

DOI: <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v4i4.142>

El testimonio anticipado de la víctima y la afectación de la igualdad ante la ley del procesado en el Ecuador

The anticipated testimony of the victim and the affectation of equality before the law of the accused in Ecuador

O testemunho antecipado da vítima e a afetação da igualdade perante a lei do acusado no Equador

Roger Antonio Pachay-Ortiz ¹

rogerpachay@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-5788-9419>

Fausto Mauricio Tamayo-Vásquez ²

fm.tamayo@uta.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0003-1987-160X>

Eulalia Dolores Pino-Loza ³

ed.pino@uta.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-4630-7409>

Correspondencia: rogerpachay@hotmail.com

* **Recepción:** 27/ 10/ 2019 * **Aceptación:** 24/11/ 2019 * **Publicación:** 03 /12/ 2019

- 1 Abogado de los Tribunales del Ecuador, Egresado de la Maestría de Derecho Laboral, Diplomado en Derecho y Técnica Aduanera, Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena, Diploma Superior en Contratación Laboral, Especialista en Consultoría Jurídico Laboral, Magíster en Derecho Penal y Criminología, Gerente de Consorcios y Empresas de Asesoría Legal, Fiscal de Manabí, Cursando Estudios de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Zulia, Venezuela, Ecuador.
- 2 Doctor en Ciencias de la Educación, Abogado de los Tribunales de Justicia del Ecuador, Máster en Proyectos Educativos, Sociales y Financieros, Máster en Gestión Financiera, Máster en Derechos Humanos, Globalización y Políticas Públicas, Cursando Estudios de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Zulia, Docente Titular de la Universidad Técnica de Ambato, Ambato, Ecuador.
- 3 Doctora P.Hd. en Ciencias de la Educación, Licenciada en Trabajo Social, Máster en Psicología Educativa, Docente Titular de la Universidad Técnica de Ambato, Ambato, Ecuador.



Resumen

El objetivo general fue evaluar el testimonio anticipado de la víctima y la afectación de la igualdad ante la ley del procesado en el Ecuador. El estudio es relevante ya que este es un medio probatorio por excelencia, el cual debe ser incorporado conforme al principio de legalidad de pruebas, entre estos, el de inmediación y contradicción, en resguardo del derecho de defensa. Los objetivos específicos del estudio, dan cuenta sobre los fundamentos de actuación de las partes en el proceso penal ecuatoriano, el examen de los estamentos legales y teóricos de intervención de las víctimas, mediante la figura del testimonio anticipado y su relevancia para el juzgamiento de la conducta humana, analizados bajo el principio de igualdad ante la ley. Los resultados del estudio de tipo documental-bibliográfico, permitió la discusión acerca de las garantías del proceso y la intervención de las víctimas en el nuevo esquema procesal penal. La conclusión alerta sobre la necesidad de evitar algunas ventajas que ofrece este excepcional medio de prueba al ofendido del delito, que atenta contra el derecho a la defensa, y los principios de inmediación y contradicción propios del Estado de derechos y de justicia.

Palabras clave: Testimonio anticipado; víctimas; igualdad; proceso penal.

Abstract

The general objective was to assess the anticipated testimony of the victim and the involvement of equality before the law the processing in the Ecuador. The study is relevant because this is a probative means par excellence, which must be incorporated in accordance with the principle of legality of evidence, among these, the immediacy and contradiction, to safeguard the right of defence. The objectives specific to the study, realize on the fundamentals of performance of the parties in the Ecuadorian criminal process, the review of legal and theoretical levels of intervention of victims, through the figure of the early testimony and its relevance Judging of human behavior, analyzed under the principle of equality before the law. The results of the study of documental-bibliografico type, allowed the discussion about the guarantees of the process and the involvement of victims in the new criminal procedural scheme. The conclusion warns of the

need to avoid some of the advantages that offers this exceptional means of proof to the victim of the crime, that violates the right to defense, and the principles of immediacy and contradiction characteristic of the State of rights and justice.

Key words: advance testimony; victims; equality; criminal proceedings.

Resumo

O objetivo geral era avaliar o testemunho antecipado da vítima e a afetação da igualdade perante a lei do acusado no Equador. O estudo é relevante, pois trata-se de um meio probatório por excelência, que deve ser incorporado de acordo com o princípio da legalidade da evidência, entre eles o de imediatismo e contradição, em defesa do direito de defesa. Os objetivos específicos do estudo são os fundamentos da ação das partes no processo criminal equatoriano, o exame dos níveis legais e teóricos de intervenção das vítimas, por meio da figura do testemunho antecipado e sua relevância para o julgamento do caso. comportamento humano, analisado sob o princípio da igualdade perante a lei. Os resultados do estudo documental-bibliográfico permitiram discutir as garantias do processo e a intervenção das vítimas no novo esquema de processo criminal. A conclusão alerta para a necessidade de evitar algumas vantagens oferecidas por esse meio excepcional de prova ao infrator do crime, que viola o direito à defesa, e os princípios de imediatismo e contradição típicos do Estado de direitos e justiça.

