



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULO DE ESPECIALISTA EN DERECHO PROCESAL PENAL

**Los actos probatorios urgentes y la vulneración de los derechos de la
víctima en el proceso penal.**

TRABAJO DE TITULACIÓN.

AUTOR: León Zavala, Miguel Ángel.

DIRECTORA: Erazo Bustamante, Silvana Esperanza, Dra.

CENTRO UNIVERSITARIO GUARANDA

2016



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2016

APROBACIÓN DE LA DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Doctora

Silvana Esperanza Erazo Bustamante

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación: “Los actos probatorios urgentes y la vulneración de los derechos de la víctima en el proceso penal”, realizado por León Zavala, Miguel Ángel, ha sido orientado y revisado durante la ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, Febrero 2016

f) Dra. Silvana Esperanza Erazo Bustamante,
DIRECTORA

DECLARACIÓN DE AUTORIA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Miguel Ángel León Zavala, declaro ser autor del presente trabajo de titulación: “Los actos probatorios urgentes y la vulneración de los derechos de la víctima en el proceso penal”, de la Titulación Especialista en Derecho Procesal Penal, siendo la Dra. Silvana Esperanza Erazo Bustamante, directora del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

f) _____

Dr. Miguel Ángel León Zavala

C.C. 0201145687

DEDICATORIA

A mi familia por el apoyo incondicional brindado a lo largo de mi Carrera; comprender mis horas de ausencia y compartir la felicidad al haber culminado una meta más de mi vida profesional.

El Autor

AGRADECIMIENTO

Mi eterna gratitud a la Dra. Silvana Esperanza Erazo Bustamante, Directora de Tesina por sus sugerencias e ideas para la realización de este trabajo de investigación.

Un sincero agradecimiento a la Universidad Técnica Particular de Loja, por haberme acogido y permitirme crecer en mi formación profesional, así como a cada uno de mis docentes por haber compartido sus conocimientos y guiarme a lo largo de la Carrera.

A mi familia, por el apoyo incondicional que me han brindado para culminar una meta más de mi vida profesional.

El Autor

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARATULA	
APROBACIÓN DE LA DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	II
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR	III
DEDICATORIA.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
ÍNDICE DE CONTENIDOS	VI
RESUMEN	1
SUMMARY	¡Error! Marcador no definido.
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I	1
ACTOS PROBATORIOS URGENTES.....	1
1. Los actos probatorios urgentes.....	6
1.1. Base legal.....	7
1.2. Definición.....	11
1.3. Alcance.....	13
1.4. Efectos jurídicos	14
1.4.1. La validez de los actos probatorios urgentes.	15
1.4.2. La eficacia de los actos probatorios urgentes.	20
1.4.3. La ilegitimidad e ilegalidad de la prueba.	23
1.5. Principios doctrinarios para evitar la ineficacia probatoria.....	24
CAPÍTULO II	1
DERECHOS DE LA VÍCTIMA	1
2. Los Derechos de la víctima.....	29

2.1. No revictimización.	32
2.2. Reparación integral.	33
2.3. Derecho a la verdad.	35
2.4. Restitución e indemnización	37
2.5. Rehabilitación.	39
2.6. Garantía de no repetición.	39
2.7. Satisfacción del derecho violado.	40
CAPÍTULO III	41
ANÁLISIS JURÍDICO	41
3. Los Derechos de las víctimas en el Sistema Penal Acusatorio.	42
3.1. Las violaciones de trámite que no conculcan garantías procesales.	43
3.2. Análisis del numeral 6 del Art. 454 del Código de Procedimiento Penal.	44
3.3. Ineficacia probatoria.	48
3.4. Impunidad.....	49
3.5. Análisis del Art. 465 del Código Orgánico Integral Penal.	50
CAPÍTULO IV	51
DISEÑO METODOLÓGICO	51
4.1. Tipo de Investigación.....	52
4.2. Métodos.....	52
4.3. Técnicas e instrumentos.....	52
4.4. Población y Muestra	53
4.5. Investigación de campo.....	54
a) Interpretación y análisis de los resultados obtenidos de la encuesta aplicada a 30 profesionales del derecho.	54
Cuadro 1 y Gráfico 1	54
Cuadro 3 y Gráfico 3	56

Cuadro 4 y Gráfico 4	57
Cuadro 5 y Gráfico 5	58
Cuadro 6 y Gráfico 6	59
Cuadro 7 y Gráfico 7	60
Cuadro 8 y Gráfico 8	61
CAPÍTULO V.....	62
PROPUESTA JURÍDICA.....	62
5.1. Propuesta de reforma legal.	63
5.2. Título.	63
5.3. Justificación.....	63
5.4. Elaboración de la propuesta.....	64
CONCLUSIONES.....	66
RECOMENDACIONES	67
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68
ANEXOS	a
a) Parte policial	b
b) Certificado médico.	d
c) Hoja No. 8.- Historia Clínica.....	e
d) Fotografías.....	f

RESUMEN

Este trabajo de Especialista en Derecho Procesal Penal, abarca el estudio de: “los actos probatorios urgentes y la vulneración de los derechos de la víctima en el proceso penal”, con la finalidad de garantizar el derecho constitucional de la no-revictimización en la obtención y valoración de las pruebas.

Se sustenta en el estudio doctrinario, jurídico, analítico y crítico sobre la exclusión de la prueba o elemento de convicción, obtenido sin las formalidades previstas en el Art. 465 del Código Orgánico Integral Penal, realizados en los subcentros de salud u hospitales, en casos de necesidad o por la gravedad de los delitos contra la integridad personal de la víctima.

Normativa legal que ha sido revisada, analizada y estudiada dentro del marco constitucional, de: “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”; en tal virtud, como aporte académico se desarrolla un Anteproyecto de Ley Reformatoria a los arts. 454, numeral 6; 449 y 465 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, estableciendo normas de excepción para la validez y eficacia probatoria, a fin de evitar la impunidad.

PALABRAS CLAVES: actos probatorios urgentes, derechos de la víctima, proceso penal.

ABSTRACT

This work Specialist Criminal Procedural Law, includes the study of urgent evidentiary acts and violations of the rights of victims in criminal proceedings, in order to guarantee the constitutional right of non-revictimization in obtaining and evaluating tests.

It is based on the doctrinal, legal, analytical and critical study on the exclusion of evidence or item of evidence obtained without the formalities provided for in Art. 465 of the Code Integral Criminal conducted in the health sub-centers or hospitals, in cases of necessity or the seriousness of the crimes against personal integrity of the victim.

Legislation has been reviewed, analyzed and studied within the constitutional framework of "justice not be sacrificed for the sole omission of formalities"; As such, as an academic contribution it develops a Draft Law Amending the arts. 454, paragraph 6; 449 and 465 paragraph 1 of the Code of Criminal Integral, establishing emergency rules for validity and probative, in order to avoid impunity.

KEYWORDS: Urgent evidence acts, rights of the victim or criminal.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo investigar sobre “LOS ACTOS PROBATORIOS URGENTES Y LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL”, en cuanto se refiere a la EXCLUSIÓN de la prueba o elemento de convicción obtenidos con inobservancia de la ley, al tenor del Art. 454 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), frente a la facultad legal que tienen los centros de salud públicos o privados acreditados para realizar exámenes médicos o corporales de la persona procesada o de la víctima en caso de necesidad, sin la autorización de la jueza o juez, conforme lo dispone el Art. 465 del referido código, tan sólo basta el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal.

La problemática radica en la práctica de actos urgentes con la autorización fiscal y sin el consentimiento escrito de la víctima o de su representante, o sin la autorización del juez o jueza; realizados por casos de necesidad, por la gravedad de los delitos contra la integridad sexual que se investiga o con la celeridad que debe imprimir el sistema estatal para ser eficiente; existe la prohibición constitucional de no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de la prueba (artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador), por lo tanto, si se practicaron estos reconocimientos o exámenes médicos sin las formalidades previstas en el Art. 465 del COIP, esto es, sin el consentimiento expreso de la víctima, deben ser considerados válidos, y no volver a practicarlos o excluirlos como medios probatorios por mandato constitucional del art. 169, que establece: “No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.” A esto se suma, el Art. 459 del citado código, señala que las actuaciones de investigación se deben sujetarse a ciertas reglas, entre estas, para la obtención de muestras, exámenes médicos o corporales, se precisa como requisito para la validez de los mismos, el consentimiento expreso de la persona (víctima o procesado), o la autorización de la o el juzgador para las actuaciones de la investigación; por lo tanto, la normativa legal, no establece una excepción a la regla que permita a la Fiscalía, ni al Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forense, ni a los centros de salud públicos o privados, la práctica de los actos probatorios urgentes sin el consentimiento escrito de la víctima o de la juez o juez, lo que ocasiona que el Tribunal de Garantías Penales, o el juez penal competente en la audiencia preparatoria de juicio, excluyan dichos actos procesales por la omisión de formalidades previstas en la ley.

El tema y el problema tratan sobre la eficacia y validez de los actos probatorios urgentes. Con este objetivo, se procedió a recabar información mediante: a) el uso de fichas

bibliográficas para la fundamentación y desarrollo del marco teórico; b) el uso de la encuesta aplicada a jueces y profesionales del derecho para la verificación de la hipótesis.

De los resultados obtenidos se estableció la necesidad de proponer como aporte académico e innovador un Proyecto de Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Vigente.

CAPÍTULO I
ACTOS PROBATORIOS URGENTES

1. Los actos probatorios urgentes.

El Sistema Acusatorio en materia penal trae implícito tres deberes: Investigar, acusar y juzgar; los mismos que están asignados a órganos diferentes de la Función Judicial; así tenemos:

La Fiscalía General del Estado, órgano autónomo de la Función Judicial, le corresponde el deber de dirigir de oficio o a petición de parte la investigación preprocesal y procesal penal; ejercer la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal; y, de hallar mérito acusar a los presuntos infractores ante el juez competente e impulsar la acusación en la etapa del juicio. (Art. 195, CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008). Por lo expuesto, le corresponde a la Fiscalía el deber de investigar y acusar.

Los órganos encargados de administrar justicia son: 1. Corte Nacional de Justicia; 2. Las Cortes Provinciales de Justicia; 3. Los Juzgados y Tribunales que establezca la Ley; y, 4.- Los Juzgados de Paz. (Art. 178, CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008); es decir, los juzgados y tribunales penales tienen el deber de juzgar y resolver de manera motivada.

El Código Orgánico de la Función Judicial, determina la jurisdicción y competencia de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de Justicia; teniendo en cuenta que el ejercicio de los derechos se rige por principios previstos en la Constitución y aquellos desarrollados de manera progresiva en la ley.

Por mandato constitucional, se establece que le corresponde a la Fiscalía realizar la investigación pre-procesal y procesal penal; y, el órgano jurisdiccional (jueza o juez competente, tribunal – juez ponente), tienen menor intervención en la etapa investigativa; por lo que, se ha señalado que, la prueba o elemento de convicción practicada por el instructor (fiscal), es preparatoria. Salvo el caso, del testimonio anticipado.

El Art. 583 del Código Orgánico Integral Penal, faculta al fiscal para que realice actos urgentes, tanto en la acción penal pública como en la privada, siempre que se requiera obtener, conservar, preservar o impedir la consumación de un delito previamente establecido en el referido código. A esto se suma, la necesidad de contar con la autorización de una jueza o juez competente para practicar ciertos actos urgentes (exámenes médicos o

corporales), a fin de garantizar que no se vulneren derechos de las personas inmersas en una investigación o proceso penal.

En la fase investigativa preprocesal, el fiscal, en su empeño de avanzar con su investigación, practica ACTOS URGENTES con la finalidad de obtener, conservar y preservar evidencias (Art. 583 COIP), en tal virtud, ordena la práctica de exámenes médicos y corporales tanto de la víctima como de la persona investigada (denunciada o procesada), para el efecto, debe contar con el consentimiento expreso de la persona o de la jueza o juez competente, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida (Art. 459 COIP). Normativa legal que oportunamente será analizada en relación a la validez jurídica de los exámenes médicos y corporales.

Así mismo, el Art. 465 del COIP., establece que los centros de salud públicos o privados acreditados, deben (obligatorio), practicar previo consentimiento expreso (actos urgentes), exámenes médicos o corporales de la persona procesada o de la víctima en casos de NECESIDAD, sólo para constatar circunstancias relevantes para la investigación en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; para lo cual, se establecen ciertas reglas, que serán debidamente analizadas y estudiadas de manera progresiva en el desarrollo del presente trabajo investigativo.

Con estos antecedentes se establece que, tanto la Fiscalía como los centros de salud públicos o privados acreditados por el Consejo de la Judicatura, están facultados por la ley, para realizar actos urgentes (exámenes médicos y pruebas biológicas). El tema y problema gira en torno a estos actos urgentes practicados por los mencionados centros de salud, que deben realizarse conforme lo dispone la ley, y valorados por el juzgador dentro del marco constitucional de los derechos de la persona procesada (debido proceso) y los derechos de la víctima (no revictimización), previstos en los artículos 76 y 78 de la Constitución de la República del Ecuador.

1.1. Base legal.

Es menester señalar que el Código Orgánico Integral Penal (COIP), establece EXCEPCIONES para obtener y conservar evidencias o elementos de convicción de manera urgente, a saber:

“Art. 583.- Actuaciones fiscales urgentes.- En los casos de ejercicio público o privado de la acción en que se requiere obtener, conservar, preservar evidencias o impedir la consumación de un delito, la o el fiscal podrá realizar actos urgentes y cuando se requiera autorización judicial se solicitará y otorgará por cualquier medio idóneo como fax, correo electrónico, llamada telefónica, entre otros, de la cual se dejará constancia en el expediente fiscal.”
(CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014).

Esta disposición legal faculta a la Fiscalía para realizar actos urgentes (allanamientos, reconocimientos del lugar de los hechos, así como disponer que se practique de manera inmediata y urgente reconocimientos médicos o corporales); tienen que ver con la gravedad del delito que se investiga (para el tema de tesis se tendrá en cuenta los delitos contra la integridad sexual y reproductiva), o con la celeridad que debe imprimir el sistema estatal para ser eficiente. En este sentido, la Constitución de la República y la normativa prevista en el Código Orgánico Integral Penal, le otorga un peso adicional a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, entendiendo que estos casos justifican la urgencia de practicarse los mismos; sin embargo, debe observarse el procedimiento previsto en la Ley, para garantizar su validez.

CASO PRÁCTICO: Como referencia se tiene el Juicio Penal No. 2014-0003, tramitado por delito de violación, se establece que, en la parroquia rural Simiatug, perteneciente al cantón Guaranda, Provincia Bolívar, distante a unas dos horas de viaje en vehículo automotor, donde no se cuenta con una oficina de la Fiscalía, mediante llamada telefónica el señor fiscal de turno, autoriza al médico del Subcentro de Salud, la práctica del examen ginecológico de la víctima por un caso de violación, así como un reconocimiento médico – corporal del presunto infractor del delito; actas o informes médicos que fueron remitidas al fiscal después de haberse practicado la audiencia de formulación de cargos e iniciar la instrucción fiscal en contra del presunto infractor, por tratarse de delito flagrante, se ordenó la prisión preventiva del procesado; situación ésta, que si bien , le permitió al fiscal contar con evidencia de cargo para incorporarla al proceso; sin embargo, la defensa del procesado, solicitó al juez competente se señale día y hora para que revoque la medida cautelar privativa de libertad, en la audiencia sostiene que su defendido no es responsable del delito que se le acusa, y fundamenta su requerimiento aduciendo que las evidencias o elementos de convicción recabados por la fiscalía carecen de valor alguno, por cuanto, se han practicado sin el consentimiento por escrito de la víctima, ni del procesado; por un médico general que no está registrado en la Fiscalía como médico – perito. En conclusión,

fundamenta su requerimiento, en las disposiciones legales establecidas en los arts. 454, 463, 465, 583 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador; por no haber observado el procedimiento legal para la práctica de los mismos y que carecen de validez alguna. Resolución del juzgador: Revoca la orden de prisión preventiva, fundamenta su resolución en las mencionadas normas jurídicas e indicando que si bien, la práctica de los exámenes médicos y corporales, no han vulnerado derechos constitucionales, sin embargo, han sido obtenidas o actuadas con violación a la ley por lo que carecen de validez.

