

**UNIVERSIDAD DE OTAVALO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL**

**TRABAJO DE TITULACIÓN**

**EL TESTIMONIO ANTICIPADO COMO PRUEBA DIRECTA EN  
DELITOS SEXUALES EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
MAGISTER EN DERECHO PENAL  
MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL**

**SILVANA MARÍA CUAICAL GALÁRRAGA**

**TUTOR: Phd, Mgs, MSc. (NOMBRES Y APELLIDOS DEL TUTOR)**

**Otavalo, xxx, 2023**

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, **SILVANA MARÍA CUAICAL GALÁRRAGA**, declaro que este trabajo de titulación es de mi total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

---

**SILVANA MARÍA CUAICAL GALÁRRAGA**  
**C.I. 0401196837**

## CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el trabajo de investigación titulado **“EL TESTIMONIO ANTICIPADO COMO PRUEBA DIRECTA EN DELITOS SEXUALES EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES”** bajo mi dirección y supervisión, para aspirar al título de Magister en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal, del estudiante **SILVANA MARÍA CUAICAL GALÁRRAGA**, y cumple con las condiciones requeridas por el programa de maestría.

---

**SANTIAGO DAVID PAZMIÑO GONZALEZ**

**C.I. 0603316845**

## DEDICATORIA

Dedico este trabajo, fruto de mi esfuerzo y dedicación a Dios y a mi familia; sin ellos, no podría haber cumplido mi meta; sus constantes muestras de ánimo me motivaron a concluir satisfactoriamente una etapa más en mi vida profesional; este peldaño de triunfo que he conseguido lograr es una muestra de mi anhelo y el apoyo incondicional que he recibido de todas aquellas personas que forman parte de mi corazón, por esa razón dedico este trabajo a quienes siempre estuvieron presentes en cada momento de este maravilloso trayecto.

## AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad de Otavalo, alma mater que hizo posible mi formación académica en una nueva etapa de mi vida profesional, a todo el claustro docente que ha sido parte de este proceso de educación, gracias a sus atentas enseñanzas que inculcaron en mí, nuevos conocimientos y fortalecieron mis capacidades en el área del derecho penal.

A todas las personas que aportaron con su conocimiento a la construcción de este trabajo de investigación.

Agradezco por la experiencia adquirida.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA .....	i
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR .....	ii
DEDICATORIA .....	iii
AGRADECIMIENTO .....	iv
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	v
ÍNDICE DE TABLAS .....	vii
ÍNDICE DE GRÁFICOS .....	vii
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT .....	ix
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. MARCO REFERENCIAL .....	3
1.1 Marco Teórico .....	3
1.1.1 Antecedentes de la investigación.....	3
1.1.2 Aspectos generales de los delitos sexuales en niñas, niños y adolescentes.....	6
1.1.3 Tipicidad de los delitos sexuales en la legislación penal ecuatoriana .....	9
1.1.4 Bien jurídico protegido e imprescriptibilidad.....	13
1.1.5 La prueba en el proceso penal .....	16
1.1.6 Tipos de pruebas en el Código Orgánico Integral Penal .....	18
1.1.7 Principios rectores de la prueba en materia penal .....	19
1.1.8 El testimonio como prueba: generalidades.....	20
1.1.9 El testimonio anticipado dentro del sistema judicial ecuatoriano .....	22
1.1.10 Reglas de la prueba testimonial en el proceso penal .....	24
1.1.11 Uso de la cámara de Gesell.....	25
1.1.12 El testimonio anticipado de niños, niñas y adolescentes .....	26

1.1.13	Valor probatorio del testimonio anticipado en delitos sexuales .....	28
1.1.14	Derechos de los sujetos procesales.....	30
1.2	Marco legal .....	31
1.2.1	Constitución del Ecuador .....	31
1.2.2	Convenio para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales 32	
1.2.3	Código Orgánico Integral Penal .....	33
CAPÍTULO II. MARCO METODOLÓGICO .....		34
2.1	Diseño de la investigación .....	34
2.1.1	Enfoque de investigación.....	34
2.1.2	Nivel de investigación. ....	34
2.1.3	Tipo de investigación.....	34
2.1.4	Métodos .....	35
2.1.5	Técnicas e instrumentos de investigación .....	36
CAPÍTULO III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....		37
3.1	Estudio de caso No.1: Abuso sexual .....	37
3.1.1	Resumen del proceso .....	37
3.1.2	Valoración del testimonio anticipado caso no.1 .....	40
3.1.3	Consideraciones conclusivas .....	41
3.2	Estudio de caso No.2: Violación .....	42
3.2.1	Resumen del proceso .....	42
3.2.2	Valoración del testimonio anticipado caso no. 2 .....	44
3.2.3	Consideraciones conclusivas .....	46
CONCLUSIONES.....		47
RECOMENDACIONES .....		47
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....		49