Palavras-chave: Testemunho precoce; vítimas; igualdade; processo criminal

Introducción

La igualdad, el debido proceso y la defensa, llevan a reflexionar sí ante la materialización del testimonio anticipado de la víctima, el Estado ha incurrido en trato diferenciado, cuyo fundamento axiológico es injustificado, pudiendo generar, en consecuencia, ciertos excesos plausibles de ser enmendados, a fin de no incurrir en la afectación de un bien vital como el de la dignidad humana, pues cabe destacar que el sistema de normas siempre será perfectible, suscitándose en consecuencia la necesidad del análisis propuesto.



El análisis del testimonio anticipado de la víctima y la afectación de la igualdad ante la ley del procesado en el Ecuador, es el objetivo general del artículo, en razón de lo cual se emprendió un estudio de tipo documental-bibliográfico, ya que, mediante la revisión de la doctrina especializada, de manera sistemática, rigurosa y profunda se puede abarcar científicamente el estudio de diferentes fenómenos.

De acuerdo con esto, el principal insumo de la investigación, fueron los textos que contienen información calificada sobre el complejo entramado del testimonio anticipado y la relación que existe entre el respeto a la igualdad del procesado y el derecho de la víctima, comprendiendo lo establecido en la doctrina y los distintos instrumentos legales (de orden internacional y patrio), que regulan esta materia.

La originalidad del estudio entonces encuentra su razón de ser en el enfoque, criterios, conceptualizaciones, reflexiones, conclusiones, recomendaciones y, en general, en el pensamiento del autor, que ha sido recreado a partir de la bibliografía consultada.

Respecto de las consideraciones que anteceden, se aplicó el método inductivo que “va de lo particular a lo general” (Hernández, Fernández y Baptista, 2010:25), en el análisis de los fundamentos de actuación del fiscal en el proceso penal ecuatoriano y de la intervención de las víctimas en el mismo.

De igual modo, se utilizó el método analítico-comparativo, respecto de la información relativa al testimonio anticipado de la víctima y a la vigencia de los postulados del Sistema de Administración de Justicia Penal, entorno a los derechos del imputado o procesado, quien debe estar en igualdad de condiciones para enfrentar el ejercicio del poder punitivo del Estado, por lo que las fuentes examinadas son de carácter secundario, atendiendo al contenido de los textos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales.

Es así, como la técnica empleada fue la de observación documental, lo que permitió aplicar el análisis de contenido, en el cual se apoyan los comentarios del investigador, respecto de la interpretación del criterio de los juristas sobre el valor del testimonio anticipado de la víctima, que ha sido contrastado con el derecho a la igualdad del procesado, logrando conceptualizaciones o proposiciones propias, previa una verificación rigurosa del bagaje teórico sometido a dicho

método, necesarias para la emisión de las principales conclusiones y recomendaciones del estudio.

Metodología de la Investigación

La metodología empleada se sustentó desde la descriptiva documental, expuesta por Hernández Sampieri, Fernández Collado & Baptista (2014), como la tipología investigativa que permite analizar diversos entes observables en la realidad, siendo estos constituidos por personas, comunidades, documentos, entre otros. Para tal fin se apoyó en un diseño bibliográfico que permitió recolectar información inherente al objeto de estudio.

Fundamentos de actuación de las partes en el proceso penal ecuatoriano.

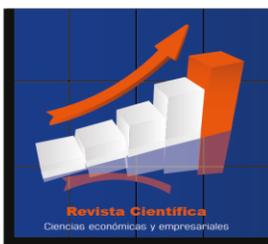
El proceso penal que se ha adoptado en el Ecuador, se ha sentado sobre bases sólidas que encuentran su fundamento en el garantismo penal de Ferrajoli, que imponen una serie de límites, entre estos el reconocimiento de los principios constitucionales y los que se imponen en los instrumentos internacionales de derechos humanos, legitimando la intervención del Estado, en un principio de gran calado a nivel internacional como lo es el de mínima intervención penal, propendiendo a la utilización del derecho penal como *ultima ratio*, conforme lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del Código Orgánico Integral Penal (en lo sucesivo COIP).

No en vano, el artículo 1 del COIP, establece entre sus principales objetivos: “normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas”.

De lo transcrito, se desprenden los principales rasgos del proceso penal, el primero, hace alusión a los límites que hoy se imponen al ejercicio del *ius puniendi*, lo que se inscribe en la línea impuesta por la Constitución de la República del Ecuador desde el año 2008 (en lo sucesivo CRE), relativa a la preservación de todas las garantías del derecho al debido proceso, como derecho humano fundamental, en consecuencia, el artículo 76 establece textualmente:

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

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (...)