Actos urgentes que se han practicado con autorización del fiscal, sin observancia de ciertas formalidades; sin embargo, no pueden ser repetidas en la instrucción o en el juicio, el art. 463 de la ley, establece una excepción, “salvo que sea imprescindible”, se puede volver a practicarse los exámenes médicos o corporales. De forma particular en los delitos de violencia sexual, existe la prohibición constitucional de NO revictimización en la prueba (Artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador), incluso el Art. 463 del COIP, en su numeral segundo parte final establece: “*Salvo que sea imprescindible, se prohibirá someterle a la persona nuevamente a un mismo examen o reconocimiento médico legal.*” (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL , 2014).

A eso se suma, los actos probatorios urgentes practicados por los CENTROS DE SALUD PÚBLICOS O PRIVADOS ACREDITADOS:

*“Art. 465.- Podrán efectuarse exámenes médicos y corporales de la persona procesada o de la víctima **en caso de necesidad** para constatar circunstancias relevantes para la investigación, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. En los casos de **delitos contra la integridad sexual y reproductiva**; trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando una persona ponga en conocimiento que ha sido víctima de una de tales infracciones penales y **exista peligro de destrucción de huellas o rastros** de cualquier naturaleza en su persona, **los centros de salud públicos o privados acreditados** a los que se acuda, **deberán practicar, previo consentimiento escrito** de la víctima o de su representante, los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas correspondientes. (...).”* (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL , 2014), (la negrilla me pertenece).

El tema y el problema gira en torno a esta disposición legal vigente y que trata sobre la eficacia y validez de los actos probatorios urgentes practicados por los Centros de salud públicos o privados acreditados; esto implicaba que la práctica de la misma se realice

conforme a los principios del debido proceso y las reglas establecidas en dicha normativa legal, respetando los derechos del procesado (debido proceso) y los derechos de las víctimas (no revictimización).

En relación a lo establecido en el artículo 465 del Código Orgánico Integral Penal, por un lado, faculta a los profesionales de la salud, practicar exámenes médicos y/o corporales en caso de delitos contra la integridad sexual y reproductiva; trata de personas y violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, sin autorización del juez competente, sólo se requiere del consentimiento por escrito de la víctima o del representante legal; pero, que pasa, sí el fiscal es quién autoriza, la interrogante es: ¿Es necesario el consentimiento expreso de la víctima?, el inobservare este requerimiento legal o practicar dichos exámenes con violación a la ley, conlleva a que la evidencia así obtenida sea inválida e improductiva, conforme lo determina el Art. 454 del citado código; ¿Se puede incorporarse medios probatorios que sean obtenidos con inobservancia a la ley?, si no son considerados por el juzgador, incide en la impunidad de ciertos delitos sexuales ginecológicos, que hayan sido practicados de forma urgente en centros de salud públicos u hospitales y en clínicas no autorizadas, a esto se suma, ***sin la autorización del juez o sin consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal.*** (Problema jurídico, tema de la tesis).

En conclusión, los actos probatorios urgentes practicados sin observancia de la Constitución o la Ley, trae como consecuencia que la evidencia obtenida como medio probatorio no tenga validez alguna, por el principio de legalidad de la prueba prevista en el Art. 76, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador y por el principio de exclusión de la prueba prevista en el numeral 6 del Art. 454 del Código Orgánico Integral Penal.

En la práctica del derecho, cuando los exámenes médicos o corporales practicados en la víctima, por profesionales de la salud, sin que estén autorizados como médicos peritos; es decir, son realizados antes de una indagación fiscal o a espaldas del proceso investigativo; el fiscal en la etapa de instrucción fiscal vuelve a requerir que la víctima se practique un nuevo reconocimiento médico legal con intervención del médico legista de la fiscalía u otro especialista en la materia, amparado en el numeral 2 del Art. 463 del COIP; lo que vulnera el derecho consagrado en el Art. 78 de la Constitución, de no revictimización, especialmente en la obtención de prueba. No existe normativa legal alguna que permita convalidar lo actuado por los profesionales de la salud no autorizados o practicados sin el consentimiento por escrito de la víctima o su representante, y de esta manera garantizar el derecho de la víctima y no se sacrifique a la justicia por la sola omisión de formalidades.

Por otro lado, el citado Código Orgánico Integral Penal, establece:

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

Por mandato legal que antecede, se establece una obligación para los profesionales de la salud de conservar y remitir los elementos de prueba bajo ciertas condiciones de seguridad que realizan exámenes médicos o corporales. Del contenido jurídico se desprende la obligatoriedad del profesional de la salud de rendir testimonio anticipado; de inobservar esta disposición legal, dichos exámenes no alcanzarán el valor de prueba plena, lo que provoca que se afecte a los derechos de las víctimas, que a falta de prueba o de la exclusión de la prueba, y de ser la única prueba relevante, provocaría la impunidad, dejando en indefensión a la víctima al dictar una sentencia absolutoria.

De la normativa prevista en el COIP, se establece por EXCEPCIÓN que el juzgador puede recibir y practicar prueba testimonial anticipada y que en CASOS DE URGENCIA, se puede practicar algún acto probatorio, sin la autorización del juzgador. Situación ésta que será analizada e interpretada a luz de los mandatos constitucionales; y, conforme al principio de inmediación y respeto a los derechos del procesado y de la víctima, se ve la posibilidad de que se debe cumplir con dos deberes: por un lado, el respeto a los derechos del imputado y al debido proceso, y en éste el de inmediación, contradicción y defensa; y por otro lado, el derecho de las víctimas a que se les garantice el acceso efectivo a la justicia y el derecho a la no revictimización y a conocer la verdad (artículos 75, 76 y 78 de la Constitución de la República del Ecuador).

1.2. Definición.

La legislación penal ecuatoriana no define lo que son los actos probatorios urgentes, y para un mayor entendimiento trataré de dar una definición amparada en el análisis de sus componentes, así tenemos:

Acto.- *“la palabra acto (del latín, actus), en su sentido más amplio es todo lo que se hace o puede hacerse. Puede significar cualquier acción, así como también hacer referencia a: Manifestación de una voluntad o una fuerza / Momento en el que se realiza la acción o suceso / Ejecución, en oposición a intención / Acto continuo (locución adverbial), el realizado inmediatamente después o a continuación del que acaba de hacerse o ha sucedido.”* (ALSINA, Hugo, 2001)

Derecho probatorio.- *“es aquella rama del Derecho que se ocupa de la fijación, evaluación, práctica y examen de las pruebas en un proceso para crear en el juez una convicción de certeza respecto de la causa a juzgar. (...).”* (PAEZ, Olmedo, 1984)

Urgencia.- *“1. Condición o carácter de urgente; 2. Situación, evento o problema urgente (sinónimos: apremio, emergencia); 3. Necesidad imperiosa y urgente; 4. Derecho: Obligación inmediata de cumplir con los requerimientos estipulados; 5. Medicina, percepción de una necesidad inmediata, especialmente de la micción, que suele indicar un trastorno”.* (GUARIGLIA, Fabricio)

De las definiciones realizadas se desprende que, los actos probatorios urgentes, son aquellos actos o acciones que se practica en un momento dado con el carácter urgente o de necesidad imperiosa para conservar la prueba; por lo que, éste precepto jurídico tiene que ver con las circunstancias de la gravedad del delito que se investiga o con la celeridad que debe imprimir el sistema estatal para ser eficiente.

El Dr. Marco Sigüenza Bravo, en su libro *Definiciones Doctrinarias en Materia Penal*, da algunos conceptos y definiciones de prueba, y para ello, cita a varios tratadistas del derecho que señalan:

Máximo Castro: “Prueba, es todo medio jurídico de adquirir la certeza de un hecho o de una proposición.” (SIGUENZA, Marco, 2009)

Carrara: “Prueba es todo lo que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición. Señala también que “en los siglos bárbaros se creía que la prueba no era esencial para el juicio, pues en esos tiempos se pensaba que sólo la acusación bastaba para obligar al reo a justificarse (...), pero el progreso de la civilización hizo que se rectificara ese absurdo concepto.” (SIGUENZA, Marco, 2009)

El tratadista Víctor Llore Mosquera, en su libro “Derecho Procesal Penal Ecuatoriano”, cita varios tratadistas del derecho que emiten conceptos y definiciones de la prueba, así tenemos:

Framarino: "Prueba es el medio objetivo con el cual el espíritu humano se entera de la verdad." (LLORE MOSQUERA, Víctor, 1979)

Ricci: "Probar es procurar la demostración de que un hecho dado ha existido y ha existido de un determinada modo y no de otro." (LLORE MOSQUERA, Víctor, 1979)

Lessona: "Probar, en sentido jurídico, es hacer conocidos para el juez los hechos controvertidos y dudosos y darles la certeza de su modo preciso de ser." (LLORE MOSQUERA, Víctor, 1979).

Laurent: "Es la demostración legal de la verdad de un hecho o también el medio mismo que las partes emplean para demostrar el hecho discutido." (SIGUENZA, Marco, 2009).

De los conceptos y definiciones descritos se prioriza en todos ellos que la prueba consiste en la necesidad de inquirir la verdad, de encontrar la verdad como aspiración máxima, como fin primordial del procedimiento y del proceso civil y penal. Toda prueba debe estar encaminada a probar los hechos propuestos en el juicio, y en materia penal deben establecer la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado, para que el juzgador establezca el nexo causal entre el hecho ilícito y su autor. En materia procesal penal la ley señala que el juez carece de iniciativa procesal

1.3. Alcance

*El Art. 465 del COIP, señala: "Podrán efectuarse exámenes médicos y corporales de la persona procesada o de la víctima **en caso de necesidad** para constatar circunstancias relevantes para la investigación, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. En los casos de **delitos contra la integridad sexual y reproductiva**; trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando una persona ponga en conocimiento que ha sido víctima de una de tales infracciones penales y **exista peligro de destrucción de huellas o rastros** de cualquier naturaleza en su persona, los centros de salud públicos o privados **acreditados** a los que se acuda, **deberán practicar, previo***

consentimiento escrito de la víctima o de su representante, los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas correspondientes. (...).” (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014).

De lo expuesto, se establece ciertos parámetros legales para la práctica de actos probatorios urgentes (reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas); esto es:

1. Se trate de delitos contra la integridad sexual y reproductiva; trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar;
2. Denuncia de la víctima o ponga en conocimiento de las agresiones
3. Exista peligro de destrucción de huellas o rastros en la víctima
4. Exista consentimiento escrito de la víctima o representante legal.

Estos preceptos jurídicos tienen que ver con las circunstancias de la gravedad del delito que se investiga o con la celeridad que debe imprimir el sistema estatal para ser eficiente, entendiendo que sólo es para ciertos casos en particular; cuya valoración de la prueba es discrecional del tribunal o juez conforme los principios de la prueba: Oportunidad, inmediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia, exclusión y de igualdad de oportunidades para la prueba.

En este sentido, la Constitución de la República y la vigencia del COIP, le otorgan un peso adicional a los delitos de violencia sexual, entendiendo que en estos casos se justifican la urgencia de la medida que podría ser adoptada por el fiscal o por las partes dado el principio de libertad probatoria, permitiéndoles recoger elementos probatorios para incorporarlos al proceso, siempre que se respete el derecho a la defensa.

De forma particular en los delitos de violencia sexual, existe la prohibición constitucional de no revictimización, *“particularmente en la obtención y valoración de las pruebas”* (Art. 78 de la Constitución de la República del Ecuador).

1.4. Efectos jurídicos

Los actos urgentes practicados sin la autorización de un juez competente o sin el consentimiento por escrito de la persona (víctima y/o procesado), traen consigo varios efectos jurídicos con respecto a la valoración de la prueba o elemento de convicción. En el sistema constitucional y procesal ecuatoriano se aplica el principio de exclusión de la prueba ilícita, sin importar por quien haya sido practicada o aportada (procesado, víctima o fiscal), lo

que se trata es de preservar el respeto al debido proceso y por otro lado garantizar el derecho de la víctima a la tutela efectiva y al derecho de no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de la prueba; si bien, los exámenes médicos ginecológicos practicados por un galeno sin autorización de un juez o sin el consentimiento de la víctima; estos deben ser convalidados al momento de la presentación de la prueba con el testimonio de la víctima o de su representante que en su momento no dieron el consentimiento por escrito pero lo hicieron de forma oral, y con el testimonio del profesional de la salud que lo practicó en la audiencia de juicio, pese a no haber rendido su testimonio anticipado; es decir, si no se observaron ciertas formalidades previstas en la ley, se debe valorar la prueba actuada garantizando los derechos de la víctima, debiendo la ley, establecer ciertas excepción o salvedades para la validez del acto probatorio urgente practicado sin el consentimiento por escrito de la víctima o sin la autorización del juez competente.

El tratadista argentino Fabricio Guariglia, señala que se debe excluir siempre la prueba ilícita y sus efectos o consecuencias, *“esto implica necesariamente la exclusión de la prueba adquirida. Lo contrario representaría funda un principio in dubio pro prueba, naturalmente en contra del perseguido penalmente”*. (GUARIGLIA, Fabricio., p. 144).

La exclusión de la prueba es el equivalente en el Ecuador a la falta de valor de la prueba ilícita. Esta regla tuvo su nacimiento en los Estados Unidos y la doctrina de los frutos del árbol envenado, y guarda relación con las garantías básicas del debido proceso, que establece como regla la exclusión probatoria; así tenemos que la norma constitucional, establece:

“Art. 76.- Garantías al Debido Proceso.- 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: (...). 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. (...).” (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008). Esta garantía del debido proceso es la que se debe garantizar en el proceso penal, según José Caferatta Nores, señala: *“se buscan hacer operativas en el proceso penal las garantías constitucionales”*.

1.4.1. La validez de los actos probatorios urgentes.

Art. 76 numeral 4 de la Constitución, claramente señala que las pruebas tienen validez si son obtenidas o actuadas de conformidad con lo previsto en la Constitución o en la ley; de ahí que, los actos probatorios (exámenes médicos y corporales en casos de delitos contra la

integridad sexual), que no sean realizadas por los profesionales de la salud si el consentimiento expreso de la víctima o del procesado, tengan validez si se han realizado con autorización del juez o del fiscal; en vista, que actualmente, los juzgadores, optan por declarar la invalidez de estos actos urgentes si no se han realizado conforme las disposiciones legales.

Aníbal Quiroga, señala: *“El debido proceso legal es, pues, un concepto moderno íntimamente referido a la validez y legitimidad de un proceso judicial”, más adelante agrega “a través del debido proceso legal podemos hallar ciertos mínimos procesales que nos permiten asegurar que el proceso como instrumento sirve adecuadamente para su objetivo y finalidad...”*. (HOYOS, Alberto, 1998, pág. 47). Es acertada la definición que tiene Carlos Bernal Pulido sobre las dimensiones del debido proceso. En primer lugar, tenemos que es un derecho que:

“protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional democrático y el ejercicio dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de auto-criticarse”. (BERNAL, Carlos, 2005, pág. 337.3); y, por otro lado, lo define como *“un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales”*. (Ibídem.).