## ÍNDICE DE TABLAS

<b>Tabla 1</b> Tipos penales - delitos sexuales .....	10
---	----

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

<b>Gráfico 1</b> .....	19
------------------------	----

## RESUMEN

El informe de investigación propuso un estudio del testimonio anticipado en delitos sexuales en niños, niñas y adolescentes, con el objetivo de determinar su trascendencia en la valoración de la prueba y su relevancia para emitir una sentencia condenatoria, mediante el uso de fuentes de información doctrinarias, normativas y jurisprudenciales se construyó el marco referencial que contiene los presupuestos documentales más importantes en torno al tema investigado. La metodología con enfoque cualitativo y de tipo descriptivo, permitió focalizar la investigación en un estudio de caso, representado la realidad procesal de la recepción y valoración de un testimonio anticipado, para la exposición de resultados se centró en analizar de manera sistemática mediante el uso de fichas de observación y resúmenes generalidades de los casos y aterrizar en las particularidades de la valoración de la prueba testimonial, por lo que se concluyó mediante el proceso investigativo que existe una gran relevancia y/o trascendencia del testimonio anticipado considerando las reglas de la prueba y la naturaleza de la prueba indiciaria en delitos sexuales, por otra parte, la delgada línea entre el valor probatorio y el principio de inocencia, se reflejan con mucho cuidado en el ejercicio correcto de las garantías del debido proceso, por ello, se recomendó la observación de protocolos especializados en materia penal de la recepción de testimonios anticipados de acuerdo a la edad de las víctimas.

**Palabras claves:** testimonio, delitos sexuales, valor probatorio, debido proceso.

## ABSTRACT

The research report proposed a study of the anticipated testimony in sexual crimes against children and adolescents, with the objective of determining its transcendence in the evaluation of the evidence and its relevance to issue a conviction, through the use of doctrinal, normative and jurisprudential sources of information, the referential framework containing the most important documentary assumptions about the investigated topic was built. The methodology with a qualitative and descriptive approach, allowed focusing the research on a case study, representing the procedural reality of the reception and evaluation of an anticipated testimony, for the presentation of results focused on systematically analyzing through the use of observation sheets and summaries generalities of the cases and landing on the particularities of the evaluation of the testimonial evidence, Therefore, it was concluded through the investigative process that there is a great relevance and/or transcendence of the anticipated testimony considering the rules of evidence and the nature of the circumstantial evidence in sexual crimes, on the other hand, the thin line between the probative value and the principle of innocence, are reflected with great care in the correct exercise of the guarantees of due process, therefore, it was recommended the observation of specialized protocols in criminal matters of the reception of anticipated testimonies according to the age of the victims.

**Key words:** testimony, sex crimes, evidentiary value, due process.

## INTRODUCCIÓN

El informe de investigación tuvo como premisa el estudio del testimonio anticipado como prueba directa en los delitos sexuales que son cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes, debido a que, dentro de los medios de pruebas en el derecho procesal penal, el testimonio anticipado de la víctima cobra una singular relevancia para determinar el presupuesto de la culpabilidad, lo que la doctrina denomina la prueba indiciaria en este tipo de infracciones que por su naturaleza son realizados en secreto y con el fin de ocultarlos de terceras personas, guarda relación con el análisis de las pruebas presentadas y practicadas en un proceso penal por un delito sexual y el derecho del menor a no ser revictimizado.