En este plano, cada garantía, entre las que destaca, la presunción de inocencia, la legalidad del delito y de la pena, la validez o legitimidad de los medios de pruebas obtenidos, la favorabilidad en caso de conflicto entre normas, la proporcionalidad de las penas y la defensa, permitirá el aseguramiento de la igualdad de las partes en el proceso, que es un ideal de justicia que ha marcado la historia del juzgamiento.

En estricta relación con este objetivo, ha perfilado el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, por lo que se deben asegurar un conjunto de garantías que, tanto en la constitución como en el texto penal del Ecuador, hacen gala de las buenas intenciones que han tenido los legisladores patrios. Si se listaran cada una de estas condiciones, se entendería la complejidad de la instrumentación del proceso.

Las víctimas en el proceso penal ecuatoriano.

Se dispone al final de la norma en examen, la reparación integral de las víctimas, lo que ha constituido uno de los desafíos más apremiantes del Sistema de Administración de Justicia, y así lo expresa la Exposición de Motivos del COIP, al referir:

Que la Constitución prescribe en el artículo 78 que las víctimas de infracciones penales tendrán derecho a protección especial, a no ser revictimizadas y a que se adopten mecanismos para una reparación integral que incluya el conocimiento de la verdad, restitución, indemnizaciones, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado;(...)

Sin embargo, la reparación como finalidad, es apenas una de las caras de la protección que se le debe a este especial actor del proceso, adicionando en este sentido que: “la mediación y la negociación como mecanismos con entidad realizadora de los postulados de un modelo de justicia restaurativa, ...en la práctica conducen a la repersonalización del conflicto y que pueden incluir el resarcimiento económico o moral” (Roxin,1992:71), con lo cual se aborda un aspecto de especial interés para el proceso como lo es la resocialización del penado, que bajo estas formas debe afrontar personalmente las consecuencias de sus conductas mediante la reparación de los daños ocasionados.

Según refiere Binder (2012), la víctima, en los años que perduró el proceso de corte inquisitivo, fue un convidado de piedra en su propio conflicto, cuando el Estado absoluto, monopolizó el

conflicto penal. De aquí que, las legislaciones que han sufrido reforma en América Latina, iniciadas a finales del siglo XX, específicamente, en el año de 1993 en Guatemala, y que desembocaran en Ecuador en el año 2014, han extremado las garantías en favor de la víctima.

Refiere Zaffaroni, Alagia y Slokar (2006:233), que las nuevas legislaciones, pasan por el periodo de renacimiento de la víctima en el proceso penal, en el sentido de que este redescubrimiento, interpreta el protagonismo que si tuvo en otras épocas históricas, en el llamado sistema de composición y como acusador privado, para lo cual basta con recordar que: “el modelo de solución de conflictos se sostuvo mientras no se generó un poder central verticalizante, pero cuando éste apareció y cobró suficiente fuerza, confiscó a la víctima mediante el modelo punitivo”, apenas se mantuvo la acción civil y la querrela, instituciones, por lo demás, engorrosas, para garantizar alguna forma de participación en el juicio penal.

La victimología, dispone una nueva discusión político criminal en torno a este tema, poniendo su acento en la protección, restitución y compensación de la víctima. Toda esta atención, de igual modo perfila a los sistemas de enjuiciamiento a la búsqueda de mecanismos que garanticen la intervención eficaz en el proceso y el reconocimiento de los derechos que le asisten.

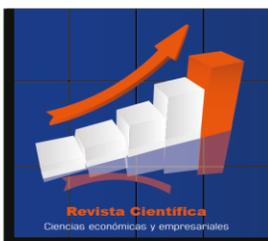
Explica acertadamente Duce (2005), que la justicia debe estar al servicio de los ciudadanos, para lo cual debe establecer una nueva relación con estos, tanto con los imputados como con las víctimas de delitos, para lo cual debe equilibrar la atención bajo los parámetros de una sociedad democrática.

En este sentido, las víctimas en el proceso penal adversarial que se ha instrumentado en el Ecuador, cuentan con especial protección, así el artículo 78 de la CRE, reconoce 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, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

Son estas condiciones, las que se imponen como garantías de los derechos de las víctimas, y a las cuales se deben los operadores de justicia, ya que se coloca en el epicentro del proceso a este especial sujeto, evitando la confiscación de su conflicto, bajo los argumentos de actuación del



representante de la vindicta pública como salvaguarda del bien común, del interés general, de la sociedad, entre otros, que como lo expresa Binder (2012), desplazan la atención a otros fines abstractos y no concretos, como la defensa de los intereses de la persona que ha padecido en carne propia el conflicto.