La Corte Constitucional del Ecuador ha definido al debido proceso como el *“conjunto de principios a observar en cualquier procedimiento, no solo como orientación sino como deber, destinado a garantizar de manera eficaz los derechos de las personas.”* (MORALES, Hernando, 2009)

De los conceptos y definiciones antes citadas, puedo deducir que el debido proceso es una garantía y un derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial, permite acceder a una cuota mínima de justicia, asegurando el acceso a la justicia considerado como un valor fundamental de la vida en sociedad.

Por lo expuesto, los actos probatorios urgentes (reconocimientos médicos en delitos sexuales o de violencia contra la mujer y la familia), sin el consentimiento de la víctima o de su representante, o la del juez competente, puede ocasionar la nulidad del acto probatorio realizado con inobservancia de la ley (Art. 465 y 459 numerales 1 del COIP). No existe

normativa alguna en el COIP, que permita convalidar estos actos urgentes; el sólo hecho de realizar un examen médico ginecológico sin el consentimiento de la víctima o de su representante, este acto probatorio dentro de un proceso penal es ineficaz, porque va en contra de la ley, sin que exista una salvedad para convalidar dichos actos urgentes; si bien, el Art. 465 del Código Orgánico Integral Penal, por casos de necesidad, faculta a los profesionales de la salud públicos y privados practicar actos probatorios urgentes, como: el reconocimiento médico ginecológico en casos de violencia sexual; o, el examen psicológico; siendo requisito indispensable el consentimiento de la víctima o de su representante por escrito y la obligación del galeno de dar su testimonio anticipado; por lo tanto, no está facultado por la ley, para realizar actos probatorios urgentes sin el consentimiento de la persona o del juez competente; el fiscal puede autorizar la práctica de dichos actos urgentes siempre que cuente con la autorización del juez competente, con observancia del Art. 444 del COIP, en su numeral 14, inciso segundo, que textualmente señala: *“Siempre que se limiten los derechos de alguna persona se requerirá autorización de la o el juzgador”*.

La prueba inducida también es ineficaz ya que según el Art. 459 del Código Orgánico Integral Penal, *“En caso de no existir una institución pública acreditada, las autopsias, exámenes médicos, de laboratorio o pruebas biológicas, podrán ser realizados en una institución de salud privada acreditada y los costos serán asumidos por el Consejo de la Judicatura. Los mismos tendrán valor pericial.”* Aquí, una pequeña reflexión, que pasa si se practica los exámenes ginecológicos o psicológicos con el consentimiento de la víctima o del procesado, pero dicha, institución de salud privada no está acreditada por el Consejo de la Judicatura, en este caso, es válido el acto probatorio o es una prueba ilícita que no tiene valor, y si rinde el galeno testimonio anticipado, éste es válido o le sigue también los efectos del “árbol envenenado”. De excluirse estos actos probatorios de la actuación procesal, por mandato del Art. 454, numeral 6 del COIP, conllevaría que un delito contra la integridad sexual quede en la impunidad por falta de prueba válida; señalo esto, con fundamento en el Art. 459 numeral 5 del COIP que valida la pericia si son practicados en una institución de salud privada acreditada; caso contrario carecen de valor.

Son pruebas ilícitas las obtenidas violando los derechos conferidos por la Constitución como son por ejemplo empleando la tortura (físicamente constreñida), sin la presencia del abogado defensor, etc., es decir violándose derechos humanos consagrados en la Norma Suprema del Estado.

En el Art. 459 del Código Orgánico Integral Penal, se acoge la doctrina del “fruto del árbol envenenado”, ya que la ineficacia probatoria del acto pre-procesal o procesal que vulnera

garantías constitucionales o la ley, se extiende a todas las pruebas que no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

En materia penal LA PREPARACIÓN DE LA PRUEBA, como medio de defensa; es el derecho que tienen los sujetos procesales que intervienen en todo proceso penal, para pedir al fiscal en la etapa de la instrucción, mediante escrito la práctica de diligencias o medios de prueba que se creen asistidos; por ejemplo:

- La recepción de versiones
- El testimonio anticipado de la víctima o de testigos
- La reconstrucción de los hechos
- La presentación de documentos (escrituras, partidas de nacimiento, etc.), pidiendo que se incorporen al proceso y se tenga como elementos de convicción a su favor.
- La práctica de la prueba de ADN, etc.

LA OBTENCIÓN DE ELEMENTOS que sustenten las alegaciones de los sujetos procesales, es la facultad legal que tienen para poder ejercer su derecho a la defensa en todas las actividades investigativas y utilizar los medios de prueba, de manera oportuna, con las restricciones establecidas en el Código Orgánico Integral Penal (Art. 597).

Los requisitos objetivos del acto probatorio tienen que ver con la materia u objeto de la prueba, y consisten en la conducencia, la pertinencia, la utilidad y la ausencia de prohibición legal.

LA CONDOCENCIA, consiste en que el medio probatorio debe ser el más adecuado para demostrar el hecho; es decir, la prueba propuesta debe ser idónea.

LA PERTINENCIA, se refiere a que el medio probatorio debe concretarse a los hechos sometidos al juicio, a la controversia misma del asunto; es decir, debe justificar los hechos que son materia del litigio.

LA UTILIDAD, consiste en que los medios probatorios propuestos deben justificar los hechos que no han podido ser demostrados por otra prueba.

LA AUSENCIA DE PROHIBICIÓN LEGAL, se refiere a que los medios probatorios propuestos no deben estar prohibidos por la ley.

De lo expuesto, se establece que se pueden probar todos los hechos y circunstancias de interés para el caso. Las partes procesales (procesado, acusador particular y fiscal), tienen libertad para investigar y practicar pruebas siempre y cuando no contravengan la Ley y derechos de otras personas. La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado.

Según el tratadista Jaime Azula Camacho, en su “Libro Manual del Derecho Procesal”, señala que existen tres sistemas que se relacionan con la iniciativa probatoria.

- a) *“Dispositivo. En el sistema dispositivo la iniciativa para proponer o solicitar la prueba radica en las partes.*
- b) *Inquisitivo. En el sistema inquisitivo radica en el juez la iniciativa para decretar las pruebas tendentes a establecer los hechos objeto del proceso.*
- c) *Mixto, cuando se infiere en el sentido que tanto las partes como el juez tienen facultad de decretar pruebas.”* (AZULA, Jaime, 2008.)

Las disposiciones relacionadas con la prueba deben ser observadas y cumplidas durante la instrucción Fiscal, la etapa intermedia y en el juicio. Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción Fiscal alcanzan el valor de prueba una vez que son presentadas, incorporadas y valoradas en la etapa del juicio. (Art. 454 COIP. 2016).

Las pruebas son producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces de garantías penales. Se reconoce el derecho de toda persona a no autoincriminarse. (Art. 454 COIP. 2016).

Para la obtención de muestras de fluidos corporales y componentes orgánicos de una persona, se precisa de su consentimiento expreso, o del requerimiento del juez de garantías penales para que las proporcione, sin que pueda ser físicamente constreñida. (Art. 459 numeral 1 del COIP). El requerimiento judicial procederá a pedido del Fiscal, solamente si por la naturaleza y circunstancias de la infracción, tales elementos de prueba fueren para obtener, conservar, preservar evidencias o impedir la consumación de un delito. (Art. 583 del COIP).

1.4.2. La eficacia de los actos probatorios urgentes.

La eficacia de los actos probatorios urgentes tiene relación con la tutela efectiva de los derechos e intereses de las partes procesales.

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

Principio constitucional que tiene que ver con la “funcionalidad” o “eficiencia” de la administración de justicia, que se ve limitado a los derechos fundamentales del ciudadano, y a la posibilidad de limitar las facultades de investigación del Estado en razón de un derecho del acusado; siendo importante establecer un equilibrio entre estas dos posiciones. Es necesario hacer una ponderación de ciertas garantías básicas del debido proceso cuando las mismas atenta contra la eficacia de la administración de justicia, y deja en la impunidad ciertos delitos por la forma en que una prueba ha sido obtenida o actuada.

Según Víctor Llore Mosquera, sobre el derecho procesal penal, señala:

“Probar, indistintamente y según el momento procesal que se confronta significa la asunción de las pruebas, el empleo de los medios probatorios pre-ordenados en la ley para esta actividad y la certeza llevada al criterio del juez mediante los elementos del juicio reunidos en el decurso de la investigación y el debate”.
(LLORRE, Víctor, 1979)

Según el tratadista Jaime Azula Camacho, en su Libro Manual del Derecho Procesal, se establecen cuatro criterios para determinar el campo del derecho en el cual se ubica al probatorio, así tenemos:

1. *“Sustancial*
2. *Procesal*
3. *Mixto, e*
4. *Individual”* (AZULA, Jaime, 2008)

- Sustancial o material, cuando se establecen ciertas formalidades o requisitos para la validez de algún acto.
- Procesal, cuando se establecen ciertas reglas procesales para la práctica de algún acto dentro de un proceso, y guarda relación con el objeto y la finalidad de la prueba.
- Mixto, cuando participan para su validez o eficacia tanto lo sustancial como lo procesal.
- Individual, cuando participan de forma separada para su validez o eficacia jurídica.

El Art. 457 del COIP, *“La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, **sometimiento a cadena de custodia** y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales. La demostración de la autenticidad de los elementos probatorios y evidencia física **no sometidos a cadena de custodia**, estará a cargo de la parte que los presente.”*

En este caso, la prueba solo tendrá valor dependiendo de la legalidad, autenticidad y del sometimiento a cadena de custodia, conforme a las disposiciones del referido Código; esto se suma, la normativa prevista en el Art.459 del COIP, que en su conjunto determina que no se puede constreñir a la persona para la obtención de muestras, exámenes médicos o corporales aún con la autorización del juzgador, necesariamente debe existir el consentimiento expreso de la persona; caso contrario, utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad, carece de validez. Toda prueba es apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo.

Actualmente, la ley penal dispone que, la prueba tiene valor si es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria del juicio y practicada únicamente en la audiencia de juicio; y, los elementos de convicción deben ser presentados en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. Las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación solo alcanzan el valor de prueba si son presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia de juicio; sin embargo, por EXCEPCIONES la prueba testimonial producida en forma anticipada puede ser considerada como prueba válida y eficaz. Además, 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. 454.- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014).

Según el Código Orgánico Integral Penal, la Policía Nacional no tiene facultad para realizar o practicar actos probatorios urgentes, como son realizar exámenes médicos ginecológicos, por lo tanto, al actuar de oficio, estaría inobservando las formalidades legales y reglamentarias, por lo tanto, sólo puede actuar en cuantas diligencias les corresponda practicar y se abstendrán, bajo su responsabilidad, de usar medios de averiguación violatorios de los derechos humanos consagrados por la Constitución de la República, los Convenios Internacionales y las leyes de la República.

Las actuaciones del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, la Policía Nacional, y de otras instituciones que intervienen en la investigación previa; que infrinjan disposiciones legales que omitan o retarden la ejecución de un acto propio de sus funciones o lo cumplan negligentemente, son sancionados penalmente, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que haya lugar si el acto estuviere considerado como infracción de función prevista en la ley.

Las diligencias investigativas actuadas por la Fiscalía, con la cooperación de la Policía Judicial constituirían elementos de convicción y servirían para que el Fiscal sustente sus actuaciones.

La persona procesada puede presentar a la o al fiscal los elementos de descargo que considere convenientes para su defensa; de la misma manera la víctima puede solicitar la práctica de actos procesales que considere necesarios y suficientes para comprobar la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado. En todo caso la víctima o su representante debe expresar por escrito su voluntad de que se practique en su persona o de su representado un examen ginecológico o psicológico.

La prueba es importante en las relaciones personales, por cuanto la actividad de las partes es fundamental para la suerte de sus pretensiones o defensa; y, esta adquiere mayor proporción cuando el proceso se rige por el principio dispositivo, en cuyo caso el medio probatorio le corresponde a la parte que lo ha propuesto o alegado, excepto los que se presumen de derecho.

En la etapa de instrucción fiscal, cualquiera de los sujetos procesales puede solicitar a la o al fiscal que ordene la práctica de varias diligencias o pericias que sean necesarias para

obtener los elementos de convicción que sustenten la teoría del caso. (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014, pág. / Art. 598).

Por lo tanto, es facultad exclusiva del fiscal que lleva el caso el ordenar a petición de parte la práctica de pericias que estimen necesarias por parte del procesado o de la víctima en igualdad de condiciones.

Sin perjuicio de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa; las actuaciones de la Fiscalía y de los centros de salud públicos o privados autorizados para practicar actos urgentes en la indagación previa o en la etapa pre-procesal, se mantienen en reserva de terceros ajenos a ésta y del público en general, sin perjuicio del derecho del ofendido, y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados, de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones.

En la etapa de instrucción los sujetos procesales gozan de libertad para obtener elementos que sustenten sus alegaciones con sujeción a los principios del debido proceso, para lo cual, la ley penal permite ejercer todas las actividades investigativas y utilizar los medios de prueba, con las restricciones establecidas en el código; es decir, no solo el fiscal puede recabar elementos de convicción sobre la materialidad de la infracción y la presunta responsabilidad de la persona procesada; sino que, las partes (procesado y víctima), pueden recabar y presentar a la o a fiscal los actos procesales que considere convenientes para la defensa del procesado o necesarios para comprobar la existencia del delito. *“Si para obtenerlos se requiere de orden judicial, la o el fiscal la obtendrá de la o el juzgador”*. (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014, pág. / Art. 597)

1.4.3. La ilegitimidad e ilegalidad de la prueba.

La ilegitimidad e ilegalidad de la prueba tienen lugar cuando se practica la misma de manera arbitraria, sin competencia; y, la ilegalidad tiene que ver con respecto a la práctica de la prueba sin observar los requisitos legales previstos en la ley o en contra de la normativa.

La regla es que las partes pueden acudir a cualquiera de los medios, si lo estiman conveniente, siempre que no vulneren derechos, y que las restricciones y excepciones son de derecho estricto y que dichas excepciones y restricciones no se pueden aplicar, analógicamente, a supuestos distintos a los previstos en la ley. Sólo se limita esta libertad en razón de la moralidad o de la inutilidad de la prueba, o cuando haya quebrantamiento de

derechos fundamentales en la obtención de la prueba, lo cual la configura como prueba ilícita y, por tanto, se excluye su ingreso al proceso, como regla de exclusión.

Devis Echandía (1993, p. 131), expresa que este principio tiene dos aspectos, a saber:

“libertad de medios y libertad de objeto. El primero se refiere a que no debe haber limitación legal acerca de los medios probatorios admisibles, dejando al juez facultad para la calificación de su pertinencia probatoria; el segundo se refiere que puede probarse todo hecho que tenga relación con el proceso y que las partes puedan intervenir en la práctica. No se debe limitar la actividad probatoria en forma absurda y ocurrente, porque de alguna manera sería atentar contra el derecho de defensa.” (LLORRE MOSQUERA, Víctor, 1979)

El tratadista Florian, citado por Devis Echandía, (1993, p. 132), afirma:

“la averiguación de la verdad debe desarrollarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales.” (SIGUENZA, Marco, 2009).

Según el tratadista Quijano (2001, p. 12), ha sido enfático en una visión que acogemos que es, *“la de defender la tesis de la libertad de medios de prueba”* (LOPEZ CEDEÑO & CHIMBO VILLACORTE, 2014); pero, esto no significa de ninguna manera que se puedan violar los derechos constitucionalmente garantizados. Es obvio que los fines no justifican los medios. No obstante, la libertad de medios de prueba tiene un significado garantista, pues, no se puede limitar el derecho de probar que sea ajustado a los valores y principios que la Constitución garantiza.

