



Ciencia Latina
Internacional

Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar, Ciudad de México, México.
ISSN 2707-2207 / ISSN 2707-2215 (en línea), julio-agosto 2024,
Volumen 8, Número 4.

https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v8i4

EL TESTIMONIO ANTICIPADO COMO VALOR PROBATORIO EN LOS DELITOS SEXUALES

ANTICIPATORY TESTIMONY AS EVIDENTIARY VALUE IN
SEXUAL CRIMES

José Alejandro Plúa Briones

Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí - Ecuador

Sonia Gabriela Plúa Barcia

Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí - Ecuador

Juana De Jesús Ochoa Soledispa

Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí - Ecuador

DOI: https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v8i4.12938

El testimonio anticipado como valor probatorio en los delitos sexuales

José Alejandro Plúa Briones¹

e1316285558@live.ulead.edu.ec

<http://orcid.org/0009-0009-1013-9579>

Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí
Ecuador

Sonia Gabriela Plúa Barcia

sonia.plua@uleam.edu.ec

<http://orcid.org/0000-0002-9378-9076>

Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí
Ecuador

Juana De Jesús Ochoa Soledispa

juana.ochoa@uleam.edu.ec

<http://orcid.org/0009-0002-1668-1130>

Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí
Ecuador

RESUMEN

El Art. 502 del COIP, define al testimonio y en su numeral 2 al testimonio anticipado. El juzgador podrá recibir como prueba anticipada: a) los testimonios de las personas gravemente enfermas; b) de las personas físicamente imposibilitadas; c) de las personas que van a salir del país; d) de las víctimas o testigos protegidos; e) informantes; f) agentes encubiertos y g) de todas aquellas personas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, pág. 195). En esta prueba se determina quienes pueden rendirla, añadiéndose que, en el caso de delitos de connotación sexual, pueden rendirla los menores de 18 años, atendiendo de conformidad al inciso 1 del Art. 44 de la Constitución de la República: «al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas» (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, pág. 42) no pudiendo éstos ser revictimizados.

Palabras clave: testimonio, testimonio anticipado, intermediación, contradicción, revictimización

¹ Autor Principal

Correspondencia: e1316285558@live.ulead.edu.ec

Anticipatory testimony as evidentiary value in sexual crimes

ABSTRACT

Art. 502 of the COIP defines testimony and in its section 2, advance testimony. The judge may receive as advance evidence: a) the testimonies of seriously ill people; b) physically disabled people; c) of the people who are going to leave the country; d) of the victims or protected witnesses; e) informants; f) undercover agents and g) all those people who demonstrate that they cannot appear at the trial hearing (National Assembly of Ecuador, 2014, page 195). This test determines who can take it, adding that, in the case of crimes with sexual connotations, minors under 18 years of age can take it, in accordance with paragraph 1 of Art. 44 of the Constitution of the Republic: "at the beginning of Their superior interests and rights will prevail over those of other people" (National Constituent Assembly of Ecuador, 2008, page 42) and they cannot be re-victimized.

Keywords: testimony, advance testimony, immediacy, contradiction, revictimization

Artículo recibido 05 julio 2024

Aceptado para publicación: 08 agosto 2024



INTRODUCCIÓN

La importancia del testimonio anticipado, según el Art. 453 del Código Orgánico Integral Penal, es: “llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada”. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, pág. 173)

La prueba anticipada tiene como objeto llevar la realidad de los hechos investigados a la o el juzgador, quien esclareciendo o dilucidando la realidad de los hechos investigados, podrá constatar los hechos de la causa, es decir, cómo ocurrieron éstos en el espacio y el tiempo, a fin de llegar al más próximo nivel posible de la realidad de los hechos que se investiga o discute. Sin pruebas es imposible dictar sentencia.

El medio de prueba más trascendente, en el proceso penal, es el testimonio, definido en el inciso 1º del Art. 501 del COIP, como “el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de las infracción penal”. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, pág. 195)

Doctrinariamente, el jurista argentino Dr. José Cafferata Nores, en su obra *La prueba en el proceso penal*, define al **testimonio**, como:

La declaración de una persona física recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer por percepción de sus sentidos sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de éstos” (Cafferata Nores, 1998, pág. 94)

DESARROLLO

La prueba testimonial anticipada. Generalidades

La procesalista colombiana Dra. Ángela María Buitrago Ruiz, en su obra *La reforma procesal penal en Colombia*, indica, respecto de la prueba anticipada que:

Ésta se realiza en una etapa anterior, prevista para la práctica de la prueba; por esa razón, se dispone que durante la investigación y antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, se pueda practicar cualquier medio de prueba pertinente. (Buitrago Ruiz, 2004, pág. 133)

Más exacta es la definición que, de esta prueba, hace el Juez de la Corte Provincial de Imbabura Dr. Farid Estuardo Manosalvas Granja, quien al definir al testimonio anticipado, expresa.