El fiscal, bajo este nuevo paradigma se debe concretamente a la defensa de los intereses de la víctima, permitiendo que esta intervenga activamente en el proceso penal, garantizando que esta sea oída en el proceso, y que cada actuación sea un reflejo de sus pretensiones, en este campo, las pruebas, su recolección y tratamiento, serán una de las manifestaciones más contundentes del acogimiento de esta nueva concepción.

El testimonio anticipado de la víctima y su relevancia en el proceso penal ecuatoriano.

Entre el acervo probatorio que se ha instrumentado en el COIP, para la protección de los derechos de las víctimas, se encuentra el testimonio anticipado o urgente, el cual señala Parra (2007:385) es un medio probatorio excepcional, que está asociado con la irreproducibilidad de declaración o algunos obstáculos de su práctica en el juicio, ante tal circunstancia se dispone que se realice ante el juez de garantías penales, en este punto, se inician algunas críticas sobre esta medida “urgente”, ya que los testimonios, para poder tener valor probatorio, de conformidad con la legislación ecuatoriana, deben ser tomados en juicio ante los tribunales de garantías penales.

El testimonio, es un acto vital del juicio, ya que es el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima o de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal, y así se extrae del contenido del artículo 501 del COIP. Es básico entender que el testimonio es una afirmación de algo, por lo que dicha versión está sujeta a demostración o evidencia de la veracidad de un hecho. El testimonio anticipado se encuentra dispuesto en el numeral 2 del artículo 502 del COIP, determinando que él o la juzgadora podrá:

Recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio. En el caso de audiencia fallida, y en

los que se demuestre la imposibilidad de los testigos de comparecer a un nuevo señalamiento, el tribunal, podrá receptor el testimonio anticipado bajo los principios de inmediación y contradicción.

Es claro lo que la legislación ha establecido sobre el carácter excepcional y los criterios para la recepción de testimonios urgentes o anticipados, colocando el acento en los principios de inmediación o contradicción, ya que, a través de estos, las pruebas y fundamentos expresados por cualquiera de las partes procesales puedan ser refutados por la otra, sea con medios probatorios, conainterrogatorios o alegatos que indiquen la pertinencia o no de las pruebas para la determinación de sanciones penales en contra de una persona.

La contradicción garantiza el derecho a la defensa de las partes, ya que se impide que prosigan las pruebas forjadas o que no hayan existido y que los jueces por medio de su decisión las desestimen.

Entonces, surge la necesidad de establecer si estos principios permiten concebir al testimonio anticipado como una prueba que vulnera los derechos de las partes en el proceso, especialmente del presunto responsable, y se enfatiza en el término de la presunción de la responsabilidad penal, porque este medio probatorio permite al Estado que a través de la Fiscalía General del Estado, le solicite al juez la práctica de este tipo de pruebas, aún en ausencia del presunto responsable, en la etapa de investigación o indagación previa.

Se ubica también como fundamento del testimonio anticipado, el derecho a minimizar las molestias, como lo describe Maier (2016:630), ya que la víctima no se libera del procedimiento penal, fundamentalmente porque la necesita como informante, por lo que: “está obligada a comparecer para informar como testigo y, aún más, está obligada a relatar la verdad y a no omitir sobre el objeto de su interrogatorio”.

Teniendo en cuenta este dato, es de superlativa relevancia observar que el sistema no debe potenciar las molestias, sino minimizarlas, reducirlas. De esta forma, observando el trato digno y respetuoso que se le debe dispensar es que se debe evitar que la víctima comparezca varias veces a declarar, o ante distintos órganos (policía, fiscal, debate, etc.). Es por ello, que se deben evitar la revictimización secundaria.

A pesar de esto, la valoración de las pruebas, es una parte esencial del proceso, por lo que el juzgador que tiene conocimiento del proceso debe estimar en toda su extensión, también otros



elementos que al momento de tener que relacionarlos con la versión de la víctima o del testigo; este establecerá si los acontecimientos relatados, han sido confirmados y comprobados con otros indicios, fundando la autenticidad de las declaraciones.

Por lo que el testimonio anticipado es de primordial importancia, ya que le da al juez conocimiento de las evidencias e indicios, que le permitirán precisar si la versión rendida es verdadera o falsa.

En este sentido, Parra (2007:387), indica lo siguiente: “Todo peticionario, durante la prueba que se realiza de una forma anticipada, tiene una ventaja”. Esta ventaja, de la que advierte el autor, es una de las críticas sustanciales que se levanta en contra de su aplicación, lo que pudiera entrar en contradicción con la igualdad ante la ley, cuando no están sujetas estas versiones, a la contradicción y refutación de los términos en los que se rinde la declaración.

La igualdad ante la ley y la eficacia del testimonio anticipado de la víctima.