1.5. Principios doctrinarios para evitar la ineficacia probatoria.

Son aplicables a la prueba los siguientes principios procesales:

- A) PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN, significa que la parte contra quién se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla.

- B) PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, consiste en que las partes que intervienen en el proceso dispongan de iguales oportunidades para solicitar o proponer pruebas.

- C) PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, contempla tres aspectos: 1. Cada parte tiene derecho a conocer de las pruebas pedidas por la otra parte; 2. Todas las partes tienen derecho a conocer la valoración de las mismas; y, 3. Cualquier persona puede asistir a la práctica de las pruebas.
- D) PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN, consiste en la pérdida de oportunidad para solicitar o ejecutar un acto de interés para las partes.
- E) PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN, consiste en que la prueba se practique en conjunto y no por partes, para su mejor apreciación y el debido cotejo.
- F) PRINCIPIO DE LA ORALIDAD DE LA PRUEBA, consiste en practicar la prueba mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Según el Dr. Juan Toscano Garzón, en su libro *“La Ejecución de la sentencia y el debido proceso”*, señala:

“Todas las garantías básicas que dicen relación al debido proceso tienen por finalidad el control social sobre las resoluciones judiciales para evitar la arbitrariedad de los juzgadores, como también para exigir de la contraparte procesal una conducta exenta de mala fe procesal, que propugne un litigio malicioso o temerario.” (TOSCANO GARZÓN, 2012)

Del contenido doctrinario se desprende que la finalidad que tienen las garantías básicas del debido proceso, son garantizar un juicio justo, en el cual las partes deben observar una conducta procesal correcta y apegada al derecho, y por otro lado, regula la actuación del juzgador para evitar sentencias arbitrarias.

Para evitar la ineficacia probatoria el actual Código Orgánico Integral Penal, establece ciertas reglas para las actuaciones y uso de las técnicas especiales de investigación, entre estas se señalan las siguientes:

1. Para la obtención de muestras, exámenes médicos o corporales, se precisa el consentimiento expreso de la persona o la autorización de la o el juzgador, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida. Excepcionalmente por las circunstancias del caso, cuando la persona no pueda dar su consentimiento, lo podrá otorgar un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad.

2. Las diligencias de reconocimiento constarán en actas e informes periciales.
3. Las diligencias de investigación deberán ser registradas en medios tecnológicos y documentales más adecuados para preservar la realización de la misma y formarán parte del expediente fiscal.
4. El registro que conste en el expediente fiscal deberá ser suficiente para determinar todos los elementos de convicción que puedan fundamentar la formulación de cargos o la acusación.
5. En caso de no existir una institución pública acreditada, las autopsias, exámenes médicos, de laboratorio o pruebas biológicas, podrán ser realizados en una institución de salud privada acreditada y los costos serán asumidos por el Consejo de la Judicatura. Los mismos tendrán valor pericial. (Art. 459.- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014).

Para la obtención de muestras de fluidos corporales, componentes orgánicos y genético-moleculares se seguirán las siguientes reglas:

1. No se podrá realizar pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre, de objetos situados en el cuerpo u otras análogas, si se teme menoscabo en la salud y dignidad de la persona objeto de examen.
2. Cuando el examen deba realizarse en víctimas de infracción contra la integridad sexual o en una niña, niño o adolescente, se tomarán las medidas necesarias en función de su edad y género para precautelar su dignidad e integridad física y psicológica.

Los exámenes se practicarán con estrictas condiciones de confidencialidad y respeto a la intimidad. Salvo que sea imprescindible, se prohibirá someterle a la persona nuevamente a un mismo examen o reconocimiento médico legal.

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

Podrán efectuarse exámenes médicos o corporales de la persona procesada o de la víctima en caso de necesidad para constatar circunstancias relevantes para la investigación, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. En los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando una persona ponga en conocimiento que ha sido víctima de una de tales infracciones penales y exista peligro de destrucción de huellas o rastros de cualquier naturaleza en su persona, los centros de salud públicos o privados acreditados a los que se acuda, deberán practicar, previo consentimiento escrito de la víctima o de su representante, los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas correspondientes.

2. Realizados los exámenes, se levantará un acta en duplicado de los mismos, la que será suscrita por la o el jefe del establecimiento o de la respectiva Sección y por los profesionales que lo practicaron.

3. Una copia será entregada a la víctima o quien la tenga bajo su cuidado y la otra copia, así como las muestras obtenidas y los resultados de los análisis practicados, serán remitidos dentro de las siguientes 24 horas al personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que informará inmediatamente a la o al fiscal, o la o al juzgador.

4. Si se trata de exámenes corporales, la mujer a quien deba practicárselos podrá exigir la atención de personal de su mismo sexo.

5. Se podrá solicitar un peritaje psicológico en los casos de violencia sexual, contra la mujer o miembros del núcleo familiar u otros delitos, especialmente cuando la víctima sea niña, niño, adolescente, adulto mayor o mujer embarazada. Estos se realizarán en centros especializados acreditados en esta temática. (Art. 465.- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014).

CAPÍTULO II
DERECHOS DE LA VÍCTIMA

2. Los Derechos de la víctima.

El diccionario de la Real Academia Española señala: "*Víctima. (Del. lat. víctima) f. persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. // 2. fig. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra /// 3. fig. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita.*" (COLON MORAN, José; p. 341)

La doctora Hilda Marchiori, define: "*víctima es la persona que padece la violencia a través del comportamiento del individuo-delincuente. Que transgrede las leyes de sociedad y cultura. De este modo, la víctima está íntimamente vinculada al concepto consecuencias del delito, que se refiere a los hechos o acontecimientos que resultan de la conducta antisocial, principalmente del daño, su extensión y el peligro causado individual y socialmente El sufrimiento de la víctima es causado por la conducta violenta a que fue sometida por otra persona.*" (BERNAL, Carlos, 2005; p. 145)

Marco Antonio Díaz de León, en su diccionario de Derecho Procesal Penal, expone: "*Víctima: Persona que sufre los efectos del delito. Quien padece el daño por culpa ajena o por caso fortuito.*" (COLON MORAN, José; p. 341)

En materia penal nos referimos a la víctima como la parte que sufre la ofensa; por lo tanto, en el proceso penal, se remite inexorablemente al tratamiento del ofendido, como sujeto pasivo de la conducta delictual, es decir, quien sufre la acción del sujeto activo del delito; y, es a partir octubre del 2008, que se reconoce en la Constitución los derechos de la víctima, así tenemos:

"Art. 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." (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008).

Del contenido jurídico se establece varios derechos de la víctima, entre estos se reconoce el derecho a conocer la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la

indemnización, la garantía de no repetición; y, hace extensiva la reparación por infracciones que cometan los servidores públicos en el desempeño de sus funciones.

La incorporación de estos derechos en la Constitución de la República del Ecuador vigente, es un logro del Sistema interamericano de Derechos Humanos, que surgen como consecuencia de la impunidad degenerada en la región latinoamericana a finales del siglo XX, específicamente de hechos que impidieron a las víctimas el acceso a la verdad y justicia.

En su momento se establecía la necesidad de que se vaya incorporando estos derechos de las víctimas consagrados en el Art. 78 de la Constitución en el Código de Procedimiento Penal derogado; teniendo en cuenta el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, al respecto Ramiro Ávila, define al Estado de Justicia: *“no significa otra cosa que el resultado del quehacer del estatal, el estar condicionado por la constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede ser sino la organización social, política y justicia.”* (AVILA, Ramiro, 2008; p. 22).

Por lo tanto, los derechos fundamentales de la víctima constituyen una directriz útil para el sistema procesal penal y una herramienta de protección para las víctimas. Reconocer la importancia de respetar y garantizar los derechos de las víctimas es contribuir para acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos.

En ese sentido, se debía garantizar el cumplimiento de tres deberes:

- a) La promoción y protección de los derechos constitucionales y humanos a través de medios adecuados de justicia; en caso de violación de esos derechos, es deber del Estado investigar los hechos que rodean tal violación - verdad;
- b) Garantizar el efectivo acceso a la justicia sin dilaciones con información real de los hechos y sancionar a los responsables de las violaciones - justicia;
- c) El deber de informar a las víctimas o sus familiares, de la totalidad de los hechos que perpetraron la violación de los derechos constitucionales o humanos;
- d) La reparación material e inmaterial, de daños causados y, en lo posible, la restitución del derecho (reparación).

En sí, la norma constitucional analizada permite identificar un trato preferente a las víctimas y hace énfasis en la obtención y valoración de pruebas, constituyendo a la investigación como un deber de medio o de compartimiento por parte del Estado, de investigar seriamente los hechos, que no se satisface por el solo hecho de investigar, sino que busca producir resultados satisfactorios a través de la realización de un investigación seria, la cual debe tener sentido y ser asumida como un deber jurídico propio, que proporcione información real de los hechos a las víctimas y sus familiares

El Actual Código Orgánico Integral Penal, dispone:

En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos:

“1. A proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer.

2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso.

3. A la reparación por las infracciones que se cometan por agentes del Estado o por quienes, sin serlo, cuenten con su autorización.

4. A la protección especial, resguardando su intimidad y seguridad, así como la de sus familiares y sus testigos.

*5. **A no ser revictimizada**, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos.*

6. A ser asistida por un defensor público o privado antes y durante la investigación, en las diferentes etapas del proceso y en lo relacionado con la reparación integral.

7. A ser asistida gratuitamente por una o un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento así como a recibir asistencia especializada.

8. A ingresar al Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, de acuerdo con las disposiciones de este Código y la ley.

9. *A recibir asistencia integral de profesionales adecuados de acuerdo con sus necesidades durante el proceso penal.*

10. *A ser informada por la o el fiscal de la investigación pre-procesal y de la instrucción.*

11. *A ser informada, aun cuando no haya intervenido en el proceso, del resultado final, en su domicilio si se lo conoce.*

12. *A ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana.” (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL , 2014).*

De los preceptos jurídicos, se desprende que la víctima tiene algunos derechos previstos en la Constitución y en el COIP, que el juzgador debe garantizar cada uno de ellos, incluso si la víctima es de nacionalidad distinta a la ecuatoriana, se permite su estadía temporal o permanente dentro del territorio nacional, por razones humanitarias y personales, de acuerdo con las condiciones del Sistema Nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal.

Entre estos derechos de las víctimas se analiza los más importantes que deben ser garantizados dentro del proceso penal.

2.1. No revictimización.

La Dra. María Alvarado Gallegos, sobre la revictimización, señala: *“se deriva de conductas inapropiadas durante la investigación, aspecto a lo que contribuye: la falta de preparación de los elementos auxiliares de la investigación; las decisiones de acusar o no, que es de ejercicio exclusivo del fiscal; la sentencia; la eventual liberación del procesado; pero sobre todo, porque los administradores de justicia pocas veces toman en cuenta la perspectiva de la víctima, así lo sostienen Smith y Álvarez en, Revictimización un fenómeno invisibilizado en las instituciones.” (ALVARADO, María, 2010, p.35)*

El derecho de la víctima a no ser revictimizada garantía constitucional (Art. 78), fue incorporado en el Código Orgánico Integral Penal, que señala:

“5. A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y,

para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos.” (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL , 2014).

Como lo establecimos en el ítem anterior, la no revictimización es un derecho contemplado en la Constitución, y consiste en el que el ofendido como sujeto pasivo del delito, tiene derecho a intervenir en el proceso como sujeto procesal de derechos y no como objeto de un delito. Tiene derecho a que se le proteja su personalidad y su intimidad, a exigir que la policía, el fiscal el juez o tribunal adopten para ello los arbitrios necesarios, sin menoscabo de los derechos del imputado o acusado. Tiene derecho a que se le garantice una adecuada actuación de la Fiscalía que no ponga en riesgo la obtención o la conservación de vestigios, evidencias materiales u otros elementos de prueba.

2.2. Reparación integral.

Al respecto, Eduardo Andrade Sánchez, sobre la reparación integral como derecho de la víctima, expone:

"Un segundo derecho para él, es el de que se le satisfaga la reparación del daño. Esta debe garantizarse desde el inicio del proceso, (...). En aplicación de este derecho, las leyes pueden prever mecanismos de aseguramiento de bienes desde la fase de averiguación previa. Igualmente es importante que la ley evite la práctica de absolver de la reparación del daño. Supuestamente por falta de elementos para determinarla. Muchas ocasiones los jueces, si no tienen en autos los comprobantes de los gastos funerarios o médicos, dejan de obligar al responsable de que cubra tales erogaciones, cuando es evidente que tales gastos se efectuaron aunque el ofendido no haya entregado documentos que lo comprueben. Debería ser práctica general, en aplicación de este derecho de la víctima, que el juzgador no pueda absolver de la reparación del daño cuando haya impuesto una sentencia. (...)"
(COLON MORAN, José, p. 344)

El daño irrogado a un sujeto de derecho, (víctima de infracciones penales), en virtud, de la comisión de un acto ilícito da lugar a la obligación de reparar, la cual puede satisfacerse por diversas formas, que se pasan a detallar.

En caso de declararse la vulneración de derechos de la víctima de infracciones penales se debe ordenar la reparación integral por el daño material e inmaterial.

El Código Orgánico Integral Penal, señala:

“Art. 309.- (...). 2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso. 3. A la reparación por las infracciones que se cometan por agentes del Estado o por quienes, sin serlo, cuenten con su autorización.” (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014).

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, nos dice:

“Reparación del Daño del delito: Obligación de los responsables de éste, aparte de cumplir la pena o medida de seguridad, consiste en resarcir a la víctima de la infracción del orden jurídico, o a los causahabientes de la misma, de todo quebranto de orden económico, lo cual entraña la responsabilidad civil (v.). Luego de la restitución (v.), en los casos en que haya habido substracción de cosas del patrimonio del perjudicado por el delito, esta responsabilidad comprende: “la reparación del daño causado” (art. 101.n, 2, del Cód. Pen. eps.); resarcimiento que se completa con la indemnización de perjuicios”.

De lo expuesto, se desprende que la víctima, tiene derecho a reclamar una indemnización civil, que consiste en un monto económico que debe ser pagado por el sentenciado, pero no constituye de ninguna manera una reparación integral conforme lo reconoce la Constitución.

La reparación integral debe procurar que la víctima o personas titulares de este derecho gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la infracción. La reparación debe incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la indemnización o compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, las garantías de que el hecho no se repita, la satisfacción del derecho violado, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar la indebida actuación del fiscal o del defensor.

La reparación por el daño material debe comprender la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso.

La reparación por el daño inmaterial debe comprender la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa (víctima), o su familia, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación debe realizarse en función del tipo delictual, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

En la sentencia o acuerdo preparatorio debe constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debían cumplirse.

2.3. Derecho a la verdad.

Este derecho está contemplado en el Art. 78 de la Constitución de la República del Ecuador a favor de las víctimas, y tiene su fundamento en las resoluciones dadas por la Corte Internacional de Derechos Humanos, y el reconocimiento universal de este derecho, relativo a la protección de las víctimas, consta en la Resolución N° 2005-66 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Igualmente, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la decisión N° 2-105 y resolvió:

“Reconocer la importancia de respetar y garantizar el Derecho a la Verdad para contribuir acabar con la impunidad y promover y proteger los Derechos Humanos” (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS ONU, 2008)

“El Derecho a la Verdad se fundamenta en los artículos 8 y 25 de la Convención, en la medida que ambos son instrumentales en el establecimiento judicial de los hechos circunstancias que rodean la violación de un derecho fundamental. Así mismo, [...] este derecho se enraíza en el artículo 13.1 de la Convención, en cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información. Se agrega que en virtud de ese artículo, sobre el estado recae la obligación positiva de generar información esencial para preservar el derecho de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos”. (CORTE IDH, párrafo, 45.)

