigación y, por consiguiente, una pena por la infracción cometida. En este sentido, la Fiscalía reemplaza a la víctima en su actuación dentro del proceso penal, pasando la víctima a un rol indirecto que debe ser protegido⁴².

Con respecto a la prueba que se obtiene mediante el testimonio de la víctima, en el Ecuador, el testimonio de las víctimas debe primar ante todo el derecho de la no revictimización, para proteger a la víctima durante su declaración y no se provoque una doble victimización a causa de los maltratos de los funcionarios que imparten justicia. A causa de esto, se protege a la víctima desde la presentación de la denuncia efectuada en un ambiente privado, hasta la audiencia de juicio, permitiendo a la víctima rendir su declaración en un ambiente privado, muchas veces excluyendo al procesado⁴³.

El testimonio anticipado en el sistema penal ecuatoriano busca precisamente esto, evitar la revictimización de la víctima a la cual se le han vulnerado sus derechos, ya sea su integridad física, psíquica, moral o sexual. La toma del testimonio anticipado se lleva a cabo en un ambiente privado y controlado, dirigido principalmente por un psicólogo o psicóloga que a su vez son los interlocutores del testimonio de la víctima, que buscan otorgar a la víctima no solo seguridad, sino protección en contra del procesado y la intimidación que este pueda provocarle.

Sin embargo, el testimonio anticipado en un sistema penal como el ecuatoriano donde se favorece al imputado, deben aplicarse medios de prueba que puedan ser utilizados para la obtención de pruebas en juicio sin vulnerar los derechos de la víctima, principalmente el de no revictimización. El testimonio anticipado, es un medio de prueba que favorece a la víctima, pero en muchas ocasiones el derecho de no revictimización que resguarda el testimonio anticipado se contraponen con el derecho del imputado de contradecir la prueba que hay en su contra.

5.6 Testimonio Anticipado frente al Derecho a la Defensa:

El punto de partida del derecho a la defensa dentro del proceso penal inicia con la imputación, este derecho a la defensa se considera como la facultad que tienen las personas de poder intervenir en el proceso, ya sea de manera personal o a través de un

⁴² Alberto Bovino, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. (Buenos Aires: Editores del puerto, 2005), 84 - 85.

⁴³ Alexander Rodríguez. *Derechos de las víctimas en el proceso penal*. Ed. Johana Pesantes Benítez. (Quito: Ministerio de Justicia, Derecho humanos y Cultos, 2013)

tercero profesional en el derecho, y así poder proteger su libertad y defenderse de cualquier acusación que se haga en su contra⁴⁴.

El derecho a la defensa se encuentra recogido en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución, donde se busca proteger al procesado de cualquier tipo de arbitrariedad que pueda ocurrir en cualquier etapa del juicio por parte de los servidores de justicia. El derecho a la defensa busca que el procesado tenga las herramientas para poder actuar en igualdad de condiciones con su contra partes, y poder buscar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra en el mismo tiempo y lugar, y de esa manera buscar que se ratifique su estado de inocencia.

La práctica del testimonio anticipado vulnera al derecho a la defensa del procesado desde la etapa pre procesal, al practicarse el testimonio anticipado, muchas veces sin la presencia del procesado, violándose no solo el derecho del procesado de estar presente en toda etapa del proceso, también vulnerándose su derecho a conocer las prueba que se están actuando en su contra y poder contradecirlas.

En varias ocasiones en donde no hay un sospecho como tal, ya que al encontrarnos en una etapa pre procesal donde únicamente hay la existencia de indicios, no hay vinculación directa del sospechoso, aun así, se practica el testimonio anticipado, dejando en indefensión a la contraparte que puede ser vinculado al proceso por el testimonio que se practicó en una etapa investigativa, imposibilitando que este pueda plantear una defensa o presentar una prueba en contra del testimonio anticipado.

5.7 Testimonio Anticipado y su vulneración a los Principios Procesales:

El testimonio anticipado es un medio de prueba que favorece a la víctima, por esta misma razón, la doctrina y la jurisprudencia ha llegado a cuestionar su práctica y como está vulnera los derechos del procesado, principalmente el de contradicción y el de inmediación, principios que son considerados como pilares dentro del sistema procesal penal acusatorio ecuatoriano que a continuación se analizarán.

5.7.1 Contradicción:

El principio de contradicción inicia desde la misma acusación, que es el acto “en el cual el actor dirige una imputación concreta y determinada en contra del acusado.”⁴⁵ La contradicción es un principio que protege a ambas partes procesales, ya que permite a ambas partes presentar pruebas y poder contradecir las que se presenten en su contra. A

⁴⁴ Verónica López Yagüs, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, (San Vicente del Raspeig: Universidad de Alicante, 2002).

⁴⁵ Jorge Vázquez Rossi, *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 1995).

través de este debate entre las partes el juez mediante la observación logra determinar la verdad de los hechos que se discuten, llegando así a tomar una decisión sobre el caso.