Llamado también «**anticipo jurisdiccional**», no es otra cosa que una prueba anticipada (o antelada) que tiene por finalidad cumplir lo que dispone el artículo 78 de la Constitución de la



República, entre otros, evitar la *revictimización* de una persona que ha sufrido una afección de su derecho y cuando esta no puede comparecer por cualquier circunstancia que está señalada por la Ley a la audiencia de juicio. (Jaramillo Proaño, 2017, págs. 72 - 73)

Por su parte, los procesalistas chilenos Dres. María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, en el Tomo II de su obra *Derecho Procesal Penal Chileno*, señalan, respecto del testimonio anticipado, que ésta es una excepción a la regla general, porque debe ser rendida en la audiencia del juicio oral, cuando expresan:

Que es una excepción a la regla general en materia de rendición de prueba, la cual puede ser decretada por el juez de garantía durante la etapa de investigación o durante la audiencia de preparación del juicio oral [...] Durante la etapa de investigación, la recepción de la prueba anticipada sólo procede a solicitud del fiscal cuando el testigo, después de declarar ante él, manifestare *la imposibilidad de concurrir a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la proximidad de su muerte, su incapacidad física o mental o algún otro obstáculo semejante*. (Horvitz Lennon & López Masle, 2007, págs. 143 - 144)

Complementan los juristas chilenos su afirmación que el testimonio anticipado es una excepción a la regla general, cuando expresan el caso que el testigo se encuentre en Chile o en el extranjero, porque en el primer caso se realizará ante el juez de garantía y, en el segundo ante un cónsul chileno o del tribunal del lugar en que se hallare. (Horvitz Lennon & López Masle, 2007, págs. 143 - 144)

En el derecho comparado la prueba testimonial anticipada es más precisa, ajustándose a cabalidad con las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005, a las que se hará referencia en el cuerpo de este trabajo.

La prueba testimonial anticipada en el proceso penal ecuatoriano

El numeral 2º del Art. 502 del COIP, determina que la o el juzgador podrá recibir como *prueba anticipada* los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio; disponiendo, de



acuerdo al numeral 5° del Art. 502 del mencionado código que *«las niñas, niños y adolescentes declararán sin juramento, pero con la presencia de sus padres o un curador que será nombrado y posesionado en la misma audiencia de juicio»* » (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, pág. 196)

La jurista nacional Dra. Marjorie Yanes Sevilla, en su Tesis de Maestría, titulada *El testimonio anticipado como medio de prueba en delitos de abuso sexual*, invocando el derecho comparado, indica:

El testimonio anticipado es un medio de prueba *comúnmente utilizado en los delitos de naturaleza sexual*, porque permite plasmar una prueba que favorece ampliamente a la víctima y que además es considerada preponderante para condenar. esta prueba en su evacuación vulnera el principio de contradicción, el derecho a la defensa y por tanto al debido proceso establecido en la Constitución de la República del Ecuador; es por ello que es fundamental que la normativa penal ecuatoriana especifique reglas bajo las cuales debe practicarse una prueba anticipada (TA), y con ello evitar la vulneración de derechos y principios fundamentales. (Yanes Sevilla, 2021)

Claramente la Dra. Yanes afirma que el testimonio anticipado, en el Ecuador, adolece de una serie de irregularidades porque:

- a) Permite plasmar una prueba que favorece ampliamente a la víctima;
- b) Que es considerada preponderante para condenar;
- c) Que esta prueba, en su evacuación, vulnera el principio de contradicción;
- d) Que esta prueba, en su evacuación, vulnera el derecho a defensa;
- e) Que esta prueba, en su evacuación, vulnera el debido proceso establecido en la Constitución de la República del Ecuador, y,
- f) Que esta prueba, por los defectos señalados incumple gravemente el derecho constitucional a la *seguridad jurídica*, contemplado en el Art. 82 de la Constitución de la República, *«que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes»* (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, pág. 33)

En forma categórica la reiterada jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, se refiere a la seguridad jurídica, cuando en Resolución N° 111/2013, recaída en juicio N° 07333-2019-01514, definió a la seguridad jurídica, indicando que ésta:

Desde el punto de vista objetivo, es entendida como un conjunto de características estructurales y funcionales que todo ordenamiento jurídico debe observar y cumplir, por lo que, el mismo debe ofrecer lineamientos claros, precisos y estables con la finalidad de que los ciudadanos adecuen sus conductas al marco legal existente; a lo que se suma que, el contenido del ordenamiento jurídico nacional debe procurar la dignidad de la persona y el goce de los derechos humanos como condiciones necesarias para posibilitar y consolidar la seguridad jurídica en su dimensión objetiva. (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 2023)

Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, en Sentencia N° 067-14-SEP-CC, define, en su jurisprudencia vinculante al *debido proceso* y a la *seguridad jurídica*, que respetuosamente reproduzco conforme a su texto exacto, cuando indica.