Como correlato de esto, la igualdad, ha sido un valor axiológico que ha servido de base a la conformación del Sistema de Administración de Justicia, y así lo ha reconocido la CRE, en su artículo 11.2, que dispone textualmente: “(...) 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...)”, este pilar de las modernas democracias, ha sido analizado por destacados doctrinarios y juristas calificados, quienes han precisado su valor.

Entre la doctrina, Arrupe (2000), concibe a la igualdad como la base común de derechos y responsabilidades que corresponden a todos los miembros de la sociedad de acuerdo con las reglas que rigen su funcionamiento; destacando entonces la igualdad como característica común compartida.

El Estado, a través de sus estrategias de orden político, y enmarcado en los compromisos que ha asumido ante la comunidad Internacional, prescribe una serie de medidas concretas de carácter colectivo, cuyo objetivo es eliminar situaciones de desventaja y prácticas discriminatorias en contra de sectores históricamente excluidos, a dichos grupos de mecanismos o herramientas, que les permitan alcanzar una igualdad de facto, sin que las diferencias introducidas generen un tratamiento desigual arbitrario.

Como afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984) la noción de igualdad:

Se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier manera lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad.

En este contexto, el COIP, en el extenso artículo 5, dispone textualmente:

(...) 5. Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad (...)."

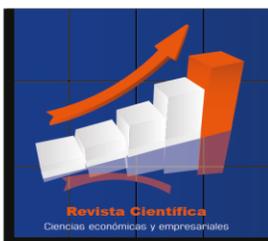
La igualdad, según Arrupe (2000), se manifiesta en el proceso penal, y guía la aplicación del derecho al debido proceso, la defensa, y la igualdad de oportunidades que tienen las partes para hacer uso de los mecanismos que la ley pone a su disposición en reconocimiento de sus facultades.

Se conjuga con esta garantía, el derecho a la defensa, que de acuerdo con el artículo 76.7.a) prescribe que: "nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ningún caso, estado o grado del respectivo procedimiento (...), en consecuencia, es necesario su cumplimiento, so pena de incurrir en su vulneración, desafiando valores como la justicia y la equidad.

Precisamente la estructura del Estado, demanda un perfecto equilibrio entre la protección de los derechos de las víctimas, pero también de los imputados, procesados y penados, no se puede alzar un interés sobre el otro, por lo que el principio de igualdad se impone en la legalidad de las pruebas, y la necesidad del derecho a la defensa y al contradictorio del acervo probatorio, de ambas partes, es la mejor garantía para el funcionamiento de proceso adversarial, que se ha dispuesto bajo la aplicación del COIP.

Resultados.

El objetivo general del estudio es analizar el testimonio anticipado de la víctima y la afectación de la igualdad ante la ley del procesado en el Ecuador, de tal manera que se plantearon tres objetivos específicos que, en consonancia con los hallazgos teóricos que anteceden permitieron interpretar los resultados.



El primer objetivo, fue examinar el proceso penal de corte adversarial adoptado por el Ecuador una vez que fuera aprobado el Código Orgánico Integral Penal, a fin de precisar los principios que subyacen en la aplicación del testimonio anticipado, destacando que el fundamento legal descansa en la teoría del garantismo de Ferrajoli, que entre otros aspectos, se basa en la imposición de una serie de límites que enfrentan las autoridades encargadas de la Administración de Justicia Penal para la aplicación de sus principales figuras jurídicas, imponiéndose los principios constitucionales e internacionales, como lo explica Binder (2012) en verdaderos escudos del ciudadano ante la arbitrariedad.

Es por esta razón, que la Constitución de la República del Ecuador, dispone una serie de garantías, que ubica en el artículo 76, bajo la denominación “derecho al debido proceso”, que obliga a toda autoridad administrativa o judicial a garantizar su cumplimiento, se impone ante todo, el reconocimiento de la presunción de inocencia, la validez o legitimidad de los medios de pruebas obtenidos, la favorabilidad en caso de conflicto entre normas, la defensa, la igualdad de las partes en el proceso, como acervo mínimo para lograr los fines declarados por el Estado.

Del mismo modo, en el contexto universal y americano, se han extremado las garantías en favor de la víctima en el proceso penal, y autores como Binder (2012), Zaffaroni, Alagia y Slokar (2006), proponen que esto no debe suponer una exaltación de este sujeto procesal por encima de otros, lo cual atentaría contra lo sostenido por Duce (2005), respecto de que la justicia debe estar al servicio de los ciudadanos sin distinción alguna.

Se parte entonces de la idea que, están dadas las garantías para amparar a cualquiera de las partes dentro del proceso, y que tanto la figura del Fiscal como la del Defensor (Público o Privado), ejercen los pesos y contrapesos necesarios para legitimar la acción de justicia.