Por otra parte, receptar un testimonio anticipado y valorarlo como única prueba para dictar una sentencia condenatoria implicaría, a criterio de algunos doctrinarios, una vulneración de los derechos del procesado y aquellos contenidos en la norma suprema del Estado ecuatoriano, donde se configuran las garantías del debido proceso, el derecho a la defensa y el ejercicio del derecho de contradicción; es evidente que al producir como medio probatorio un testimonio anticipado que adolece de vicios de procedimientos al no haber contemplado el debido proceso, permitiría emitir un juicio sin la suficiente determinación de culpabilidad y demás presupuestos necesarios para una sentencia justa.

El aporte teórico con el antecedente expuesto se focalizó en la doctrina jurídico-penal, normativa y jurisprudencial; los fundamentos del derecho penal y procesal penal justificaron la necesidad de explorar la práctica del testimonio anticipado en el sistema de justicia del Ecuador, por lo que fue posible evidenciar la delgada línea jurídica que existe en torno a este medio de prueba para que no sea considerado como un instrumento del derecho procesal penal que bordea la inconstitucionalidad normativa.

La investigación apuntó como objetivo general determinar la trascendencia del testimonio anticipado como prueba directa en la condena del procesado en los delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, haciendo énfasis en aquellos procesos llevados a cabo en la provincia del Carchi, para ello se identificó a los delitos sexuales tipificados en la legislación penal del Ecuador, precisando los fundamentos del testimonio anticipado de la víctima como prueba en el juzgamiento, en conjunto con la veracidad y el valor probatorio que tiene la declaración de un menor en este tipo de infracciones penales.

Para lograrlo se empleó una metodología de investigación con enfoque cualitativo de nivel descriptivo y de tipo documental, puesto que en el desarrollo de la investigación se recopiló de fuentes de información primaria como libros, artículos científicos, jurisprudencia y sentencias, mismas que fueron sometidas al método sistémico para la construcción teórica de los contenidos y organizar de forma sistematizada las etapas de la investigación y recolección de datos; en consecuencia se planteó un análisis de la normativa jurídica y estudios de casos con el fin de orientar el proceso penal en función del testimonio anticipado y las sentencias condenatorias que fueron emitidas por juzgados penales de la provincia del Carchi en el año 2021.

Por ende, el informe se encuentra estructurado de la siguiente manera, el primer capítulo contiene los fundamentos teóricos, doctrinarios y jurisprudenciales del testimonio anticipado, los delitos sexuales y el marco legal que sustenta la investigación, a su vez, presenta generalidades de la prueba en el derecho procesal penal y su incidencia en delitos sexuales contra menores; el segundo capítulo contiene el marco metodológico, que explica los parámetros que se tomaron en cuenta para el desarrollo de la investigación y el tercer capítulo abarca los resultados obtenidos a través de la aplicación de los instrumentos de investigación, fichas de observación, guías de entrevistas y el alcance del tema que se ha descrito.

Finalmente, las conclusiones que se determinaron dada la naturaleza de los delitos sexuales, es la relevancia existente del testimonio anticipado como prueba directa por ser la primera identificación del presunto infractor, de ahí que la necesidad de valorar la prueba en conjunto sea la única forma válida de emitir una sentencia condenatoria, por otra parte, aunque muchas veces se pueda considerar la vulneración del debido proceso en contra del procesado receptor un testimonio anticipado, solo podría alegar una afectación a sus derechos si se rompe con la cadena de custodia o la omisión de las garantías dispuestas en la norma constitucional y penal, siempre que su defensa justifique de manera suscita y apropiada lo alegado.

Las recomendaciones tuvieron en cuenta, en lo principal, la necesidad de establecer un protocolo especializado, sin generalidades, en la recepción de testimonios anticipados a menores en función de su edad, capacidad de lenguaje, desarrollo emocional y previos diagnósticos psicosociales; y la observancia del principio de inocencia en conjunto al de contradicción.

## **CAPÍTULO I. MARCO REFERENCIAL**

### **1.1 Marco Teórico**

#### **1.1.1 Antecedentes de la investigación**

Los delitos sexuales no son ajenos a la realidad de ningún país del mundo, al considerar su caracterización existe una amplia gama de criterios doctrinarios y normativos que precisan desde generalidades a detalles específicos que buscan operar sobre cada caso en particular; aquellos delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes han sido objeto de estudio a través de los años por diversos investigadores con el fin de orientar, descubrir y aumentar el conocimiento sobre estos tipos penales, dentro de la esfera del derecho penal y procesal penal; por tal motivo, en este apartado se presentan los estudios más relevantes del estado en que se encuentra el tema de investigación.