Derecho al debido proceso: El debido proceso incluye un conjunto de garantías básicas que deben considerarse como mínimos dentro de un proceso, mismas que tienden a evitar arbitrariedades en todas las instancias judiciales; y que necesariamente deben concluir en una resolución justa y motivada, pues, la consecuencia inmediata de dicha vulneración implica la anulación del auto o sentencia. (Corte Constitucional del Ecuador, 2014)

Derecho a la seguridad jurídica: La seguridad jurídica es un derecho que implica que la Constitución garantiza a todas las personas una plena certeza y conocimiento de las posibles consecuencias jurídicas, por su accionar positivo así como por cualquier omisión a un mandato expreso, todo esto, en relación a lo que establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano.; De lo anotado se deduce, que la Constitución del Ecuador garantiza la seguridad jurídica a través de la concreción del debido proceso, ya que es obligación de los operadores judiciales efectuar el ejercicio de la potestad jurisdiccional en estricto apego a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Ley, lo que implica una correcta y debida aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico, afianzando así la seguridad jurídica. (Corte Constitucional del Ecuador, 2014)



Testimonio anticipado como valor probatorio en los delitos sexuales en el Ecuador

El presente trabajo examina *la situación del testimonio anticipado como valor probatorio en los delitos sexuales*, utilizándose en esta clase de delitos, mereciendo críticas porque, un sector de la doctrina, estima que se favorece a la víctima.

El Agente Fiscal de Imbabura, Fiscalía Especializada de Violencia de Género, abogado Edwin Anrrango Mesa, al referirse al testimonio anticipado de la víctima menor de edad en el caso de delitos sexuales, indica que el testimonio anticipado:

Permite que la víctima, menor de edad, a la brevedad posible, se libre cuanto antes del tormentoso relato traumático sufrido y retome el curso normal de su vida, con la asesoría de profesionales en psicología, teniendo en consideración que el transcurso del tiempo es irrefrenable y de postergarse el testimonio se dificulta la fidelidad de los hechos dada la fragilidad de la memoria. (Jaramillo Proaño, 2017, págs. 73 - 74)

El testimonio anticipado como valor probatorio en los delitos sexuales, pese a lo dispuesto en el Art. 502 del COIP es un medio de prueba comúnmente utilizado en los delitos de naturaleza sexual, porque permite plasmar una prueba que favorece ampliamente a la víctima y que además es considerado preponderante para condenar.

El jurista nacional Dr. Juan Fernando Carpio Dávila, en su tesis de Maestría de Derecho Penal en el Departamento de Posgrados de la Universidad del Azuay, titulada *El testimonio anticipado frente a los principios que rigen la prueba y los derechos del procesado*, indica, respecto del testimonio anticipado que se ha implementado esta figura en nuestro ordenamiento jurídico y en términos generales:

Por la necesidad del Estado de perseguir una acción cuando medie el peligro que desaparezca una prueba testimonial, además de garantizar un derecho constitucional como lo es evitar la revictimización y también el derecho de la sociedad de conocer la verdad. (Carpio Dávila, 2019, pág. 19)

Complementando y fundamentando, adecuadamente, lo sostenido en párrafo anterior, el mencionado Dr. Carpio Dávila, expresa, en su citada obra que esta excepción jurídica persigue:

- a) Proteger la fuente de la prueba para así impedir la impunidad,

- b) Que esta prueba debe practicarse sin vulnerar garantía constitucional alguna, recordando que mientras no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, el procesado seguirá siendo inocente y deberá ser tratado como tal conforme lo establece la Constitución de la República (Art. 76 N° 2)
- c) Que en apego a los principios de inmediación y contradicción (Art. 502 N° 2 COIP), es atribución del Fiscal solicitar al juzgador la recepción del testimonio anticipado, según lo establece el Art. 444 N° 7 del COIP.
- d) Finalmente, cuando se trate de contravenciones contra la mujer y miembros del grupo familiar el juez de oficio podrá ordenar la práctica de esta diligencia, conforme lo establece el Art, 643 N° 5 del COIP. (Carpio Dávila, 2019, pág. 19)

Por otra parte, el jurista nacional Dr. Jorge Zavala Baquerizo, en el Tomo V de su obra *Tratado de Derecho Procesal Penal*, justifica la existencia de la «*prueba anticipada*» cuando expresa:

Puede suceder que los testigos por causas especiales no estén en posibilidad de comparecer ante el Tribunal Penal por lo que la ley prevé que, en estos casos, se anticipe el testimonio de la persona que se encuentre en esta situación excepcional permitiendo que el juez penal, o el fiscal, en la instrucción fiscal reciba el testimonio de nuestra referencia para impedir que desaparezca un medio de prueba que puede ser vital para la correcta decisión del respectivo proceso. (Zavala Baquerizo, 2005, pág. 60)

Fundamentación jurídica de la prueba testimonial anticipada de niñas, niños y adolescentes en el proceso penal

El procesalista colombiano Dr. Luis Fernando Bedoya Sierra, se refiere a la fundamentación jurídica de la prueba testimonial anticipada de niñas, niños y adolescentes en el proceso penal, cuando se refiere a lo traumático de esta prueba para cualquier persona y especialmente para un niño, cuando expresa:

En el ordenamiento jurídico colombiano han sido adoptadas medidas para aminorar dicho efecto; concretamente en la Ley de Infancia Adolescencia, se estableció que el testimonio del menor debe ser tomado por el Defensor de Familia, y en varias regiones del país se ha utilizado la Cámara de Gesell [...] La presencia del psicólogo forense en uno de los salones dispuestos para el menor busca brindarle intimidad para que rinda tranquilamente su versión de los

hechos, y principalmente, para evitarle la victimización secundaria que genera de por sí el escenario judicial y la presencia de público [...] La protección del menor debe extenderse a su intervención como testigo en la audiencia de juicio oral cuando a ello haya lugar. En cada evento debe evaluarse si la presencia del niño en la sala de audiencia – y de acuerdo al Art. 504 del COIP personas con discapacidad y adultos mayores – frente al acusado puede generarle traumatismos inaceptables; por lo que debe adoptarse las medidas necesarias para que ello no ocurra [...] Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado ex profeso, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física o moral, configurándose un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del proceso penal puesto que el artículo 44 [en el Ecuador igualmente Art. 44] ordena proteger a los niños y niñas de toda violencia física o moral. (Bedoya Sierra, 2008, págs. 110 - 111 y 115)

Lo anteriormente expuesto – aplicado en Colombia - concuerda plenamente con el Art. XI de las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005, que se *refiere al derecho de los niños víctimas y testigos de delitos a ser protegidos de sufrimientos en el proceso de justicia garantizando el respeto de su interés superior y su dignidad, destacando que además se utilice procedimientos idóneos para los niños, incluidas:*

- a) salas de entrevistas concebidas para ellos;
- b) servicios interdisciplinarios para niños víctimas de delitos integrados en un mismo lugar;
- c) salas de audiencia modificadas teniendo en cuenta a los niños testigos;
- d) recesos durante el testimonio de un niño;
- e) audiencias programadas a horas apropiadas para la edad y madurez del niño;
- f) un sistema apropiado de notificación para que el niño sólo comparezca ante el tribunal cuando sea necesario y
- g) otras medidas que faciliten el testimonio del niño, a lo que se añade que los profesionales que, en el contexto de su trabajo estén en contacto con niños víctimas y testigos de delitos o tengan la responsabilidad de atender las necesidades de los niños víctimas y testigos de

delitos o tengan la responsabilidad de atender las necesidades de los niños en el sistema de justicia, deben aplicar medidas que:

- Limiten y reduzcan el número de entrevistas, declaraciones, vistas y concretamente, todo contacto innecesario en el proceso de justicia, por ejemplo, utilizando grabaciones de video;
- Velen porque los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito y además ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se les deba proporcionar en el tribunal salas de espera separadas y salas de entrevistas privadas; c) que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos así como permitir la supervisión por parte de magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que éste sea objeto de intimidación, por ejemplo, utilizando medios de ayuda para prestar testimonio o nombrando a expertos en psicología (Consejo Económico y Social de la ONU, 2005, págs. 9 - 10)

Claramente, en el derecho comparado, como ocurre en Colombia, existe concordancia con las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005, *especialmente en lo que dice expresa relación con el derecho de la víctima de evitar la confrontación visual con el procesado*, reglas que pese a ser ratificadas por el Ecuador, en lo que dice relación con testimonio anticipado no se practican en el país, lo que se esclarecerá más adelante al señalar las deficiencias del testimonio anticipado de niñas, niños y adolescentes en el proceso penal de nuestro país.

La revictimización de niñas, niños y adolescentes en el proceso penal

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Ignacio José Subijana Zunzunegi y el catedrático de Psicología Clínica en la Universidad del País Vasco, Dr. Enrique Echeburúa Odriozola, en su artículo *Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: El control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados*, se refieren a este tipo de prueba indicando:

Cuando no se cuenta con indicios físicos u objetivos (tales como lesiones, elementos biológicos) o no existen testigos, *el juzgador cuenta con dos tipos de fuentes de conocimiento para valorar la ocurrencia de los hechos denunciados:*

a) el testimonio del menor (huella mnésica) y

b) el posible daño psíquico asociado (huella psicopatológica). (Subijana & Echeburúa, 2018, pág. 24)

Los señalados Autores Subijana y Echeburúa, al referirse al daño, indican que

No existe ***un perfil psicopatológico único vinculado al abuso sexual infantil***, por lo que resulta arriesgado acreditar una supuesta experiencia de victimización sexual solo a partir de indicadores clínicos. Por ello la huella mnésica de la víctima adquiere un especial protagonismo en este tipo de delito, pero este testimonio es fácil de contaminar en ***víctimas vulnerables en razón de su edad, capacidad intelectual o equilibrio emocional*** (Subijana & Echeburúa, 2018, pág. 24)

Claramente y en forma fundada, los citados profesionales españoles, ponen énfasis en la ***huella mnésica*** relacionada con testimonio de las niñas, niños y adolescentes, a la que se añaden los requisitos exigidos por las ***Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos***, aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005, en la cual es esencial la exigencia de un ***psicólogo forense***, el cual, de conformidad a lo que expresa la psicóloga forense mexicana Dra. Guadalupe Carolina Santaella Rivas, en su trabajo de diplomado en la Facultad de Estudios Superiores Zaragoza de Psicología de la Universidad Nacional Autónoma de México titulado *La psicología del testimonio: una técnica de evaluación forense*, cuando expresa:

La psicología jurídica ayuda a que la justicia tenga en cuenta los criterios científicos en la aplicación de la ley, lo que disminuye la probabilidad de errores cometidos por los administradores de la justicia en la aplicación de la ley, por lo que el psicólogo forense podrá desempeñarse y participar activamente en la investigación de un delito, coadyuvando al Derecho. (Santaella Rivas, 2013, pág. 5 y 13)



La mencionada psicólogo forense mexicana Dra. Santaella Rivas, en la señalada obra, se refiere a los requisitos que debe tomar en consideración el competente Tribunal o el Ministerio Público, para la designación de peritos, cuando indica que esta designación, deberá recaer:

- a) En personas que desempeñan ése cargo por nombramiento judicial, y que se encuentren a sueldo fijo.
- b) Si no hubiere peritos oficiales titulados se nombrarán de entre las personas que desempeñen el profesorado del ramo correspondiente en las escuelas nacionales, o bien de entre los funcionarios o empleados de carácter técnico en establecimientos o corporaciones dependientes del gobierno. (Santaella Rivas, 2013, pág. 5 y 13)

Según lo señalado por la psicóloga forense mexicana invocada, es imperiosamente necesaria la presencia de un psicólogo forense en el testimonio de niñas, niños y adolescentes, en concordancia con las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005, que se analizan en el punto siguiente.

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, aprobadas por el consejo económico y social de la organización de naciones unidas en su resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005

Las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005, especialmente en sus Arts. IV y XI, disponen:

Art. IV. Definiciones

9. Las siguientes definiciones se aplican al conjunto de las presentes Directrices:

- a) Por “**niños víctimas y testigos**” se entenderán los niños y adolescentes menores de 18 años que sean víctimas o testigos de delitos, independiente de su papel en el delito o en el enjuiciamiento del presunto delincuente o grupo de delincuentes;
- b) Por “**profesionales**” se entenderán las personas que, en el contexto de su trabajo estén en contacto con niños víctimas y testigos de delitos o tengan la responsabilidad de atender las necesidades de los niños víctimas y testigos de delitos o tengan la responsabilidad de

atender las necesidades de los niños en el sistema de justicia y para quienes sean aplicables las presentes directrices [...] (Consejo Económico y Social de la ONU, 2005, págs. 4 - 5)

Art. XI. Derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia

29. Los profesionales deberán tomar medidas para evitar sufrimiento a los niños víctimas y testigos de delitos durante el proceso de detección, instrucción y enjuiciamiento a fin de garantizar el respeto de su interés superior y su dignidad. (Consejo Económico y Social de la ONU, 2005, pág. 9)

30. Los profesionales deberán tratar con tacto a los niños víctimas y testigos de delitos a fin de:

- a) Prestarles apoyo, incluso acompañando al niño a lo largo de su participación en el proceso de justicia, cuando ello redunde en el interés superior del niño;
- b) Proporcionarles certidumbre sobre el proceso, de manera que los niños víctimas y testigos de delitos tengan ideas claras de lo que cabe esperar del proceso, con la mayor certeza posible. La participación del niño en las vistas y juicios deberá planificarse con antelación y deberán extremarse los esfuerzos por garantizar la continuidad de la relación entre los niños y los profesionales que estén en contacto con ellos durante todo el proceso;
- c) Garantizar que los juicios se celebren tan pronto como sea práctico, a menos que las demoras redunden en el interés superior del niño. La investigación de los delitos en los que estén implicados niños como víctimas y testigos también deberá realizarse de manera expedita y deberá haber procedimientos, leyes o reglamentos procesales para acelerar las causas en que esos niños estén involucrados;
- d) Utilizar procedimientos idóneos para los niños, incluidas salas de entrevistas concebidas para ellos, servicios interdisciplinarios para niños víctimas de delitos integrados en un mismo lugar, salas de audiencia modificadas teniendo en cuenta a los niños testigos, recesos durante el testimonio de un niño, audiencias programadas a horas apropiadas para la edad y madurez del niño, un sistema apropiado de notificación para que el niño sólo



comparezca ante el tribunal cuando sea necesario y otras medidas que faciliten el testimonio del niño.

31. Además, los profesionales deberán aplicar medidas para:

- a) Limitar el número de entrevistas: deberán aplicarse procedimientos especiales para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, vistas y concretamente, todo contacto innecesario en el proceso de justicia, por ejemplo, utilizando grabaciones de video;
- b) Velar porque los niños víctimas y testigos de delitos **no sean interrogados por el presunto autor del delito**, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la defensa: de ser necesario, *los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se les deba proporcionar en el tribunal salas de espera separadas y salas de entrevistas privadas;*
- c) Asegurar que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos así como permitir la supervisión por parte de magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que éste sea objeto de intimidación, por ejemplo, **utilizando medios de ayuda para prestar testimonio o nombrando a expertos en psicología.** (Consejo Económico y Social de la ONU, 2005, págs. 9 - 10)

Las normas contempladas en el transcrito instrumento internacional de derechos humanos **ratificado por el Ecuador**, establecen una serie requisitos que deben exigirse en el proceso penal donde se vean involucrados niñas, niños y adolescentes, destacando la limitación del número de entrevistas, que éstos no sean interrogados ni intimidados por el presunto autor del delito.