Además, la Corte Internacional de Derecho Humanos (IDH), en los casos contra Perú: “La Cantuta” y “Barrios Altos”, declaró que el Derecho a la Verdad es un instrumento que sirve

para la realización de la justicia y es indispensable para las víctimas y sus familiares, por tanto es deber preservarlo. Además señala:

Las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como sus familiares, tienen el derecho a un recurso efectivo. Esto implica el derecho a saber la verdad acerca del abuso que han sufrido, incluyendo la posibilidad de identificar a los perpetradores, las causas que originaron tales violaciones y, de ser el caso, la suerte final o el paradero de las personas desaparecidas de manera forzada.

Este derecho ha sido reconocido en decisiones legales tomadas por las cortes en varios países, así como por instituciones judiciales internacionales. Mientras se definen bien los elementos principales del derecho, este continúa evolucionando y puede ser caracterizado de diferentes formas en ciertos sistemas legales.

Aspectos del derecho a la verdad

- El derecho a la verdad – reconocido explícitamente como respuesta a las desapariciones forzadas – se aplica también a otras violaciones graves. Algunos de sus aspectos se van aceptando en forma creciente a nivel internacional:
- Se vincula al derecho a un recurso efectivo e incluye el derecho a una investigación efectiva y a la verificación de los hechos y la presentación pública de la verdad, y el derecho a la reparación.
- Las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a saber la verdad acerca de las circunstancias en las que ocurrieron las violaciones a los derechos humanos
- Está vinculado con el derecho de los familiares y comunidades a conmemorar y a hacer duelo por las pérdidas humanas en formas que sean culturalmente adecuadas y dignas.
- Además de las víctimas individuales y sus familiares, las comunidades y la sociedad entera también tienen el derecho de saber la verdad acerca de las violaciones de los derechos humanos.
- Algunos sistemas legales consideran que el derecho a la verdad hace parte integral de la libertad de información y la libertad de expresión.

- No es posible invocar amnistías para prohibir la investigación de ciertos crímenes internacionales incluyendo ciertos crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio.
- Así, la prohibición de amnistías para dichos crímenes también está relacionada con el derecho a la verdad, en tanto se relaciona con la verificación de los hechos en cuestión

Conforme los precedentes jurídicos adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e instrumentos internacionales genera el contenido del Derecho a la Verdad, ya reconociendo en las distintas realidades de los países de la región latinoamericana, se identifica una tendencia fuerte sobre la necesidad de que se vaya incorporando el Derecho a la Verdad en los sistemas de justicia; por ende, este derecho ha sido consagrado en la Constitución y en el COIP.

2.4. Restitución e indemnización

El Art. 78 del Código Orgánico Integral Penal, señala:

“Mecanismos de reparación integral.- Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son: 1. La restitución: se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad así como al restablecimiento de los derechos políticos. (...). 3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente.” (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2016)

La restitución e indemnización constituyen los elementos de la reparación que se debe realizar en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

La restitución comprende:

“La compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, y los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”. (ALVARADO, María, 2010); y,

La indemnización comprende:

“La compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero, o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero.” (ALVARADO, María, 2010).

Reparación del daño causado.- Reparación por equivalente: consiste en pagar una indemnización por el daño sufrido equivalente que tendría la restitución cuando esta no pudiese hacerse o la que hubiere fuese insuficiente. Es aplicable a todo daño económicamente evaluable que haya sufrido la víctima de infracciones penales incluyendo los intereses y las ganancias no obtenidas (lucro cesante) cuando proceda.

Restitución del derecho lesionado.- *“Restitución: implica volver las cosas al Estado anterior de que ocurriera el hecho (vuelta al status quo anterior) por ejemplo, evacuar un territorio ocupado en forma ilegal.”* (ALSINA, Hugo, 2001)

La restitución es, en principio, la forma más perfecta de reparación ya que apunta al restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito. Empero, debe tenerse en cuenta que el restablecimiento de las cosas al estado anterior puede hacerse de incumplimiento imposible, dicha imposibilidad puede ser material (desaparición o destrucción de bienes) o jurídica (obstáculos constitucionales, etc.). En tales casos, la restitución es sustituida por una indemnización.

La restitución tiene prioridad por sobre la reparación equivalente en dinero ya que es la más adecuada para borrar las consecuencias del hecho ilícito. Sin embargo tiene limitaciones con respecto a su aplicación; no se aplica cuando es imposible materialmente, si se viola una norma imperativa del derecho internacional, si es excesivamente onerosa (desproporción entre el costo de la retribución en especie para el Estado autor y el beneficio que para el Estado lesionado se derive de esta forma de reparación en lugar de la indemnización).

Indemnización o resarcimiento (daños y perjuicios).- La indemnización tiende en principio a cubrir cuantitativamente el resarcimiento de los daños. En el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado, se establece que el Estado lesionado podrá obtener del Estado autor una indemnización por el daño causado, en el caso y en la medida en que éste no haya sido reparado por la restitución en especie. En general, la reparación debe regirse por la regla de la proporcionalidad, lo cual significa que, en concreto, se ajuste en lo posible a la entidad del daño, esto es, que no sea superior ni

inferior. El principio de que la reparación debe cubrir todo el perjuicio, ha lleva a la jurisprudencia a incluir en ella la indemnización del lucro cesante, el pago de intereses y el resarcimiento de daños extra-patrimoniales; en cambio no se han podido conceder, en cambio, reparaciones de tipo punitivo, ni se ha admitido el resarcimiento de daños

2.5. Rehabilitación.

El Art. 78 del Código Orgánico Integral Penal, señala:

“Mecanismos de reparación integral.- Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son: (...). 2. La rehabilitación: se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines.” (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2016).

La rehabilitación, es *“el hecho de establecer a alguien en una capacidad y, por lo común, en una situación anteriormente perdida”*. (ALVARADO, María, 2010)

En derecho penal es el acto de borrar para el futuro una condena penal, principalmente mediante la cesación de las incapacidades.

La rehabilitación es un derecho constitucional consagrado a favor de la víctima y del infractor, con relación a víctima tenemos que, las víctimas de infracciones penales tienen derecho a la reparación integral que incluye entre otros la rehabilitación; esto es, el Estado debe adoptar mecanismos jurídicos que permita que la víctima regrese en lo posible a su situación anterior al hecho.

2.6. Garantía de no repetición.

El Art. 78 del Código Orgánico Integral Penal, señala:

“Mecanismos de reparación integral.- Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son: (...). 5. Las garantías de no repetición: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas. Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión

de nuevos delitos del mismo género.” (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL , 2014).

El derecho de no repetición es una garantía constitucional conferida a favor de las víctimas, es decir del sujeto pasivo de la infracción, por lo tanto, el Estado Ecuatoriano no podrá ejercer el derecho de repetición en contra de la víctima o de sus familiares por la reparación que haya realizado a favor de una persona que haya sufrido una pena injustamente como resultado de una sentencia condenatoria. Pero puede repetir en contra de servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales responsables por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

2.7. Satisfacción del derecho violado.

El Art. 78 del Código Orgánico Integral Penal, señala:

“Mecanismos de reparación integral.- Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son: (...). 4. Las medidas de satisfacción o simbólicas: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica.” (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, 2014).

Es otro de los elementos constitutivos de la reparación integral, que consiste “*en que la víctima o su familia titulares del derecho violado gocen y disfruten la reparación del mismo de la manera más adecuada posible y que ser posible se restablezca a la situación anterior a la violación*”. (BERNAL, Carlos, 2005)

La satisfacción del derecho violado, podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, las garantías de que el hecho no se repita, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud, etc.

CAPÍTULO III
ANÁLISIS JURÍDICO

3. Los Derechos de las víctimas en el Sistema Penal Acusatorio.

La víctima en el proceso penal, nos remite inexorablemente al tratamiento del ofendido, como sujeto pasivo de la conducta delictiva, es decir, quien sufre la acción del sujeto activo del delito.

“Art. 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”. (ASAMBLEA NACIONAL, Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La incorporación de estos derechos en la Constitución de la República del Ecuador vigente, es un logro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que surgen como consecuencia de la impunidad degenerada en la región latinoamericana a finales del siglo XX, específicamente de hechos que impidieron a las víctimas el acceso a la verdad y justicia.

Actualmente se establece la necesidad de que se vaya incorporando estos derechos de las víctimas consagrados en el Art. 78 de la Constitución en el sistema nacional de justicia y constituya una directriz útil para el sistema procesal penal y una herramienta eficaz para las víctimas.

Reconocer la importancia de respetar y garantizar los derechos de las víctimas es contribuir para acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos. En ese sentido, se debe garantizar el cumplimiento de tres deberes:

- a) La promoción y protección de los derechos constitucionales y humanos a través de medios adecuados de justicia; en caso de violación de esos derechos, es deber del Estado investigar los hechos que rodean tal violación, para garantizar el derecho a conocer la verdad;

- b) Garantizar el efectivo acceso a la justicia sin dilaciones con información real de los hechos y sancionar a los responsables de las violaciones, para garantizar el derecho a la justicia;
- c) El deber de informar a las víctimas o sus familiares, de la totalidad de los hechos que perpetraron la violación de los derechos constitucionales o humanos;
- d) La reparación material e inmaterial, de daños causados y, en lo posible, la restitución del derecho (reparación)

La norma constitucional analizada permite identificar un trato preferente a las víctimas y hace énfasis en la obtención y valoración de pruebas, constituyendo a la investigación como un deber de medio o de compartimiento por parte del Estado, de investigar seriamente los hechos, que no se satisface por el solo hecho de investigar, sino que busca producir resultados satisfactorios a través de la realización de una investigación seria, la cual debe tener sentido y ser asumida como un deber jurídico propio, que proporcione información real de los hechos a las víctimas y a sus familiares.

Como podemos ver nuestra legislación penal garantiza a la víctima garantías básicas inherentes al proceso penal, que toda autoridad administrativa o judicial debe garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las víctimas.

Recordemos, que por mandato constitucional los derechos son plenamente justiciables, no puede alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

3.1. Las violaciones de trámite que no conculcan garantías procesales.

En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegura el derecho al debido proceso, es decir lo que realmente interesa es la observancia del debido proceso, de tal modo que siempre que no se haya conculcado ningún derecho humano o garantía del debido proceso en la sustanciación de un determinado procedimiento o proceso, éste tiene valor jurídico procesal por haberse hecho efectivas las garantías del debido proceso genéricas y específicas que se requieren para su validez jurídica procesal, conforme lo exige el Art. 169 de la Constitución, para que realmente constituya un medio para la realización de la justicia.

En toda violación de trámite que no se vulnere un derecho humano o una garantía del debido proceso, resulta evidente que no se ocasiona perjuicio alguno al sospechoso, imputado o acusado, ni tampoco tal violación influye en forma alguna en la decisión de la causa. A estas violaciones de trámite intrascendentales se refiere el Art. 169 de la Constitución, negándoles el carácter de causas de nulidad procesal, precisamente porque no influyen en la decisión de la causa; en tanto que, las violaciones de trámite que conculcan derechos humanos o garantías del debido proceso tienen trascendencia procesal y por ende influyen en la decisión de la causa y por lo tanto, constituyen causas de nulidad.

En conclusión diremos, que las violaciones de trámites intrascendentales no son inconstitucionales ni vulneran el principio de legalidad como garantía del debido proceso, razón por la cual, el Art. 169 de la cita Constitución, señala: *“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la solo omisión de formalidades.”*

3.2. Análisis del numeral 6 del Art. 454 del Código de Procedimiento Penal.

Continuando con nuestro estudio y adentrándonos ya en LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA de las disposiciones legales previstas en el numeral 6 del Art. 454 y 465 del Código Orgánico Integral Penal, que textualmente señalan:

“Art. 454.- (...)- 6. Exclusión.- Toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal”, y,

“Art. 465.- Exámenes médicos y corporales.- Podrán efectuarse exámenes médicos o corporales de la persona procesada o de la víctima en caso de necesidad para constatar circunstancias relevantes para la investigación, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. En los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando una persona ponga en conocimiento que ha sido víctima de una de tales infracciones penales y exista peligro de destrucción de huellas o rastros de cualquier naturaleza en su persona, los centros de salud públicos o privados acreditados a los que se acuda, deberán practicar,

previo consentimiento escrito de la víctima o de su representante, los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas correspondientes. (...).”

Las citadas normas se encuentran vigentes y son exigibles de forma directa en el sistema jurídico ecuatoriano; sin embargo, en la práctica forense se realizan de forma prematura diligencias urgentes en los presuntos delitos sexuales, como en el caso concreto de la violación, donde el examen médico legal ginecológico de la víctima se la realiza de forma casi inmediata, e incluso antes de que exista denuncia, y sin requerimiento al juez, es decir, sin observar lo previsto en el mencionado Art. 459 del citado Código, que señala: “1. **Para la obtención de muestras, exámenes médicos o corporales, se precisa el consentimiento expreso de la persona o la autorización de la o el juzgador, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida. (...)**”, situación está que trae como consecuencia, a más, que la diligencia así realizada no tenga efecto alguno, si se toma en cuenta lo previsto en el Art. 76, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador y el numeral 6 del Art. 454 del referido Código, que da lugar a la declaratoria de nulidad o la de desestimación de tales elementos de convicción o medios probatorios, que conlleva sin lugar a dudas a que se deje en la impunidad este tipo de delitos que causan gran alarma social, y que han ocasionado preocupación en los grupos feministas y de derechos humanos.

Nos remitiremos primeramente al estudio y análisis del numeral 6 del Art. 454 del Código Orgánico Integral Penal, que trata sobre la eficacia probatoria de la prueba, y es que norma compatible con lo dispuesto en el artículo 76. Numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, que también determina la validez de la prueba y su eficacia probatoria; así tenemos: “*las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria*”.

Hemos señalado anteriormente que en el sistema acusatorio penal, la prueba practicada por el fiscal es preparatoria, porque sirve para que el juez cite a la celebración del juicio, en el cual debe repetirse la prueba, en su integridad, ante el jurado, a fin de que opere el principio de inmediación.

La prueba, para ser valorada, debe ser practicada cumpliendo las disposiciones constitucionales y legales, entendiendo que puede ser valorada únicamente cuando sea legal y que haya llegado oportunamente al proceso, de modo que si el fiscal, en su empeño de avanzar con su investigación, practica actos probatorios con anterioridad de vincularlos al proceso, sin darle a la defensa el derecho a contravenir, esa prueba no puede ser tenida en

cuenta por el juez, porque no sólo estaría violando el citado derecho fundamental de la contradicción, sino también el de la defensa.

Cabe señalar que existe la siguiente excepcionalidad para la conservación de elementos probatorios: El artículo 465 del referido Código; faculta a los profesionales de la salud el que se practique exámenes médicos o corporales de la persona procesada y de la víctima en casos de necesidad para constatar circunstancias relevantes para la investigación.

Estas circunstancias tienen que ver con la gravedad del delito que se investiga o con la celeridad que debe imprimir el sistema estatal para ser eficiente, entendiendo que para cada caso particular, el principio de valoración de la prueba es discrecional del tribunal o juez conforme al principio de la sana crítica. En este sentido, la Constitución de la República y la normativa del COIP., le otorgan un peso adicional a los delitos de violencia sexual, entendiendo que en estos casos justifican la urgencia de la medida que podría ser adoptada por los profesionales de la salud y no por el fiscal, permitiéndole recoger elementos probatorios para incorporarlos al proceso, siempre que se respete el derecho de contradicción.