El principio de contradicción es parte de la tutela judicial efectiva y por ende del derecho a la defensa, que debe estar contemplado y garantizarse desde la etapa pre procesal o de investigación previa. El COIP establece en el artículo 444 numeral 7⁴⁶, como una de las atribuciones del fiscal, el poder solicitar testimonios anticipados al juez, velando siempre por los principios de inmediación y contradicción. Del mismo modo, en el artículo 502 numeral 2, establece los casos taxativos en los cuales el fiscal puede solicitar el testimonio anticipado.

El COIP establece los casos en los que se puede solicitar testimonio anticipado en una etapa previa a la etapa de juicio, debido a esto es complicado poder asumir que se respeta el derecho de contradicción en todos los casos. Por un lado, muchas veces este testimonio anticipado es solicitado en la etapa de investigación previa, donde en varias ocasiones el fiscal aún no tiene un sospechoso claro, y la única vinculación entre los indicios y el sospechoso va a ser el testimonio anticipado que rinde la víctima.

Por otro lado, frecuentemente los expertos que realizan el testimonio anticipado de la víctima pueden manipular o influenciar en su declaración y en los hechos, haciendo que la víctima introduzca eventos nuevos que permita al fiscal acusar de un delito a una persona, sin el conocimiento real de los hechos. Es por esto, que a pesar de que el testimonio anticipado logre evitar la revictimización, muchas veces es perjudicial para la contraparte.

Otro problema referente a la práctica del testimonio anticipado en la etapa de investigación radica en el hecho de que no existe como tal un acusado para que pueda ejercer su defensa, y contradecir las pruebas que se están presentando en su contra. Esto se debe al hecho de que los defensores públicos presentes en el testimonio anticipado no conocen a su defendido, por lo mismo, no conocen los hechos desde el otro punto de vista y esto imposibilita el realizar una defensa correcta.

De la misma forma, la recepción de preguntas que se hacen a la víctima en el testimonio anticipado se las hace con la presencia de un juez de control, quien es el encargado de valorar las preguntas que hace el defensor público para apelar. En este punto

⁴⁶ COIP, artículo 444 numeral 7: Atribuciones de la o el fiscal. - Son atribuciones de la o el fiscal, las siguientes: Solicitar a la o al juzgador, en los casos y con las solemnidades y formalidades previstas en este Código, la recepción de los testimonios anticipados aplicando los principios de inmediación y contradicción, así como de las víctimas de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

se vuelve a vulnerar el derecho a la defensa, ya que, sin un procesado como tal el defensor público no puede proceder con un contrainterrogatorio adecuado.

El testimonio anticipado consiste en la facultad del tribunal de recibir pruebas previas al debate oral, sin perjuicio de que sean introducidas posteriormente con valor de prueba en el juicio⁴⁷. Esto quiere decir, que la prueba anticipada ya no se va a repetir en juicio, únicamente el tribunal tiene la facultad de valorar la prueba. Esto vulnera el derecho de contradicción, ya que en la etapa de investigación previa no existe un procesado como tal, y ya se está creando un nexo causal entre los hechos y el delito, vinculando al procesado sin que este pueda contradecir lo que se declare en el testimonio.

En síntesis, el derecho de contradicción del acusado se encuentra mermado al no poder estar presente en la práctica del testimonio anticipado, sin embargo, se considera muchas veces que la sola presencia del defensor público, quien actúa en representación de su defendido, es suficiente para cumplirse con la contradicción. Esto puede considerarse como un adelanto de la necesidad de los fiscales de buscar una condena en vez de buscar la verdad. El testimonio anticipado al momento de ser introducido en la etapa de juicio, como se mencionó, el tribunal únicamente lo valorará.

5.7.2 Inmediación:

La inmediación como un principio rector del proceso penal y fundamental en el sistema acusatorio ecuatoriano, se basa en cómo el juez percibe la práctica de la prueba en juicio para poder tomar una decisión, con base en los hechos expuestos, pruebas y las refutaciones a las mismas. Asimismo, este principio engloba a la prueba, mencionando que únicamente se considera como prueba aquella que haya sido practicada en la etapa de juicio y se haya introducido de forma pública, oral, concentrada y basada en la confrontación de las partes⁴⁸.

La doctrina de esta manera deja claro que el principio de inmediatez aplica para las partes procesales y la prueba, entendiéndose a los sujetos procesales como el accionante de la acción penal, en este caso la Fiscalía General del Estado, que actúa en representación de la víctima. En segundo lugar, se encuentra la defensa del procesado que actúa en representación del procesado que es sobre quien recae la acción penal.

⁴⁷ Jorge Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, (Santa Fe, 2008).