Cumplimiento o incumplimiento por parte del Ecuador de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005

En el Ecuador no existe obligación de que el testimonio de la víctima, de conformidad (niña, niño o adolescente y las otras personas que se señalan en el Art. 502 N° 2 del COIP, **sea receptado con el**



acompañamiento de personal capacitado en atención de víctimas en crisis tales como psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras o terapeutas, entre otros, lo que de conformidad al Art. 510 N° 5 del COIP, solo depende de la solicitud de la víctima o cuando el juzgador lo estime conveniente y la víctima lo acepta, lo que contraviene expresamente las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005, que exige la presencia obligatoria de estos profesionales.

Es más, en el Art. 504 del COIP, que se refiere a la versión o testimonio de niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad o adultos mayores, si bien indica que **estas personas tendrán derecho a que su comparecencia ante el/la juzgador/a sea adecuada a su situación y desarrollo evolutivo**, pero la disposición omite ajustarse y mencionar el interés superior del niño (niñas y adolescentes) contemplado en el inciso 1° del Art. 44 de la Constitución que expresamente dispone:

Art. 44.- [Derecho de los niños y adolescentes].- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; **se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.** (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, pág. 13)

Cuando los niños son interrogados en entornos forenses o testifican en procedimientos judiciales a menudo se les pide que informen sobre incidentes muy angustiosos o traumáticos que hayan experimentado o testificado. La mayoría de las veces, el ambiente *es formal e intimidante y terminan siendo cuestionados por profesionales, a menudo sin formación técnica, lo que resulta en una situación más traumática que el acto en que fue victimizado*

Cuando se trata de la versión o testimonio de niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores, el Art. 504 del Código Orgánico Integral Penal, dispone:

Art. 504.- Versión o testimonio de niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores.- Las niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores, tendrán derecho a que su comparecencia ante la o el juzgador o fiscal, sea de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo. Para el cumplimiento de este derecho se utilizarán elementos

técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares, por una sola vez. Se incorporará como pruebas la grabación de la declaración en la audiencia de juicio. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, pág. 197)

METODOLOGÍA

Modalidad de la Investigación

Con el objeto de demostrar las deficiencias del testimonio anticipado en el Ecuador, se efectuó un acucioso análisis de la legislación procesal comparada, especialmente las de Argentina y Brasil, en donde se exige la presencia de un médico o psicólogo especialista en niños y/o adolescentes, circunstancia que no se menciona en nuestro procedimiento penal ni en el Protocolo para el uso de la Cámara de Gessel contemplado en la Resolución N° 117/2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura, de 15/08/2014.

La omisión a que se hace referencia en el párrafo anterior permiten expresar, fundadamente, que el testimonio anticipado de las niñas, niños y/o adolescentes no se encuentra integralmente tratado, demostrándose que ello no ocurre en el derecho comparado, siendo uno de los objetivos específicos de este trabajo de investigación determinar los aspectos sustanciales y formales del testimonio urgente para que sea calificada su eficacia probatoria por parte del juzgador,

La metodología aplicada, se orientó a determinar la eficacia probatoria del testimonio anticipado en delitos de violación sexual, recurriéndose para ello a la legislación, doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como comparada, relacionada con el testimonio anticipado en esta clase de delitos, especialmente cuando las víctimas son niñas, niños o adolescentes, contando,

Esta investigación revistió las características de descriptiva del testimonio anticipado de las niñas, niños y/o adolescentes lo que llevó a un acucioso estudio de normas internacionales, de derecho comparado y de derecho nacional que han permitido, basado, principalmente *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005*, que su normativa no se cumple integralmente en el Ecuador, añadiéndose, dentro de este análisis un estudio de la legislación comparada que se desarrolla en el cuerpo de este trabajo y que ponen en evidencia las deficiencias del testimonio anticipado en nuestro país.



Tipo de Investigación

La presente investigación, además de analizar acuciosa y detalladamente el testimonio anticipado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sustentado en el *método com-parativo*, llevaron al suscrito a investigar, como se expuso, a un profundo estudio de normas internacionales, de derecho comparado y de derecho nacional que han permitido, basado, principalmente *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005*,

En coordinación con lo expuesto en el párrafo anterior, el método de investigación utilizado fue el *comparativo*, ya que gracias a éste se pudo analizar, integralmente, lo que ocurre con el testimonio anticipado en el proceso penal de las niñas, niños y adolescentes, en materia internacional, comparada y nacional, destacando que tratándose de este segmento poblacional debe prevalecer el interés superior del niño y las teorías del Desarrollo Integral de estos a los que la Convención Internacional de Derechos del Niño, las constituciones y normas sobre niñas, niños y adolescentes, de los países estudiados y de propia Constitución de la República, en donde queda de manifiesto que los peritos que intervienen en el testimonio, principalmente en el extranjero, son psiquiatras o peritos psicólogos infantojuvenil, en donde se prohíbe que a las niñas, niños y adolescentes se les cite más de una vez a declarar a fin de evitar, necesariamente el principio de no revictimización, cosa que en nuestro país no ocurre.

