

PRESIDENCIA

PRESIDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS
CRITERIO NO VINCULANTE

REMITENTE: PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE EL ORO
OFICIO: PCPJO-0159 **FECHA:** 01 DE JUNIO DE 2018

MATERIA: PENAL

TEMA: INVESTIGACIÓN PREVIA – DEFENSA DEL PROCESADO EN EL TESTIMONIO ANTICIPADO DE LA VÍCTIMA

CONSULTA:

“En este punto es fundamental que se aclare sobre la factibilidad de su recepción (testimonio anticipado) y el momento procesal pertinente. En algunas provincias lo omiten, otras la realizan luego de la notificación efectiva a la parte procesada con el contenido de la petición y los autos de calificación, en tanto que en otras se recibe el testimonio anticipado al momento mismo de la recepción de la denuncia, sin que ella sea de conocimiento del procesado con la intervención de la Defensoría Pública para garantizar la defensa. En la factibilidad de lo último existe inquietud razonada en la participación efectiva del Defensor o defensora Pública que asumiría un rol sin tener la posición efectiva de la parte procesada lo que impide que se ejecute una defensa adecuada y sobre todo el tiempo para prepararla.” (sic)

FECHA DE CONTESTACIÓN: 25 DE NOVIEMBRE DE 2019

NO. OFICIO: 893-P-CNJ-2019

RESPUESTA A LA CONSULTA:

BASE LEGAL

i) Por sobre el testimonio anticipado, y su recepción, el COIP, determina:

Art. 444.- Atribuciones de la o el fiscal.- Son atribuciones de la o el fiscal, las siguientes:

7. 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 intermediación 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.

Art. 454.3.- “Contradicción.- Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada.”

Art. 502.- Reglas generales.- La prueba y los elementos de convicción, obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas:

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

Art. 582.- Versión ante la o el fiscal.- Durante la investigación, la o el fiscal receptara versiones de acuerdo con las siguientes reglas:

4. Si al prevenirle, la persona que rinde la versión manifiesta la imposibilidad de concurrir a la audiencia de juicio, por tener que ausentarse del país o por cualquier motivo que hace imposible su concurrencia, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador que se reciba su testimonio anticipado.

10. El testimonio se practicará en la audiencia de juicio, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia, con excepción de los testimonios anticipados.

Art. 510.- Reglas para el testimonio de la víctima.- La recepción del testimonio de la víctima deberá seguir las siguientes reglas:

1. La víctima previa justificación podrá solicitar a la o al juzgador se le permita rendir su testimonio evitando la confrontación visual con la persona procesada, a través de video conferencia, cámara de Gesell u otros medios apropiados para el efecto, sin que ello impida el derecho a la defensa y en especial, a contrainterrogar.
2. La o el juzgador deberá cerciorarse de la identidad de la persona que rinde el testimonio a través de este medio.
3. La o el juzgador dispondrá, a pedido de la o el fiscal, de la o el defensor público o privado o de la víctima, medidas especiales orientadas a facilitar el testimonio de la víctima y en particular de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores o víctimas de delitos contra la integridad sexual o reproductiva, trata de personas, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
4. La o el juzgador, adoptará las medidas necesarias para evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación a la víctima, especialmente en casos de delitos contra la integridad sexual o reproductiva, trata de personas, violencia sexual, contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

5. Siempre que la víctima lo solicite o cuando la o el juzgador lo estime conveniente y la víctima lo acepte, el testimonio será receptado con el acompañamiento de personal capacitado en atención a víctimas en crisis, tales como psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras o terapeutas, entre otros. Esta norma se aplicará especialmente en los casos en que la víctima sea niña, niño, adolescente, adulto mayor o persona con discapacidad.

ii) Por sobre la víctima, la no re victimización, nuestro ordenamiento jurídico determina:

La Constitución de la República en su **artículo 78**: “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.”

Artículo 35 ibídem preceptúa que recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual.

El Código Orgánico Integral Penal, al desarrollar los preceptos constitucionales, desarrolla un sistema de derechos y de protección a la víctima como persona natural, tenemos así que reconoce a la víctima como sujeto procesal y nos dice quienes forman parte de esa esfera procesal, entre ellas las personas naturales, **artículos 439 y 441**.

El COIP reconoce amplios derechos a la víctima, entre ellos a la protección especial y a no ser revictimizada, evitando toda forma de intimidación o amenaza, **artículo 11 numerales 2, 3, 4, 5, 9 y 12**.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomando como fuente el Protocolo de Estambul y las Directrices de la Organización Mundial de la Salud para la atención médico-legal de víctimas de violencia sexual, ha dado pautas para prevenir de manera integral la revictimización, ha determinado por ejemplo que en la investigación se debe cuidar que la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que se le brinde privacidad y confianza; que se registre de forma tal que se limite su repetición ante varios fiscales o jueces en diversos momentos; que se brinde atención médica, sanitaria y psicológica, debiendo realizarse un examen médico y psicológico completo y oportuno. Por otro lado se debe también evitar exponer a la víctima a un proceso formal, complicado y largo; la prueba debe manejarse diligentemente y con criterios propios para este tipo de ilícitos; y, se debe otorgar una pronta reparación del daño ocasionado.¹

¹ Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 194.

iii) Por sobre el derecho a la defensa, la Constitución de la República, en su artículo 76.7 literales a, b, c y g, determina que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; que se garantiza el contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones y que en los procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

El COIP, en su artículo 452, determina:

Necesidad de defensor.- La defensa de toda persona estará a cargo de una o un abogado de su elección, sin perjuicio de su derecho a la defensa material o a la asignación de una o un defensor público.