Ahora bien, el segundo de los objetivos propuestos, se dirigió a constatar la actuación del Fiscal bajo este nuevo paradigma respecto de la eficaz intervención de la víctima en el proceso penal y la recolección del acervo probatorio, recordando que este sujeto procesal se erige como guardián de los intereses de la víctima, pero no puede suplirla ni mucho menos anular su participación.

Queda claro, de acuerdo con lo expresado que, el Fiscal ya no puede desplazar a la víctima de su conflicto, por el contrario, debe propiciar su intervención activa en el proceso, máxime si se trata

de la recolección de evidencias y del tratamiento que debe dispensársele a estas desde la postura de la persona afectada por el delito.

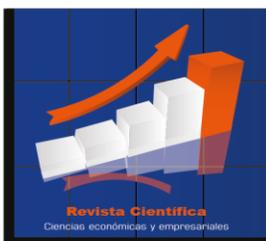
También ha recibido críticas la labor del fiscal, cuando éste, basado en su carácter protector de los derechos de la víctima, ha impedido una intervención eficaz en el proceso, se precisa en este sentido que, la mera declaración de la víctima no garantiza su participación, el hecho de no ser escuchada durante el proceso de instrucción, el no involucrarla debidamente en estas diligencias, el generar obstáculos para su comparecencia a juicio, y en fin, cualquier impedimento, que se propicie, sea este de manera intencional o por desconocimiento, pone en tela de juicio su carácter o condición de sujeto directamente ofendido por el delito.

De igual modo, hay fiscales que se extralimitan en esta labor, y amparados en su condición de órgano, que de manera exclusiva tiene el ejercicio de la acción pública, han instruido a las víctimas en sus declaraciones, a fin de evitar algunas contradicciones que pongan en riesgo su actuación en el juicio, considerando que cualquier fracaso del proceso le es imputable, en razón de lo cual ganar el litigio se convierte en uno de sus objetivos estratégicos, sin importar los medios. Esta cultura de quienes han asumido la representación Fiscal, debe acabar, ya que en nada contribuye a los verdaderos valores democráticos y constitucionales de justicia.

La civilización del proceso demanda garantías y mecanismos eficaces para la participación de la víctima en el proceso penal, y así lo expresa Carnelutti (1950:209), en su obra “Cuestiones sobre el Proceso Penal”, trabajo que incorpora un aparte de los Sujetos, bajo un título muy audaz: “Poner en su puesto al Ministerio Público”, al referir lo que sigue: “a la parte privada el poder le deriva del interés, al Ministerio Público el interés le deriva del poder, por lo que el Ministerio Público es una parte artificial del proceso”, con lo cual el autor llega a sugerir una mixtura respecto del ejercicio de la acción penal, que brinde verdaderas oportunidades de intervención a la persona ofendida por el delito, la cual debe ser tratada con la debida compasión y respeto por su dignidad.

Finalmente, el tercer objetivo, busca estimar el testimonio anticipado de la víctima y la vulneración de algunas garantías ciudadanas dispuestas en el ordenamiento jurídico del Ecuador, como ya se ha alertado por la doctrina patria y extranjera.

Es precisamente el testimonio anticipado un medio probatorio excepcional, y una garantía para la víctima, que permite que esta sea oída en el proceso que le atañe, buscando minimizar las



molestias a estas, como señala Maier (2016), pero este no puede ser el único argumento para activar este extraordinario mecanismo.

También el testimonio anticipado se estipula para otros sujetos procesales, basado en la irreproducibilidad de declaración o en la necesidad de salvar algunos obstáculos de su práctica en el juicio, ante tal circunstancia se dispone que se realice ante el juez de garantías penales, conforme se ha reglado bajo el contenido del numeral 2 del artículo 502 del COIP.

El problema que surge a renglón seguido es que los testimonios, para poder tener valor probatorio, de conformidad con la legislación ecuatoriana, deben ser tomados en juicio ante los tribunales de garantías penales, y en esta ocasión deben ser sometidos a toda clase de refutación, bajo dos principios que rigen el proceso de corte adversarial, la inmediación y la contradicción, ya que la versión rendida, aunque sea por la víctima, no escapa de dicho escrutinio, para esto, es relevante recordar su valor y la necesidad de contar con él, para el logro de los fines propuestos.

En consecuencia, no habría ninguna objeción al testimonio anticipado, si este se realizara con estricto apego a las condiciones impuestas, asegurando en todo momento el derecho a la defensa de las partes involucradas.

Pero uno de los problemas que enfrenta este medio probatorio, es que la Fiscalía General del Estado, puede solicitar al juez la práctica de este tipo de pruebas, aún en ausencia del presunto responsable, en la etapa de investigación o indagación previa, lo que negaría la posibilidad de ejercer la debida defensa ante la versión rendida, lo que pudiera a la postre generar claras ventajas para una de las partes, conforme lo explica Parra (2007), atentando contra otro principio fundamental como lo es la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 5, que señala:

“(...) 5. Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad (...)”.