Gracias a esta información se analizó la diligencia del testimonio anticipado y el cumplimiento de las garantías del debido proceso, especialmente el de contradicción, el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y su no revictimización, utilizándose, igualmente, el *método exegético* como apoyo a nuestro método principal, a fin de analizar el contexto que el legislador tanto ecuatoriano como comparado, le ha otorgado al testimonio urgente de las víctimas del delito de violación, especialmente de las niñas, niños y adolescentes.

Métodos, técnicas e instrumentos de investigación

Métodos de investigación

Habiéndose señalado, en el punto anterior, la utilización de los métodos *exegético* y *comparativo*, respetuosamente se solicita tener por reproducido íntegramente lo expuesto acerca de ellos a fin de evitar innecesarias repeticiones, añadiéndose a éstos los siguientes métodos que se insertan a continuación:

Método Inductivo: se ha utilizado este método en el entendido que es un proceso analítico sintético mediante el cual se parte del estudio de casos, hechos o fenómenos particulares para llegar al descubrimiento de un principio o ley general que los rige, recurriéndose a los siguientes pasos:.

- a) **Observación:** Esto es muy diverso a “contemplar las cosas”, toda vez que se procederá conforme a evidencias, es decir, “observaciones objetivas” en las cuales se sustentará esta propuesta para verificarlas con exactitud, en el caso del tema problema, lógicamente sobran las evidencias respecto del testimonio anticipado en el Ecuador y en el derecho comparado.
- b) **Abstracción:** En este proceso investigativo, aunque no resulta fácil, se ha hecho un distanciamiento de los objetos sensibles como deseos, preferencias y creencias, pues la objetividad debe presidir toda investigación: Se hizo, simplemente, una investigación de la realidad existente sin ningún matiz que la deforme.
- c) **Generalización:** Sólo con evidencias verificables y precisas se ha llegado a conclusiones objetivas y sistemáticas.

Método Deductivo: contrario al método anterior, el *deductivo* va de lo general a lo particular, es decir, mediante una teoría general que explicó los fenómenos que se investigaron, siguiéndose este método para la *sintetización específica* que implica la necesidad de analizar el testimonio anticipado atendiendo a las normas internacionales, de derecho comparado y de derecho nacional que han permitido, basado, principalmente las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005,*

En este método se utilizaron los siguientes pasos:

- a) **La Aplicación:** Es decir, aplicar lo que se ha establecido en un caso general a un caso particular.
- b) **La Comprensión:** se especificará que casos particulares están contenidos en estos principios generales.
- c) **La Demostración:** Mediante la prueba de lo planteado y partiendo de las verdades evidentes y universales se consigue el fin del procedimiento deductivo.

Tanto el método inductivo como el deductivo están íntimamente relacionados, por la interpretación común que tiene la deducción de las proposiciones generales que provienen de la inducción.



Método Descriptivo: A través de este método se expuso el estado actual del tema investigado y los fenómenos que lo generan, es la observación minuciosa y actual de hechos, fenómenos y casos procurando una interpretación racional y el análisis objetivo de los mismos, con la finalidad de cumplir los objetivos específicos ya señalados. Se refiere a una interpretación de la realidad tal cual es.

Metodo Analítico – Sintetico

- **Método Analítico:** Mediante su aplicación se puso énfasis en el testimonio anticipado, en especial de lo que acontece en nuestro país, procediendo igualmente examinar las normas internacionales y comparadas, conforme se ha expuesto en los párrafos anteriores. Mediante este método se logró hacer un acabado análisis crítico del tema investigando a fin de alcanzar una comprensión total del mismo.
- **Método Sintético:** Aplicando todo lo relacionado con la variedad de factores que se relacionan con el testimonio anticipado, en especial de lo que acontece en nuestro país, pudo determinarse las deficiencias de las normas nacionales que tratan la materia.

Técnicas de Investigación

Técnicas de gabinete

- **Fichas Bibliográficas:** Por su versatilidad, se ha utilizado esta técnica atendiendo que la materia a investigar necesariamente se encuentra en gran medida en la doctrina, legislación tanto nacional como comparada.
- **Fichas Memotécnicas:** Mediante su aplicación se identificó textos escritos por varios autores que se relacionan con el tema investigado. Reviste una gran utilidad que organiza la investigación y la estructura en mejor forma. En el presente caso se ha utilizado fichas memotécnicas textuales y personales.
- **Fichas Hemerográficas:** Son las fichas que se extraen de artículos de periódicos o revistas, con un resumen correspondiente, donde por lo general en la materia que nos ocupa se hace énfasis en materias relacionadas con el Derecho Humano Fundamental a las medidas alternativas a la privación de libertad de los reclusos de un centropenitenciario.