Conforme al principio de permanencia de la prueba, que no es absoluto ni ilimitado, implica que si la prueba ha sido practicada de espaldas al proceso, puede ser repetida en la instrucción o finalmente en el juicio, pues si no se hace así, no puede ser valorada por el Tribunal Penal en el momento de dictar sentencia, por no haber sido aportada de forma legal al proceso. De forma particular en los delitos de violencia sexual, existe la prohibición constitucional de revictimización en la prueba (artículo 78. Constitución de la República del Ecuador), porque estos actos generan alarma social por la misma gravedad con la que son reconocidos en el artículo 81 de la Constitución.

Conforme al principio de intermediación y respeto a los derechos del imputado y víctima, se ve la posibilidad de cumplir con dos deberes: por un lado, respeto a los derechos del imputado y al debido proceso, y en éste el de intermediación y defensa; y por otro lado, el derecho de las víctimas a que se les garantice el acceso efectivo a la justicia (artículo 75 Constitución de la República del Ecuador) y el derecho a la verdad.

Es decir, adquiere calidad permanente sólo la prueba llegada al proceso en forma legal y regular, la misma que será valorada por el juez. Ahora bien, los actos probatorios que adolecen de esta condición o, en otras palabras, que fueron practicados a espaldas del proceso, hecho que en ningún caso supone la nulidad de lo actuado ni del proceso, sino

implica el deber de incorporar la prueba para que esta pueda ser valorada en la investigación y en la etapa del juzgamiento, en el caso de los delitos señalados en el artículo 81 de la Constitución de la República, que son los de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niños, niñas, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y otras que por sus particularidades requieran de mayor protección. La finalidad es que, de esta forma, se produzcan actos probatorios tendientes a respetar las exigencias establecidas en los derechos constitucionales, conforme lo dispuesto en el artículo 76. Numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador.

En conclusión diremos que, los actos probatorios y la prueba, deben ser practicados en la forma como lo determina la constitución en su artículo 76. Numeral 4 de la Constitución y de existir conflicto sobre la obtención de la prueba, se establece que en ningún caso el fiscal puede disponer la práctica por su cuenta; dicha prohibición se sustenta en el principio de igualdad de las partes procesales y por mandato constitucional, ya que la función del fiscal es administrativa.

La aplicación del principio de permanencia de la prueba que se incorpora, en la práctica jurídica ecuatoriana tiene la excepcionalidad en los siguientes casos:

- a) cuando sea una medida urgente que busque preservar los vestigios dejados por los hechos y respete los derechos constitucionales de las personas;
- b) por existir un derecho tutelado que esté fuera de toda duda razonable, el juez puede ordenar la práctica de la prueba en la investigación, a fin que se preserven los derechos de inmediación y debido proceso del imputado, así como el acceso efectivo a la justicia de las víctimas; y,
- c) respecto de los delitos señalados en el artículo 81 de la Constitución, por tener un peso adicional o una estructura de exigibilidad más fuerte, que implica el deber a que se haga justicia, incluso introduciendo reglas especiales en razón de la especial condición que genera, tanto es así que de manera específica se señala la prohibición de la revictimización en la práctica de la prueba.

Estos preceptos jurídicos responden a un carácter general propio de la exigencia de la normativa, que manda la proporcionalidad, legitimidad y adecuación de los actos probatorios para que se incorporen en casos de excepción, como principio modulable que permite una intervención anticipada, siempre y cuando sea justa.

De lo expuesto se establece dos parámetros jurídicos; por un lado, tenemos: “LA EFICACIA PROBATORIA”, que implica que la incorporación de la prueba se realice conforme a los principios del debido proceso, respetando los derechos del imputado (debido proceso), Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, sin importar los derechos de las víctimas (protección especial), Art. 78 *Ibíd*em; y, por otro lado, “La Impunidad”, que es una circunstancia que pone de relieve la ineficacia del sistema estatal, ya que no garantiza a la víctima un acceso efectivo a la justicia, ni protege los derechos de las mismas

3.3. Ineficacia probatoria.

La eficacia probatoria implica que la incorporación de la prueba se realice conforme a los principios del debido proceso, respetando los derechos del imputado (inmediación y debido proceso) y los derechos de las víctimas (acceso efectivo a la justicia).

Conforme al principio de inmediación y respeto a los derechos del imputado y víctima, se ve la posibilidad de cumplir con dos deberes: por un lado, respeto a los derechos del imputado y al debido proceso, y en éste el de intermediación y defensa; y por otro lado, el derecho de las víctimas a que se les garantice el acceso efectivo a la justicia (artículo 75 Constitución de la República del Ecuador) y el derecho de protección especial (Art. 78 *Ibíd*em).

Es decir, adquiere calidad permanente sólo la prueba llegada al proceso en forma legal y regular, la misma que será valorada por el juez. Ahora bien, los actos probatorios que adolecen de esta condición o, en otras palabras, que fueron practicados a espaldas del proceso, hecho que en ningún caso supone la nulidad de lo actuado ni del proceso, sino implica el deber de incorporar la prueba para que esta pueda ser valorada en la investigación y en la etapa del juzgamiento, en el caso de los delitos señalados en el artículo 81 de la Constitución de la República, que son los de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niños, niñas, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y otras que por sus particularidades requieran de mayor protección.

La finalidad es que, de esta forma, se produzcan actos probatorios tendientes a respetar las exigencias establecidas en los derechos constitucionales, conforme lo dispuesto en el artículo 76. Numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, que exige: “*Las pruebas obtenidas con violación de la constitución o de la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria*”.

Luego de haber realizado un análisis de los derechos de las víctimas e imputados o acusados como partes procesales, y teniendo en cuenta los derechos de los imputados (contradicción y debido proceso) y los derechos de las víctimas, (derecho a la tutela efectiva y a que se haga justicia), en el problema planteado, y en virtud del principio de igualdad material deben ser tratados de la misma forma, y en el caso concreto de los actos probatorios y de la prueba, deben ser practicados en la forma como lo determina la constitución en su artículo 76. Numeral 4 de la Constitución y de existir conflicto sobre la obtención de la prueba, se establece que en ningún caso el fiscal puede disponer la práctica por su cuenta; dicha prohibición se sustenta en el principio de igualdad de las partes procesales y por mandato constitucional, ya que la función del fiscal es administrativa.

3.4. Impunidad.

La impunidad es una circunstancia que pone de relieve la ineficacia del sistema estatal, ya que no garantiza un acceso efectivo a la justicia, no protege los derechos de las víctimas ni de su familia, sino que permite que se vulneren los derechos constitucionales de las personas. Al no sancionar los hechos que causan dichas vulneraciones, se incumplen con los estatales consagrados en la Constitución (Art. 83 de la Constitución de la República del Ecuador). En definitiva, la falta de sanción a los responsables de violaciones de los derechos constitucionales y la escasez de procesos serios de investigación, producen impunidad.

Por un lado, consiste en negar a las víctimas o a sus familiares el acceso a recursos judiciales efectivos; y por otro lado, que mediante resoluciones judiciales se limite a las víctimas o a sus familiares, la obtención de información y el derecho a que se les proporcione verdad y justicia.

La creación de un Estado constitucional de Derechos y Justicia, al incorporar a la verdad como un derecho (Art. 78 Constitución de la República del Ecuador), implica estructuralmente una lucha contra la impunidad. Finalmente, se resalta que el derecho a la verdad consiste a que en el caso concreto se haga justicia, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

En ese sentido, los llamados a proteger los derechos son los funcionarios públicos y, específicamente, los judiciales; su desprotección constituye incumplimientos de los mandatos constitucionales expuestos. Al vulnerar determinados bienes jurídicos llamados a

proteger, se lesionan los valores de credibilidad y confianza de la función pública, hecho que justifica que una sanción dirigida a un funcionario público deba ser incluso más grave.

3.5. Análisis del Art. 465 del Código Orgánico Integral Penal.

En relación a la PROBLEMÁTICA JURÍDICA que se encuentra establecida en el artículo 465 del Código Orgánico Integral Penal:

“1. En los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando una persona ponga en conocimiento que ha sido víctima de una de tales infracciones penales y exista peligro de destrucción de huellas o rastros de cualquier naturaleza en su persona, los centros de salud públicos o privados acreditados a los que se acuda, deberán practicar, previo consentimiento escrito de la víctima o de su representante, los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas correspondientes”.
(CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL , 2014)

Se determina que, por Excepción, podía incorporarse medios probatorios en procura de la eficacia de la función pública en el debido proceso, para evitar que por meras formalidades este se dilate, o que se produzcan actos probatorios deficientes; esta excepcionalidad desarrolla el principio de celeridad y eficiencia, se conecta en el fondo únicamente con los delitos que causan mayor alarma social y está orientada a evitar una tardía intervención en la recolección de la prueba.

Esta necesidad justifica la existencia de estas normas de excepción, que evitan que se vulneren derechos constitucionales. Ahora bien, es indispensable que estas normas se entiendan en el marco jurídico de las garantías constitucionales y el derecho procesal penal, lo cual implica que las situaciones de excepción deban ser justificadas por el fiscal, la policía o las partes que son las que solicitan al juez que, por urgencia, se realice un acto probatorio.

CAPÍTULO IV
DISEÑO METODOLÓGICO

4.1. Tipo de Investigación.

Se realizó una investigación analítica - descriptiva, para lo cual utilicé los siguientes métodos científicos:

La investigación es documental, bibliográfica y de campo, por lo que, realicé un diseño bibliográfico (temática) y de campo (empírica).

Diseño Bibliográfico: Se recabó y se analizó datos obtenidos por otros investigadores o tratadistas conocedores de la temática a investigar; para lo cual, acudí a fuentes bibliográficas confiables y seguras.

Diseño de Campo: Se recogió opiniones valederas y directas de expertos profesionales del derecho (jueces de lo penal y abogados en libre ejercicio).

4.2. Métodos.

El Método científico hipotético-deductivo: Señaló el camino a seguir en la investigación jurídica propuesta; para verificar si se cumplen o no las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El Método Exegético-Analítico: Determinó el sentido y el alcance jurídico de la normativa referente a validez de los actos probatorios urgentes en delitos sexuales y la efectividad de la normativa jurídica con respecto a la vulneración de los derechos de la víctima en el proceso penal.

4.3. Técnicas e instrumentos

Análisis de documentos: Se utilizó la técnica basada en fichas bibliográficas que tienen como propósito analizar material impreso (libros, revistas, documentos escritos, en general, todo medio impreso), para la elaboración del marco teórico.

Internet: Dadas las posibilidades que hoy ofrece el Internet como una técnica de obtener información válida y confiable.

Diseño de encuesta: Por ser exclusivo de las ciencias sociales, se utilizó la técnica de la encuesta que permitirá requerir y recoger información de forma escrita y directa de un grupo socialmente significativo de personas que conocen sobre la problemática planteada.

4.4. Población y Muestra

Se trabajó con una población universo de:

7 Jueces que integran la Unidad Judicial Penal del cantón Guaranda.

3 Jueces que integran la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Bolívar; y,

30 profesionales del derecho en libre ejercicio profesional, elegidas al azar, por no tratarse una población extensa.

Tabla 1. Población a ser investigada

COMPOSICIÓN	CANTIDAD
Jueces de la Unidad Judicial Penal del Cantón Guaranda	7
Jueces Provinciales de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Bolívar	3
Abogados en libre ejercicio residentes en el cantón Guaranda, provincia Bolívar	30
TOTAL	40

Fuente: Población aplicada (2014-07-20).

Elaborado por: Miguel Ángel León Zavala

4.5. Investigación de campo

a) Interpretación y análisis de los resultados obtenidos de la encuesta aplicada a 30 profesionales del derecho.

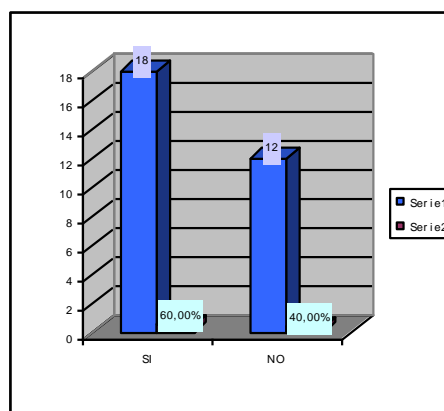
PRIMERA PREGUNTA

¿La aplicación del Art. 465 del Código Orgánico Integral Penal, que prevé la práctica de actos probatorios urgentes sin requerimiento fiscal o del juez, trae como consecuencia, la ineficacia probatoria de la prueba?

CUADRO 1

Variable	F	%
SI	18	60,00%
NO	12	40,00%
TOTAL	30	100,00%

GRAFICO 1



Fuente: Encuesta aplicada (2014-08-10)
Autor: Dr. Miguel Ángel León Zavala

Análisis e interpretación:

El sesenta por ciento de los encuestados, que corresponde a 18 abogados, contestan que la aplicación del Art. 465 del Código Orgánico Integral Penal, que prevé la práctica de actos probatorios urgentes sin requerimiento fiscal o del Juez, trae como consecuencia, la ineficacia probatoria de la prueba; y, el cuarenta por ciento de los encuestados que corresponde a 12 abogados, contestan que no.

Comparto con la opinión de la mayoría de los abogados, por cuanto, los profesionales de la salud están facultados legalmente para practicar exámenes médicos y corporales en caso de necesidad, sin embargo lo realizan sin autorización fiscal o del juez, lo que violenta el debido proceso y provoca ineficacia probatoria.

SEGUNDA PREGUNTA

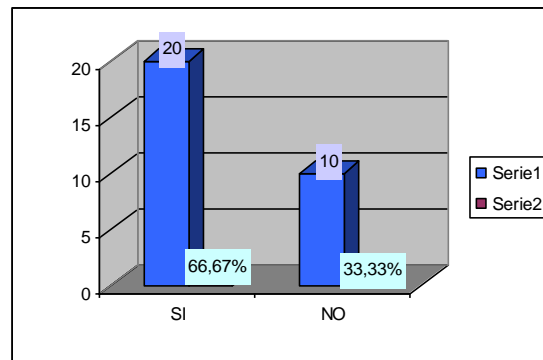
¿Cree usted, que los exámenes médicos ginecológicos practicados de forma urgente en los casos de violación y sin autorización de autoridad competente, carecen de validez probatoria?

CUADRO 2

Variable	f	%
SI	20	66,67%
NO	10	33,33%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2014-08-10)
Autor: Dr. Miguel Ángel León Zavala

GRAFICO 2



Análisis e interpretación:

El sesenta y seis por ciento de los encuestados, que corresponde a veinte abogados, contestan que si, que los exámenes médicos ginecológicos practicados de forma urgente en los casos de violación y sin autorización del juez, carecen de validez probatoria; mientras que el treinta y tres por ciento que corresponden a diez abogados contestan que no.

Comparto con el criterio de la mayoría, por cuanto los actos probatorios urgentes (examen médico legal ginecológico), deben ser practicados previa autorización del juez, y previa las solemnidades sustanciales para que estén sean válidas y surtan efectos jurídicos procesales, de tal modo, que si en una actuación procesal no se observa el debido proceso o contiene vulneración de derechos humanos carece de validez jurídica.

TERCERA PREGUNTA

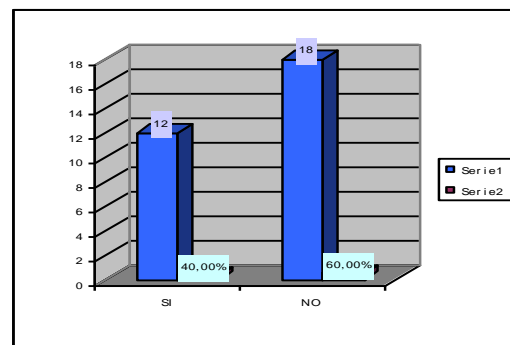
¿Está usted de acuerdo, que la exclusión de los exámenes médicos ginecológicos practicados de forma urgente en los casos de violación, sin autorización de autoridad competente, vulnera derechos constitucionales de la víctima?