Esto supone el reconocimiento de los mismos derechos, deberes y oportunidades, y es el Estado quien tiene la obligación, irrenunciable de auspiciar estos espacios y condiciones, en el quehacer judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del COIP, reproducido con antelación.

Sin embargo, el aspecto crucial del testimonio anticipado radica en su valoración como medio para la aprehensión de la verdad de los hechos sometidos al conocimiento de un juez, por lo que

el órgano jurisdiccional, que debe actuar con estricta imparcialidad, y con apego a la ley, es el llamado a dirimir el conflicto penal, y es quien debe contrastar cada aspecto contenido en la versión rendida con otros elementos recabados en el proceso, lo que le permitirá finalmente establecer la autenticidad de las declaraciones bajo el nexo férreo de las versiones y su compatibilidad con los hechos.

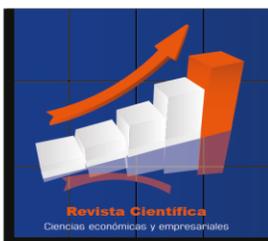
Son necesariamente el respeto del derecho a la igualdad, del derecho al debido proceso y del derecho a la defensa, los que permiten descubrir algunas falencias del Sistema de Administración de Justicia Penal, en la aplicación de figuras como el testimonio anticipado de la víctima, donde en la práctica se evidencia la dificultad de amparar a los sujetos intervinientes en el proceso, en igualdad de condiciones, considerando que el Estado, debe ser mucho más prolijo al momento de acoger este tipo de instituciones que pueden comprometer todo el andamio garantista sobre el cual se asienta el proceso penal ecuatoriano.

No se debe incurrir en el error de extraer a la víctima de su conflicto, de anularla, o de eximirla de prestar su declaración en el juicio oral, pero tampoco se debe descuidar el reconocimiento de los derechos del sindicado de delito, de defenderse, de ser oído y de participar activamente. Toda política en esta materia debe generar igualdad de oportunidades para los intervinientes, y seguridad jurídica para la población.

Esta es la clave para el desarrollo de un debido proceso, como el que proclama la CRE y el COIP, todas las instituciones jurídicas dispuestas en estas normas deben engranarse de tal forma que ambos contendores tengan igualdad de oportunidades en el juicio, sin ventajismos, y con respeto a la dignidad humana, y el testimonio anticipado no puede ser un obstáculo para la realización de la justicia.

Conclusiones

Al analizar el testimonio anticipado de la víctima, bajo las condiciones y requisitos previstos en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, en contraste con el aporte teórico reseñado, se infiere que existe un potencial peligro al derecho a la igualdad ante la ley que afecta principalmente al imputado, en virtud de que podrían crearse claras ventajas en favor de las víctimas en detrimento del debido proceso y sus valores subyacentes.



Instituciones adjetivas, como la que se ha desarrollado, pueden desdibujar el arquetipo procesal que fuera inspirado en el garantismo de Ferrajoli, quedando despojada la administración de justicia de sus principales atributos, lo que desdice de su contribución a la consolidación del Estado constitucional, de derechos y de justicia, al no poder cumplir con las obligaciones dispuestas en la carta política, especialmente en los artículos 3 y 11.

Respecto del proceso penal, el testimonio anticipado, como cualquier otro medio de prueba, se sustenta en los criterios de validez, legalidad, licitud y legitimidad, tanto en su colección como en su reproducción, en las instancias que han sido dispuestas para ello, siendo el derecho a la defensa el moderador indispensable para estimar su valor en la decisión que corresponda.

A pesar de esto, es el testimonio anticipado de la víctima, el que genera latentes peligros para el desarrollo de un juicio justo, ya que los mecanismos de protección de este sujeto procesal pueden terminar por avasallar los derechos del imputado, desconociendo aportes de doctrinarios que, incluso han participado en la elaboración de los textos procesales que se han adoptado en gran parte de Latinoamérica, bajo el ideal del sistema adversarial, entre estos figuran Binder y Zaffaroni, quienes alertan sobre la relevancia de mantener relaciones simétricas entre los partícipes, para dotar al sistema del necesario talante democrático.

Los representantes de la vindicta pública, deben dejar a un lado sus pretensiones de “venganza moderna”, en nombre de la ensayada protección de la víctima, y permitir que el proceso discurra por las vías o canales regulares, sin presionar el logro de resultados queridos, y así lo ha interpretado Carnelutti, al tildarlo como parte artificial, que actúa en interés propio.