- **Fichas Lincográficas:** Se refiere a las fichas de internet, habiéndose indagado en los buscadores jurídicos sobre el tema

No se utilizó técnicas de campo

CONCLUSIONES

La diligencia de testimonio anticipado en el Ecuador es deficiente, porque no se aplican las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005, reproducidas anteriormente.

Estas graves omisiones legales del COIP, violan expresamente:

- a) el interés superior del niño;
- b) los numerales 29 y 31 del Título XI «Derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia» de la Resolución 40/34 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 29/11/1985 y
- c) los principios del debido proceso porque esta omisión genera una prueba ilegítima, viola los Arts. 78 y 198 de la Constitución de la República que regulan la protección de la víctima.
- d) el incumplimiento, por parte del juez de la causa y el fiscal, del Art. 426 de la Carta Magna vigente, porque las juezas, jueces y el fiscal, como servidores públicos, no acatan su deber constitucional de *«aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente»*. (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, pág. 130)

Recomendaciones

Primera: Reemplazar el inciso 3° del Art. 258 del Código de la Niñez y Adolescencia por el siguiente:

Toda declaración o testimonio de una niña, niño o adolescente, personas con discapacidad y adultos mayores, a que se refiere el Art. 504 del Código Orgánico Integral Penal en forma obligatoria precisará de la deberá efectuarse por un psicólogo forense o de médico psiquiatra especialista en niños y/o adolescentes personas con discapacidad y adultos mayores, debiendo



necesariamente esta declaración o testimonio practicarse en la Cámara de Gessel, existente en uno de los juzgados del cantón de conformidad la Resolución 117/2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura [Protocolo para el uso de la Cámara de Gessel]. De carecerse de Cámara de Gessel en el cantón, la entrevista se efectuará en uno de los existentes en la provincia. Si se carece de los profesionales psicólogo forense o de médico psiquiatra en el cantón, éste deberá ser nombrado por el Consejo de la Judicatura.

Segunda: De conformidad a la reforma sugerida en el considerando anterior se recomienda las siguientes reformas al Código Orgánico Integral Penal:

1. Insertar a continuación del numeral 5 del Art. 502 del Código Orgánico Integral Penal, el siguiente:
5.- Las niñas, niños y adolescentes ofendidos por un delito, declararán en la forma que se ordena en el inciso 3° del Art. 258 del Código de la Niñez y Adolescencia.
2. Agregar, a continuación del siguiente inciso segundo al Art. 504 del Código Orgánico Integral Penal, el siguiente:
Las niñas, niños y adolescentes ofendidos por un delito, declararán de conformidad a lo que se ordena en la parte final del numeral 5 del Art. 502 de este Código, en concordancia con el en el inciso 3° del Art.258 del Código de la Niñez y Adolescencia.
3. Se sugiere eliminar el numeral 5 del Art. 510 del Código Orgánico Integral Penal.

REFERENCISA BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2021. doi:ISBN N° 978-9978-86-811-9
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Última Reforma: Tercer Suplemento del Registro Oficial N° 131 de 22 de agosto de 2022.
- Bedoya Sierra, L. F. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Fiscalía General de la Nación de ColombiaI. doi:ISBN 978-958-8374-10-9
- Buitrago Ruiz, Á. (2004): *La reforma procesal penal en Colombia*. Bogotá, Colombia: ABC Ltda.
- Cafferatta Nores, J. (1998). *La prueba en el proceso penal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.



- Carpio Dávila, J. (2019). *El testimonio anticipado frente a los principios que rigen la prueba y los derechos del procesado*. Departamento de Posgrados, Maestría en Derecho Penal, Universidad del Azuay.
- Consejo Económico y Social de la ONU. (2005). *Resolución 2005/20 Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos del delito*. Comisión Nacional de Derechos Humanos de México.
- Horvitz Lennon, M. I., & López Masle, J. (2007). *Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- Jaramillo Proaño, M. B. (2017). *La eficacia probatoria del testimonio anticipado en delitos de violación sexual*. Informe Final de Trabajo de Grado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ibarra, Escuela de Jurisprudencia.
- Santaella Rivas, G. (2013). *La psicología del testimonio: una técnica de la evaluación forense*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México [UNAM], Facultad de Estudios Superiores de Psicología.
- Subijana, I. J., & Echeburúa, E. (2018). *Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: en control de la victimización secundaria y las garantías judiciales de los acusados*. Anuario de Psicología Jurídica del Colegio Oficial de Psicología de Madrid, Vol. 28 N° 1, 22 - 27.
- Yanes Sevilla, M. (2021). *El testimonio anticipado como medio de prueba en delitos de abuso sexual*. Quito: Maestría en Derecho Penal Universidad Andinba Simón Bolívar, Ecuador.
- Zavala Baquerizo, J. (2005). *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo V*. EDINO, Guayaquil, Ecuador.