CUADRO 3

Variable	F	%
SI	12	40,00%
NO	18	60,00%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2014-08-10)
Autor: Dr. Miguel Ángel León Zavala

GRAFICO 3



Análisis e interpretación:

El sesenta por ciento de los encuestados, que corresponde a dieciocho abogados contestan que, la exclusión de los exámenes médicos ginecológicos practicados de forma urgente en los casos de violación, sin autorización del juez, vulnera derechos constitucionales de la víctima; mientras que el cuarenta por ciento contesta que no.

Estoy de acuerdo con el criterio de la mayoría de la población encuestada, por cuanto, si son urgentes pueden ser practicados por profesionales conocedores de la materia y luego abalizados por peritos calificados; y no desecharlos o excluirlos por la sola omisión de formalidades, ocasionando la impunidad y vulnerando derechos de la víctima a la tutela efectiva y justicia consagrados en el Art. 75, 78 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

CUARTA PREGUNTA

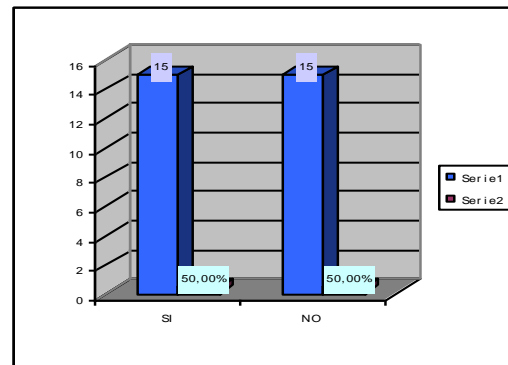
¿Está usted de acuerdo, que la simple omisión de formalidades para recoger o practicar algún acto probatorio en los delitos sexuales, vulnera garantías constitucionales del sospechoso o acusado?

CUADRO 4

Variable	f	%
SI	15	50,00%
NO	15	50,00%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2014-08-10)
Autor: Dr. Miguel Ángel León Zavala

GRAFICO 4



Análisis e interpretación:

Como puede observarse en el cuadro estadístico y en el gráfico, quince abogados que representan el cincuenta por ciento de los encuestados afirman que, la simple omisión de formalidades para recoger o practicar algún acto probatorio en los delitos sexuales, vulnera garantías constitucionales del sospechoso o acusado; mientras que el cincuenta por ciento, que corresponde a quince abogados, contestan que no.

Como podemos establecer, el cincuenta por ciento de los abogados encuestados contestan que sí y el cincuenta por ciento contestan que no. Si bien es cierto por un lado está el derecho del procesado a que se respete su derecho de legítima defensa, a estar presente y a contradecir las pruebas; también está el derecho de la víctima a la tutela efectiva y a su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas; por lo tanto, no se puede sacrificar a la justicia por la sola omisión de formalidades.

QUINTA PREGUNTA

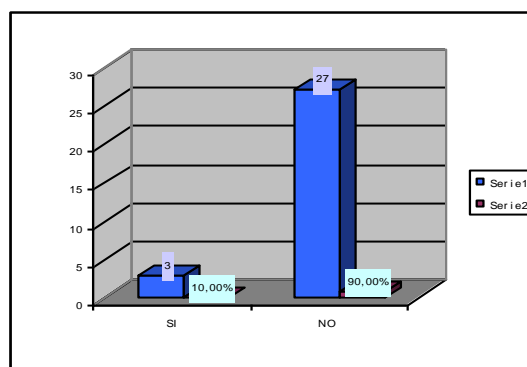
¿Está usted de acuerdo, que se deje en la impunidad delitos sexuales por la declaratoria de la exclusión de actos probatorios urgentes practicados sin las formalidades que señala la ley?

CUADRO 5

Variable	F	%
SI	3	10,00%
NO	27	90,00%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2014-08-10)
Autor: Dr. Miguel Ángel León Zavala

GRAFICO 5



Análisis e interpretación:

Del cuadro estadístico y gráfico, se desprende que veinte y siete abogados que representan el noventa por ciento de los encuestados, no están de acuerdo que se deje en la impunidad delitos sexuales por la simple omisión de formalidades para recoger o practicar algún acto probatorio; mientras que el diez por ciento, que representa a tres abogados, contestan que sí.

Comparto con la opinión de los profesionales del derecho que contestaron negativamente; si bien, la Constitución señala que las pruebas obtenidas con violación de la Constitución o la ley, no tendrá validez alguna y carecen de eficacia probatoria, también manifiesta que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades, por lo tanto, debe establecerse normas de excepción que garanticen la práctica de actos urgentes en materia de delitos sexuales para garantizar el derecho de las víctimas y brindar seguridad jurídica.

SEXTA PREGUNTA

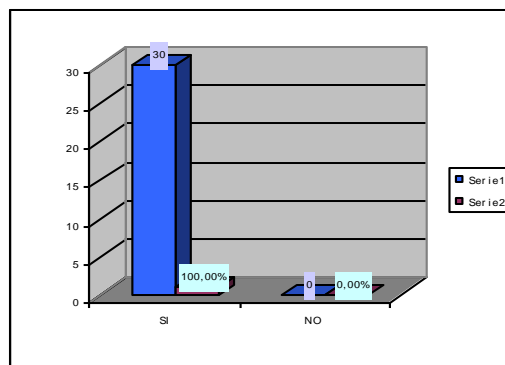
¿Cree usted, que las víctimas de delitos sexuales, se ven afectados por la práctica de actos probatorios deficientes e ineficientes que atentan contra el debido proceso?

CUADRO 6

Variable	f	%
SI	30	100,00%
NO	0	0,00%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2014-08-10)
Autor: Dr. Miguel Ángel León Zavala

GRAFICO 6



Análisis e interpretación:

Del cuadro estadístico y gráfico, se desprende que treinta abogados que representan el cien por ciento de los encuestados, creen que, las víctimas de delitos sexuales, se ven afectados por la práctica de actos probatorios deficientes e ineficientes que atentan con el debido proceso.

Comparto con la opinión respetable de los profesionales del derecho que contestaron en forma afirmativa que por inobservancia de la ley se afectan derechos, ya que en la práctica de actos probatorios urgentes no se toman las precauciones debidas, para que el procedimiento sea totalmente correcto, provocando la ineficacia de ciertos actos probatorios, lo que atenta contra el derecho de las víctimas a no ser re-victimizados particularmente en la obtención y valoración de la prueba, y por ende no garantizan la verdad material, ni real de los hechos.

SÉPTIMA PREGUNTA

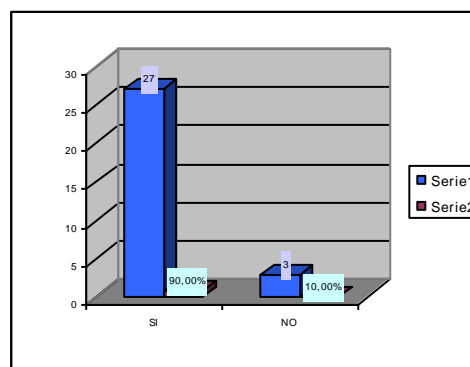
¿Está usted de acuerdo que la falta de tutela efectiva del Estado para proteger a las víctimas de delitos sexuales, por la declaratoria de exclusión de medios probatorios, ocasiona la impunidad de estos delitos que causan alarma social?

CUADRO 7

Variable	f	%
SI	27	90,00%
NO	3	10,00%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2014-08-10)
Autor: Dr. Miguel Ángel León Zavala

GRAFICO 7



Análisis e interpretación:

De la mayoría de los abogados que fueron encuestados, los veintisiete que corresponden al noventa por ciento contestan que, la falta de tutela efectiva del Estado para proteger a las víctimas de delitos sexuales, por la declaratoria de exclusión de medios probatorios, ocasiona la impunidad de estos delitos que causan alarma social; mientras que el diez por ciento que corresponden a tres abogados contestan que no.

Estoy de acuerdo con la mayoría de los encuestados que afirman que la falta de tutela efectiva por parte del Estado para garantizar el derecho de las víctimas a no ser re-victimizadas en la obtención y valoración de la prueba, esto es, que la víctima de delitos sexuales no queden en la indefensión por la sola exclusión de pruebas o actos probatorios urgentes practicados sin autorización fiscal o del juez, sacrificando de esta manera la justicia por la legalidad de la prueba.

OCTAVA PREGUNTA

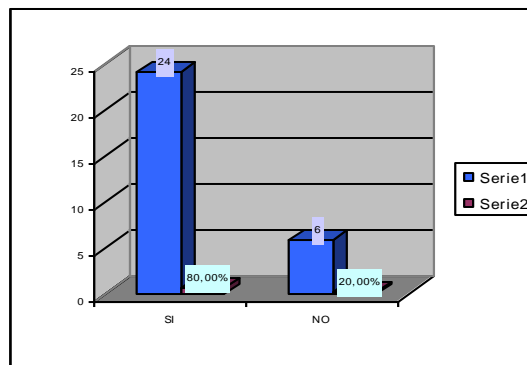
¿Considera usted que se debe dotar de normativa jurídica que determine por excepción en los casos de delitos sexuales, se pueda recoger y practicar actos probatorios urgentes sin la autorización fiscal o del juez?

CUADRO 8

Variable	F	%
SI	24	80,00%
NO	6	20,00%
TOTAL	30	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2014-08-10)
Autor: Dr. Miguel Ángel León Zavala

GRAFICO 8



Análisis e interpretación:

El ochenta por ciento de los encuestados, que corresponde a veinticuatro abogados contestan que se debe dotar de normativa jurídica que determine que por excepción en los casos de delitos sexuales, se puede recoger y practicar actos probatorios urgentes si la autorización fiscal o del juez; mientras que el veinte por ciento contestan que no.

Estoy de acuerdo con la mayoría de los encuestados, por cuanto debemos innovar y dotar de leyes efectivas y eficaces que no vulneren derechos y garanticen una justicia imparcial y expedita, no se puede sacrificar la justicia por la omisión de formalidades en la obtención de pruebas, tomando en cuenta que a medida que transcurre el tiempo, las huellas, golpes, vestigios desaparecen, y la víctima de delitos sexuales debe ser atendida inmediatamente, y son los médicos quienes le dan los primeros auxilios, y por ende quienes recaban o practican los exámenes ginecológicos de manera urgente, y por eso el juez no debe desestimarlos, sino abalizarlos, previa acreditación de los mismos en la etapa del juicio.

CAPÍTULO V
PROPUESTA JURÍDICA

5.1. Propuesta de reforma legal.

En este apartado se desarrolla un anteproyecto de ley reformativa al Código Orgánico Integral Penal, a fin de adecuar formal y materialmente la normativa legal que regula la práctica de los reconocimientos médicos urgentes en los centros de salud y la eficacia jurídica en la valoración de la prueba, a los mandatos constitucionales del derecho de la víctima a la no revictimización en la obtención y valoración de la prueba.

5.2. Título.

ANTEPROYECTO DE LEY REFORMATIVA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (vigente desde el 10 de Agosto del 2014).

5.3. Justificación.

Académicamente se justifica porque como futuros profesionales del derecho tenemos que tratar con este cuadro fáctico en nuestra labor sea como jueces, fiscales o como abogados en libre ejercicio profesional, en tal virtud, debemos tener una mayor claridad sobre los derechos constitucionales de la víctima y la aplicación del debido proceso, que se relacionan con el principio de tutela efectiva y el principio de legalidad que deben ser definidos a luz de la Constitución y a través de los métodos de interpretación constitucional, como la proporcionalidad, de manera que en la práctica forense podamos tener bases jurídicas y doctrinaria sobre la aplicación de la ley no sólo dentro de un marco de legalidad sino también de objetividad jurídica, respetando los derechos fundamentales de la persona procesada y de las víctimas consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Se deduce por tanto, que es necesario realizar una reforma al Art. 465 del Código Orgánico Integral Penal vigente desde el 10 de Agosto del 2014, que faculta a los centros de salud públicos o privados acreditados por el Consejo de la Judicatura a practicar previo consentimiento escrito de la víctima o de su representante los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas correspondientes sin autorización fiscal o del juez competente; lo que ocasiona, que de no practicarse con las formalidades y solemnidades del caso, por el principio de exclusión de la prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos o la ley, carecen de eficacia probatoria y son excluidas de la actuación procesal.

5.4. Elaboración de la propuesta.

En el ítem que se presenta en este apartado, me corresponde presentar como corolario de mi investigación el proyecto de reforma al Código Orgánico Integral Penal, tomando en cuenta la problemática legal existente y estudiada en el presente trabajo investigativo.

PROYECTO DE REFORMA LEGAL

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

Considerando:

Que, es necesario regular de mejor manera la normatividad jurídica de nuestro Código Orgánico Integral Penal, que garantice los derechos de las víctimas con relación a la obtención y valoración de la prueba.

Que, nuestro país actualmente se encuentra inmerso en un proceso de cambio y desarrollo, que requiere de la expedición de normas legales que permitan el ejercicio pleno de los derechos consagrados en la Constitución.

Que, se presenta como imperante la necesidad de incorporar al Código Orgánico Integral Penal, normas de excepción para la obtención de actos probatorios urgentes en delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, que garantice su validez y eficacia probatoria a fin de evitar la impunidad;

En uso de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución de la República de Ecuador, expide la siguiente:

REFORMAS AL CODIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Art. 1. En el Art. 454, numeral 6, incorpórese un inciso final, cuya redacción dirá:

“La eficacia probatoria implicará que la incorporación de la prueba se realice conforme a los principios del debido proceso, respetando los derechos del procesado (inmediación y debido proceso), y los derechos de las víctimas (acceso efectivo a la justicia). Por excepción y basados en los principios de celeridad y eficiencia, en los casos de necesidad previstos en

el Art. 465 de éste código, podrán efectuarse exámenes médicos o corporales de la persona investigada o procesada, de la víctima previo SIN consentimiento escrito de los mismos o de sus representantes siempre que haya autorización del fiscal o del juez, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida; se podrá incorporar estos medios probatorios en procura de la eficacia de la función pública en el debido proceso, para evitar que por meras formalidades este se dilate, o que se produzcan actos probatorios deficientes.”

Art. 2.- Refórmese el numeral 12 del Art. 449 por el siguiente texto:

“13. Solicitar a la o al fiscal la autorización judicial para la práctica de diligencias investigativas; excepto, en los casos de necesidad previstos en el Art. 465 de éste código, en cuyo caso deberá observarse las disposiciones legales que le autorizan realizar estos actos urgentes con el consentimiento de la víctima o del procesado; para que se practiquen de forma inmediata y evitar una tardía intervención en la recolección de la prueba, que deberán ser justificados posteriormente a la o el juez competente, y notificados de inmediato a la o al fiscal.”

Art. 3.- Refórmese el numeral 1 del Art. 465, por el siguiente texto:

“1. En los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva; trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando una persona ponga en conocimiento que ha sido víctima de una de tales infracciones penales y exista peligro de destrucción de huellas o rastros de cualquier naturaleza en su persona, los centros de salud públicos o privados acreditados por el Consejo de la Judicatura, a los que se acuda, deberán practicar, los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas en la víctima o en la persona investigada o procesada previo consentimiento escrito de los mismos o de sus representantes, sin que sea necesaria la autorización de la o el juzgador siempre que la persona requerida no sea físicamente constreñida.”

Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de sesiones del Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador a los 08 días del mes de Octubre del año 2015.

f)... Presidenta.

f).. El Secretario General.

CONCLUSIONES

Del trabajo investigativo, se concluye:

- El Sistema Especializado Integral de Investigación, de medicina legal y ciencias forenses o la Policía Nacional, no están facultados legalmente para practicar ningún acto probatorio urgente, de hacerlo conlleva a que esa evidencia no sea considerado como medio probatorio; los únicos autorizados son los profesionales de la salud siempre que consienta de manera expresa por escrito por la víctima o el procesado; y, la Fiscalía sólo puede ordenar la práctica de actos urgentes (exámenes médicos o corporales), con la intervención de un médico legista autorizado por la Fiscalía.
- Los exámenes médicos o corporales practicados en la persona investigada o procesada y en la víctima de forma urgente en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, sin consentimiento escrito de los mismos o de sus representantes; carecen de validez probatoria, por el principio de exclusión de la prueba ilícita e ilegal, para lo cual se aplica las reglas de los artículos 454 y 465 del Código Orgánico Integral Penal.
- La exclusión de los exámenes médicos o corporales practicados de forma urgente en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, sin previa autorización de la o el juez competente, no tienen validez alguna.
- La impunidad en delitos sexuales, específicamente en casos de violación, se da por la declaratoria de exclusión de actos probatorios urgentes (exámenes médicos legales ginecológicos), practicados sin las formalidades que señala la ley. (Art. 465 del Código Orgánico Integral Penal)
- Las víctimas de delitos sexuales, se ven afectados por la práctica de actos probatorios urgentes de manera deficientes e ineficientes que atentan contra su derecho de no revictimización en la obtención y valoración de la prueba.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda a la Asamblea Nacional, revisar los artículos 449, numeral 12; y, 465 del Código Orgánico Integral Penal, a fin de adecuarlos formal y materialmente a los derechos previstos en la Constitución de la República del Ecuador, especialmente en cuanto a la práctica de reconocimientos médicos o corporales en delitos contra la integridad sexual (violación), que se hayan realizado sin el consentimiento por escrito de la víctima o del procesado, siempre que no se haya vulnerado sus derechos (no hayan sido constreñidos).
- Se recomienda a los administradores de justicia, en la valoración de actos urgentes tener en cuenta el Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador, no sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades en la obtención de la prueba, la misma que debe ser valorada conforme sea acreditada por quien recabo o practicó la misma, sin que esta sea excluida o declarada nula por no haberse practicado conforme lo dispone la ley, sino únicamente si se ha vulnerado derechos constitucionales.
- A la Asamblea Nacional, que incorpore al Código Orgánico Integral Penal, normas de excepción que garanticen la práctica de actos urgentes en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, para garantizar el derecho de las víctimas y brindar seguridad jurídica, tomando en cuenta que la Constitución señala que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades.
- A la Asamblea Nacional, que innove y dote de leyes efectivas y eficaces que no vulneren derechos y garanticen una justicia imparcial y expedita, teniendo en cuenta que no se puede sacrificar la justicia por la omisión de formalidades en la obtención de medios de pruebas (reconocimiento médicos o corporales sin consentimiento por escrito de la víctima o del procesado); obtenidas por médicos quienes dan los primeros auxilios, y por ende quienes recaban o practican los exámenes ginecológicos de manera urgente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABARCA Galeas, Luis Humberto.- “Fundamentos Constitucionales del Sistema Procesal Oral Ecuatoriano”, Corte Suprema de Justicia. S.F. de Quito – Ecuador 2006.
2. ABARCA Galeas, Luis Humberto.- “Los delitos Sexuales en el Código Penal y Jurisprudencia del Ecuador”, Edicentro, Riobamba, 1994.
3. ALSINA, Hugo. (2001). *Fundamentos de Derecho Procesal*. México D.F.: Jurídica Universitaria.
4. ARMAS, Antonio Vicente.- “Compendio de Derecho Penal”, Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1982.
5. AVILA, RAMIRO. (2008). *Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Ecuador: Serie Justicia y Derechos Humanos.
6. AZULA CAMACHO, Jaime. (2008). *Manual de Derecho Procesal*. Bogota - Colombia: Temis.
7. BERNAL, Carlos. (2005). *El Derecho de los derechos*. Bogotá - Colombia: Universidad Externado de Colombia.
8. BERMUDEZ Coronel, Eduardo.- “Debido Proceso”, Projusticia. 1ra. Edición Impresora Rocafuerte. Ecuador 2001
9. CABANELLAS Guillermo, “Diccionario de Derecho Usual”, Editorial Heliasta SRL., Bogota, Argentina, 1974.
10. CARRARA Francisco, “Programa de Derecho Criminal”, impreso y editado por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1990.
11. COUSINO, Luis.- “Manual de Medicina legal”, Tercera Edición Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 19962.

12. GUARIGLIA, Fabricio. (s.f.). *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Fundación Myrna Mack, Serie Justicia y Derechos Humanos.
13. GUZMÁN LARA, Aníbal.- “Diccionario explicativo del Derecho penal Ecuatoriano”, Editorial ÉPOCA, Tomo II, Quito, 1977.
14. HOYOS, Alberto. (1998). *El debido proceso en el sistema jurídico de Panamá*. Bogotá - Colombia: Temis
15. LLORRE MOSQUERA, Víctor. (1979). *Derecho Procesal Penal* . Quito - Ecuador: Fondo de Cultura Ecuatoriana.
16. LOPEZ CEDEÑO, J., & CHIMBO VILLACORTE, D. (2014). *COMPILACIÓN DE LEYES*. Quito: SofiGraf.
17. MAGGIORE, Giuseppe, “Derecho Penal”, Tomo I, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1971.
18. MORALES, Hernando. (2009). *Sentencia No. 027-09-SEP-CC, Caso No. 0011-08-EP*. Quito - Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
19. PAEZ, Olmedo. (1984). *Génesis y Evolución del Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito - Ecuador: Universitaria.
20. WITKER, Jorge, “Metodología de la Enseñanza del Derecho”, Editorial Nacional, México D.F., 1975.
21. ZAFFARONI, Eugenio. “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, Tomos I y V., Editorial Eliar, Argentina, 1988.

LEGISGRAFIA

22. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. 1RA. EDICIÓN. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito 2008.
23. LEY ORGÁNICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. 1RA. EDICIÓN. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito 2009.

24. CÓDIGO PENAL, actualizado a marzo del 2009, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2009.
25. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, actualizado a marzo del 2015, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2015.
26. CODIGO ORGANICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2009.

ANEXOS

a) Parte policial.

uno - 1 - 4

Parte No: SURCP11017477 Fecha y Hora de Impresión: 2016-04-30 11:10



REPÚBLICA DEL ECUADOR MINISTERIO DEL INTERIOR
NOTICIA DEL INCIDENTE



INFORMACIÓN DE LOS DETENIDOS Hora aproximada del hecho: 04:55:00

N.	NOMBRE DEL DETENIDO	CEDULA	F. DETENCIÓN	H. DETENCIÓN
1	RUIZ PAREDES GABRIELA ELIZABETH	0202301016	2016-04-30	04:55:00

Información General

Fecha de Elaboración: 2016-04-30 Hora: 10:29:00 Parte Policial No: SURCP11017477

Servicio Policial: POLICIA COMUNITARIA (SU/SR)

Identificación de la Unidad de Policía que intervino en el Hecho

Zona:	Sub Zona:	Distrito:	Circuito:
ZONA 5 - LITORAL	BOLIVAR	GUARANDA	15 DE MAYO
Sub Circuito:	Unidad Policial:		
15 DE MAYO 1	15 DE MAYO		

Identificación Geográfica y Cronológica del Hecho

Calle Principal: CALLE GARCIA MORENO GUARANDA

Calle Secundaria: CALLE VIA A PIRCAPAMBA GUARANDA

Número de Casa:

Latitud: -1.5907043532476 Longitud: -78.99317244506

Lugar del Hecho: AREA PRIVADA Sub Lugar del Hecho: ESPACIO PRIVADO

Sector o Punto de Referencia: TERMINAL TERRESTRE VIA A PIRCAPAMBA

Fecha del Hecho: 2016-04-30

Hora Aproximada del Hecho: 04:55:00

Clasificación del Parte

Tipo: Policial

Información del Hecho

Solicitado Por: ECU-911 Presunta Flagrancia: SI

Presunta Arma Utilizada: CONTUDENTE Movilización del Agresor: SIN DATO

Tipo de Operativo: ORDINARIO Subtipo de Operativo: COLABORACION CON CIUDADANIA

Circunstancias del Hecho.

Parte Elevado al Sr/a: CRNL. YANEZ VEGA DIEGO MAURICIO

COMANDO SUBORDINADO DE PREVENCIÓN - RESERVA

EN 30 04 2016

11445

[Signature]

• 1/3 •

Doc-24

Porte No: SURCP11017477 Fecha y Hora de Impresión: 2016-04-30 11:02

Documento: CÉDULA Número: 0202301016
 Edad: 20 Años Estado Civil: SOLTERO
 Sexo: FEMENINO Ocupación: ESTUDIANTE
 Instrucción: SECUNDARIO Nacionalidad: ECUADOR
 Fecha de la Detención: 2016-04-30 Hora de la Detención: 04:55:00
 Lugar de la Detención: CALLE GARCIA MORENO GUARANDA Y CALLE ELOY ALFARO Dirección del Detenido: VIA A PIRCAPAMBA

Presunta Org. Delictiva:
 Observaciones:



GARANTIAS BÁSICAS AL MOMENTO DE LA DETENCIÓN O APREHENSIÓN

El Agente Aprehensor SGOS ALVARO RAMIREZ WASHINGTON PATRICIO, certifica que dio Lectura de las Garantías Básicas Constitucionales establecidas en el Artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador numerales 3, 4 y 5 para extranjeros? **SI**

MEDIOS LOGISTICOS UTILIZADOS POR EL PERSONAL POLICIAL

Tipo	Placa / Serie	Marca	Siglas	Novedades
VEHICULO	s/p	lta	3040	SIN NOVEDAD

PERSONAL POLICIAL QUE PARTICIPO EN EL HECHO

Grado	Apellidos	Nombres	Servicio	Función	Firma
SGOS	ALVARO RAMIREZ	WASHINGTON PATRICIO	PREVENTIVO	JEFE DE PATRULLA	 C.C. 1713733788
Número Celular: 0985519123 Correo Electrónico: alvaro041978@yahoo.es					
POLI	REA ROCHINA	ANGEL ALBERTO	PREVENTIVO	CONDUCTOR	 C.C. 0201898111
Número Celular: 0997385344 Correo Electrónico: pechin12@yahoo.es					

b) Certificado médico.

Em-3-2



HOSPITAL ALFREDO NOBOA MONTENEGRO

Guaranda, 30 de Abril del 2016

CERTIFICADO MÉDICO

Certifico que el PCTE RUIZ PAREDES GABRIELA ELIZABETH ,CI # 020230101-6 QUE ACUDE A ESTA CASA DE SALUD AL AREA DE EMERGENCIA CON DIAGNOSTICO DE EXAMEN MEDICO GENERAL CIE 10 T00.

Es todo cuanto puedo certificar en honor a la verdad, pudiendo el interesado hacer uso del presente en lo que estime necesario excepto para tramites legales y/o judiciales.

Atentamente



HOSPITAL ALFREDO NOBOA MONTENEGRO
Dr. Rodrigo Gaibor J.
MÉDICO RESIDENTE

DR. RODRIGO GAIBOR JURADO

**MÉDICO RESIDENTE
HOSPITAL ALFREDO NOBOA MONTENEGRO.**

c) Hoja No. 8.- Historia Clínica.

HOSPITAL ALFREDO NOBOA MONTENEGRO CODIGO 083062

cuotas-4-4

APELLIDO PATERNO		APELLIDO MATERNO		PRIMER NOMBRE		SEGUNDO NOMBRE		EDAD	CEDULA DE CIUDADANIA
RUIZ		PAREDES		GABRIELA		ELIZABETH		20	0202301016
SERVICIO		EMERG		FECHA DE ENTREGA		30/04/2016		HCL	

1 HEMATOLOGICO										3 COPROLOGICO Y COPROPARASITARIO									
HCTO	%	HR		g/dl	VCM		RETICULOCITOS			COLOR	HEMPGLOBINA		ESPORAS		FIBRAS				
VELOCIDAD DE SEDIMENTACION PLAQUETAS					HCM		GRUPO			CONSIST	SANGRE OCULTA PNM		MICELIOS		ALMIDON				
LEUCOCITOS					CHCM		FACTOR RH			pH			MOCO		GRASA				
METAM	%	BASO F		%	HIPOCROMIA		COOMBS			PROTOZOARIOS	QUIST E	TROFO	HELMINTOS		HUEVO				
CAYAD	%	MON DC		%	ANISOCITOSIS		TIEMPO DE COAG												
SEGME	%	LINFO		%	POIQUILOCIT		TIEMPO DE SANG T P												
EOSIN	%	ATIP		%	MICROSITOSIS		TT P												
					POLICROMAT														
										ROTAVIRUS:									

2 UROANALISIS	
ELEMENTAL	MICROSCOPIO
DENSIDAD	ASPECTO
pH	PROCTOS JC
PROTEINA	ERITROCITOS / C
GLUCOSA	CELULAS
CETONA	BACTERIAS
HEMOGLOBINA	HONGOS
BILIRUBINA	MOCO
UROBILIROGEN ID	CRISTALES
NITRITO	CILINDROS
LEUCITOS	
CKM:	

4 QUIMICA									
DETERMINACION	RESULTADO	UNIDAD DE MEDIDA	VALOR DE REFERENCIA	DETERMINACION	RESULTADO	UNIDAD DE MEDIDA	VALOR DE REFERENCIA		
GLUCOSA EN AYUN		mg/dl	70-115	TRANSAMINASA PRUVICA (ALT)		u/l	31-41		
GLUCOSA 7 HORAS		mg/dl	110-130	TRANSAMINASA OXALACETICA		u/l	31-35		
UREA		mg/dl	15-50	FOSFATASA ALCALINA		u/l	Mn170		
CREATININA		mg/dl	0,6-1,1	FOSFATASA ACIDA					
BILIRUBINA TOTAL		mg/dl	Mn1,1	COLESTEROL TOTAL		mg/dl	Mn 20		
BILIRUBINA DIRECTA		mg/dl	Mn0,2	COLESTEROL HDL		mg/dl	My35		
BILIRUBINA INDIRECTA		mg/dl	Mn0,85	COLESTEROL LDL		mg/dl			
PROTEINA TOTAL		g/dl	5,7-8,0	TRIGLICERIDOS		mg/dl	75-150		
ALBUMINA		g/dl	3,5-5,2	HIERRO SERICO					
GLOBULINA		g/dl	2,3-3,3	AMILASA		u/l	Mn100		
ACIDO URICO		mg/dl	2,3-8,2	LIPASA		u/l	Mn 60		

5 SEROLOGIA	
VIR	ARTO
VDRL	LATEX
TORCH	PCR

6 SECRECIONES VAGINALES	

7 AGLUTINACIONES FEBRILES	

8 OTROS	
CRISTALOGRAFIA	
PSA	

9 TEST DE EMBARAZO	
SANGRE	NEGATIVO
ORINA	

10 HELICOBACTER PYLORI	
SANGRE	
HECES	

11 ESPECIALES		
PROTEINAS EN 24 HORAS:	ORINA: 28-141 mg/ 24 horas	LCR: 15-45 mg/ dl
HEPATITIS A:		
HEPATITIS B:		

FIRMA LABORATORISTA

d) Fotografías.

Caso 5-f

LAMINAS FOTOGRAFICAS