Es así como, el testimonio anticipado de la víctima, no puede quedar despojado de sus condiciones esenciales, y son los operadores de justicia los guardianes de las garantías ciudadanas, que involucran al afectado por el delito y al imputado, sin distinción alguna, por lo que no se puede pretender que razones espurias como la minimización de las molestias de alguna de las partes o cualquier otra excusa trivial sea el fundamento de su aplicación, el obstáculo que priva al proceso oral, público, contradictorio y concentrado, de este medio de prueba debe ser insuperable.

Se une a las advertencias que anteceden la necesidad de evitar que el testimonio anticipado se realice en ausencia del presunto responsable, y en caso de que sea estrictamente indispensable, se

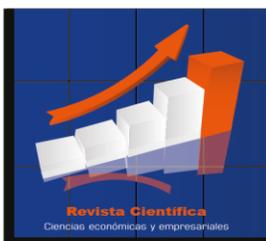
considera forzoso contar con la presencia del abogado de confianza del ausente o en su defecto con un defensor público, y el juez de garantías, quienes conjuntamente con el representante de la vindicta pública, deberán controlar que no se produzcan situaciones perjudiciales para el presunto imputado, que terminan por afectar, de igual modo, la confianza ciudadana en la administración de justicia.

Bajo este marco de análisis, la producción de este medio de prueba debe mantener su carácter excepcional, al punto de que superado el obstáculo el órgano de administración de justicia está obligado a propender la ratificación del testimonio con todas las garantías predichas.

Es la inmediación y la contradicción propia del sistema adversarial, los principios procesales que aseguran la vigencia del testimonio anticipado, y consolidan la cultura de la igualdad ante la ley.

Referencias

- 1 Arrupe, O. (2000). Igualdad, Diferencia y Equidad. Buenos Aires, Argentina. Editorial Dunken.
- 2 Binder, Alberto (2012). La implementación de la nueva justicia penal adversarial. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad hoc.
- 3 Carnelutti, Francesco (1950). Cuestiones sobre el proceso penal. Traducción de Sentis Melendo. Buenos Aires, Argentina. Librería el Foro.
- 4 Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador. Diario Oficial. Registro Oficial 180. 10 de febrero de 2014.
- 5 Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.
- 6 Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984). Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 sobre Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Serie A, No. 4, párr. 55. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.doc. Consultado el 26 de junio de 2019.



- 7 Duce, Mauricio J. (2005). Los derechos de las víctimas: Principales problemas en los sistemas reformados. Santiago, Chile. CEJA.
- 8 Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2010). Metodología de la Investigación. Séptima Edición. México. Editorial McGraw Hill.
- 9 Maier, Julio (2016). Víctimas y Sistema Penal. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4258/13.pdf>. Fecha de consulta: 24 de junio de 2019.
- 10 Parra Quijano, J. (2007). Manual de Derecho Probatorio. Décimo Séptima Edición. Bogotá, Colombia. Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- 11 Roxin, Claus (1992). Los fines de la pena y reparación del daño. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad hoc.
- 12 Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2006). Manual de Derecho Penal. Parte general. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar.

References

- 1 Arrupe, O. (2000). Igualdade, Diferença e Equidade. Buenos Aires, Argentina. Publicação Dunken.
- 2 Binder, Alberto (2012). A implementação da nova justiça criminal contraditória. Buenos Aires, Argentina. Editorial ad hoc.
- 3 Carnelutti, Francesco (1950). Perguntas sobre o processo criminal. Tradução Sentis Melendo. Buenos Aires, Argentina. Livraria do Fórum.
- 4 Código Penal Integral Orgânico. Quito, Equador. Diário Oficial. Registro Oficial 180. 10 de fevereiro de 2014.
- 5 Constituição da República do Equador. Quito, Equador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449, de 20 de outubro de 2008.

- 6 Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984). Parecer Consultivo OC-4/84, de 19 de janeiro de 1984, sobre a Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização. Série A, nº 4, par. 55. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.doc. Recuperado em 26 de junho de 2019.
- 7 Duce, Mauricio J. (2005). Derechos das vítimas: principais problemas nos sistemas reformados. Santiago, Chile. Sobrancelha
- 8 Hernández, R., Fernández, C. e Baptista, P. (2010). Metodologia da Investigação. Sétima edição. México Editorial da McGraw Hill.
- 9 Maier, julho (2016). Vítimas e sistema criminal. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4258/13.pdf>. Data da consulta: 24 de junho de 2019.
- 10 Parra Quijano, J. (2007). Manual de Direito Probatório. Décima sétima edição. Bogotá Colômbia. Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- 11 Roxin, Claus (1992). Os propósitos da penalidade e reparação dos danos. Buenos Aires, Argentina. Editorial ad hoc.
- 12 Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro e Slokar, Alejandro (2006). Manual de Direito Penal. Parte geral

©2019 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).