⁴⁸ Juan David Riveros Barragán, María Alejandra Encinales Jaramillo. “Reflexiones sobre la jurisprudencia relacionado con el régimen probatorio en el marco de la ley 906 de 2004, sistema penal acusatorio”, en *Sistema Acusatorio y Jurisprudencia*. (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010), 31- 42

Asimismo, la inmediación tiene una doble dimensión, inmediatez subjetiva e inmediatez objetiva. La primera hace referencia a la percepción que tiene el juez sobre los hechos y pruebas del caso por sus propios sentidos, y el contacto directo que tiene con las partes, mientras que la inmediatez objetiva se basa en cómo el juez entiende la prueba directamente de la fuente donde se encuentra la información, el contacto directo que debe tener el juez con las pruebas sobre las que versa el debate⁴⁹.

La inmediatez menciona que para la práctica de la prueba debe estar presente en todo momento las partes y el juez o tribunal a cargo. Sin embargo, en el testimonio anticipado no se tiene claro cómo es su manejo en la investigación previo, lo único que establece el artículo 502 numeral 2 del COIP es que se puede realizar, en pocas palabras, a aquellas personas que no puedan acercarse a rendir testimonio en un juicio. No se sabe bien ante qué juez se debe practicar el testimonio anticipado, por lo general se hace ante un juez de control, distinto al tribunal que valorará la prueba en la etapa de juicio.

Al ser un juez diferente al tribunal penal el que realiza la práctica de la prueba, no solo se está violando el principio de inmediatez procesal, también se estaría vulnerando el principio de concentración de la prueba, que establece que todas las pruebas que corresponden al proceso deben ocurrir en la etapa de juicio, en un solo acto y de manera continua, donde las pruebas deben practicarse como si fueran un todo, para tener una teoría del caso más cercana a los hechos.

El testimonio anticipado divide la prueba, ya que es un testimonio que es practicado en una etapa previa y se divide de las que son practicadas en la etapa de juicio, creando así una disrupción con la valoración de la prueba en un conjunto, teniendo la obligación el tribunal de aceptar una prueba que fue practicada por un juez independiente al tribunal competente.

6. Recomendaciones:

Como recomendaciones, la práctica del testimonio anticipado deberá practicarse antes de la etapa de juicio oral pero después de dictarse una acusación ante un juez de conocimiento. De esta manera se logrará subsanar la violación a la contradicción al realizarse su práctica en la etapa pre procesal donde aún no existe un procesado.

De igual forma, es fundamental que la práctica del testimonio anticipado se actúe siempre con la presencia del procesado, ya que la mera presencia del defensor público

⁴⁹ Mauricio Decap Fernández, “*El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción*”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, (2014) 1 – 20.

como representante de sus derechos no es suficiente para poder ejercer correctamente el principio de contradicción.

Por último, con respecto a los profesionales que son los encargados de practicar el testimonio anticipado, deben realizar las preguntas y recopilación de los hechos velando por el bienestar siempre de la víctima, para no plantear ningún tipo de pregunta que puede generar la revictimización.

7. Conclusiones:

En conclusión, el testimonio anticipado es un medio de prueba que, como ya se ha mencionado, favorece a la víctima buscando principalmente la no revictimización a la que puede ser expuesta en las etapas del derecho procesal penal y, a su vez, asegurar el testimonio de testigos, peritos y policías claves para el proceso que no puedan estar presentes en la audiencia de juicio, con el objetivo de que no se presida de la importancia de su testimonio.

Sin embargo, con base en la doctrina y la jurisprudencia, el testimonio anticipado tiene una gran vulneración a los principios de intermediación y contradicción, por ende, va en contra del sistema acusatorio y adversarial que rige el derecho procesal penal ecuatoriano. Además, hay vacíos legislativos sobre cómo debe ser la práctica del testimonio anticipado en la etapa pre procesal, ya que únicamente se menciona en un plano general el qué es el testimonio anticipado, y los supuestos en los que se puede pedir su práctica anticipada al juez.

El derecho a la defensa en la práctica del testimonio anticipado se encuentra gravemente vulnerado, y en un sistema penal como el ecuatoriano, donde se favorece al procesado, no se puede pensar en mantener una prueba en la que se vulneran los principios y derechos más importantes, creando nexos causales entre los hechos y el procesado que no pueden ser refutados en una audiencia de juicio, y lo único a lo que puede acogerse el acusado es buscar otros medios de prueba para intentar aclarar los hechos sobre los que versa el testimonio anticipado.

De esta manera se responde al cuestionamiento planteado al inicio del paper, al determinar cómo la práctica del testimonio anticipado en las etapas pre procesal se vulnera el derecho a la defensa, al debido proceso y los principios que lo rigen, por el contrario, también se determinó como la práctica del testimonio anticipado también resguarda el derecho de la víctima y la no revictimización, siendo un medio de prueba necesario, pero con la necesidad de que se regule y se practique de una mejor manera.

Como limitaciones del trabajo se lograron identificar la poca información referente al procedimiento del testimonio anticipado, al igual que fuentes doctrinarias que basen su estudio únicamente en el estudio del testimonio anticipado. Asimismo, la legislación ecuatoriana no le da un tratamiento adecuado al testimonio anticipado más que mencionar en qué casos se puede solicitar y no se hace referencia alguna al medio en el que se realizan, como es el caso de la cámara de Gessell.