En los casos de ausencia de la o el defensor elegido y desde la primera actuación, se contará con una o un defensor público previamente notificado. La ausencia injustificada de la o el defensor público o privado a la diligencia, se comunicará al Consejo de la Judicatura para la sanción correspondiente.

ANÁLISIS

El precepto constitucional, contenido en el artículo 78, en su primera parte, hace relación a la no revictimización, ésta consiste en la experiencia que victimiza a una persona en dos o más momentos y que puede devenir de varias circunstancias, entre ellas, una generada por las actuaciones de los órganos de la administración de justicia al momento de tratar a la víctima en su intervención en las diferentes etapas del proceso (victimización secundaria). El sistema judicial, es fundamental en la tarea de respetar y defender los derechos vulnerados, es por ello que, por imperativo constitucional, en el proceso penal se debe evitar que la víctima reviva los traumas y demás problemáticas originadas por la comisión del ilícito, protegiéndola además de posibles amenazas u otras formas de intimidación, pues con ello se le provoca angustia, estrés, ansiedad y aficción a sus relaciones familiares y personales, afectándose en definitiva su vida cotidiana.

La víctima como personal natural, dentro del proceso penal se encuentra en evidente vulnerabilidad y en situación de riesgo, su protección y la prevención al ejercicio de cualquier acción que le hagan revivir las agresiones recibidas es necesaria. Es una persona que ha sufrido un trauma emocional al momento del cometimiento del ilícito, obviamente, mucha más aficción encontraremos si se trata de delitos de violencia sexual, física o psicológica.

En el informe de la CIDH "Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en mesoamérica" en los párrafos 211 y 212, se destaca un aspecto a tener en cuenta, que mientras más formal y complicado es el proceso es más costoso para la víctima, siendo el costo económico una forma de victimización pues se desiste de la denuncia; de igual forma la tendencia de fraccionar en distintas instancias los procesos, provoca que la víctima repita ante diferentes jueces una y otra vez su historia, y se provoca un alargamiento innecesario de los procesos.

Por ende, coherentemente, en resguardo de la víctima es que el COIP da la posibilidad para que se tome el testimonio anticipado a la víctima, incluso en la investigación, bajo los parámetros de contradicción e inmediatez; con ello se limita a exponerla tanto al revivir su experiencia como al debate, en la primera fase pre procesal, evitando que vuelva a hacerlo en las posteriores etapas del proceso penal, fundamentalmente en el juicio.²

Es necesario para el testimonio anticipado contar con la defensa técnica del sospechoso o procesado. Es fundamental recordar que por imperativo constitucional una de las garantías del derecho a la defensa, es el no ser privado de éste en ninguna etapa o grado del proceso, a ser escuchado en igualdad de condiciones, a presentar verbalmente o por escrito sus argumentos. Ahora bien, instrumentalmente la posibilidad del ejercicio de estas garantías presupone, que TODOS los sujetos procesales tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la fase o etapa procesal de que se trate, los derechos (procesales) que correspondan (contradicción, principio que fundamenta a la prueba). Para el caso de la consulta, fiscalía debe cuidar de comunicar (notificar) a la persona sospechosa (en la investigación y si ya se le ha podido individualizar con anticipación) o al procesado (dentro del proceso), sobre la recepción del testimonio anticipado de la víctima, hecho sobre el cual tiene que haber constancia procesal, debiendo también notificarse a la Defensoría Pública, para que en caso de ausencia del defensor particular, se pueda proceder a recibir el testimonio, solo así se cuida la contradicción y la inmediatez, principios que sustentan el proceso y el juicio (etapa) penal.

CONCLUSIÓN

Para que proceda el testimonio anticipado es necesario contar con la defensa técnica (pública o privada) del procesado. Es fundamental recordar que por imperativo constitucional una de las garantías del derecho a la defensa que le asisten al procesado, es el no ser privado al derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del proceso, a ser escuchado en igualdad de condiciones, a presentar verbalmente o por escrito sus argumentos.

Para el caso de la recepción del testimonio anticipado de la víctima en el procedimiento expedito, deben respetarse las normas del debido proceso, precautelando el derecho a la defensa; por tanto debe notificarse al presunto agresor para que ejerza su defensa. En caso de haber agotado los medios para que se practique la notificación y el presunto agresor no comparece, se debe notificar al defensor público. Deben aplicarse también de forma imperativa los criterios de protección a la víctima, como por ejemplo aplicar inmediatez, velar por no someterla a un proceso extenso, y evitar la impunidad.

² La Corte Constitucional para el periodo de transición ha determinado, justamente que para que opere esta institución, se debe cuidar que se afilja a los principios de inmediatez, contradicción, incluso al tratar de las actuaciones pre procesales, habla de la necesidad de cuidar que éstas cuiden del derecho a la defensa, caso contrario carecen de valor, de ahí que, con absoluta coherencia, nuestro COIP, al regular el testimonio anticipado, y dar la posibilidad de que aquel se de en Indagación Previa, siempre determina que debe sujetarse a los principios que orientan a la prueba en materia penal.