Con relación a los medios probatorios, uno de los más conocidos en el proceso penal de estos tipos de infracción es el testimonio anticipado; en lo internacional, la recepción del testimonio de la víctima de delitos sexuales de manera anticipada constituye una prueba preconstituida que no puede ser usada de forma indiscriminada; pues pretende proteger a la víctima de enfrentar a su agresor directamente y evitar una revictimización; esta idea es defendida por la investigación de Monserrat Bravo en su tesis doctoral española titulada análisis criterial del testimonio infantil y adolescente en casos de violencia sexual, quien expone;

En el caso del testimonio de los/as menores de edad que han sido víctimas de un delito contra la libertad sexual, la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado, como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal. (Bravo, 2020, p. 270)

Toda vez que se ha recogido el testimonio o declaración de la víctima conforme a los procesos judiciales establecidos, se aplican medios idóneos de la psicología forense con el fin de procesar y preservar la información obtenida para que sea valorada y practicada con el nivel de análisis necesario bajo la sospecha del cometimiento del delito, ya que “el análisis

del contenido de la declaración, que es el relato efectuado por el/la menor de edad, es lo que permite inferir sobre la verosimilitud de los hechos referidos” (Bravo, 2020, p. 5).

A simple vista, la otra parte, es decir, el acusado pudiera verse afectado dentro del procedimiento por la prueba anticipada y su práctica en el juicio; a este respecto la investigación de Victoria Cobos con el tema análisis de la indagación judicial en los supuestos de abuso sexual infantil, indica sobre la prueba preconstituida lo siguiente:

En todo caso ha de practicarse respetando los principios de inmediación y contradicción, y que ha de ser llevada a término, de forma tal que respete las garantías del acusado compatibilizándola de manera muy expresa con el respeto a la presunción de inocencia. (Cobos, 2020, p. 43)

Consecuente a los principios y derechos dentro del proceso penal, el testimonio anticipado como prueba debe atravesar parámetros previamente determinados, por lo que, en otra investigación internacional efectuada por María Luz Pérez bajo el título el testimonio de él o la menor víctima de abuso sexual: técnicas de credibilidad y prevención de la victimización secundaria, en sus consideraciones aporta que;

La preconstitución de la prueba podría entenderse como una cadena de custodia de los recuerdos, impidiendo la contaminación propia del paso del tiempo. Debemos insistir en que la memoria no sólo se deteriora o debilita a medida que se aleja de la ocurrencia del suceso que le dio origen, sino que además está sujeta a nuevas reconstrucciones cada vez que la víctima narra los hechos. (Pérez, 2021, p. 239)

En el ámbito internacional, las investigaciones en torno al testimonio anticipado lo consideran como una prueba fehaciente y dirigida por expertos del área de la psicología forense en observancia de los principios y derechos de las partes en el proceso penal. Tomando en cuenta los estudios realizados a nivel nacional, en Ecuador, se puede enunciar el trabajo de Dayanara Yanes con el título el testimonio anticipado como medio de prueba en delitos de abuso sexual, en sus conclusiones indica sobre este medio de prueba que su excepcionalidad permite que sea evacuada dentro del proceso con antelación a la audiencia de juicio y aunque luego de ser valorada en el juicio oral, el testimonio se transforma de fuente de prueba a medio de prueba. (Yanes, 2021, p. 101).

A través de su investigación la autora también infiere ciertas limitaciones que ocurre dentro del proceso penal donde se practica un testimonio anticipado, si bien es cierto hace un análisis específico sobre el delito de abuso sexual y en general aquellos que son cometidos contra menores y mayores de edad; concreta qué;

En el Ecuador se está permitiendo condenar por delitos de abuso sexual en base a una prueba de poca calidad que es lo que vendría a ser el testimonio anticipado evacuado en cámara de Gesell, en donde no es posible el curso normal de la contradicción, con lo que no solamente se vulnera el debido proceso sino en sí el derecho a la presunción de inocencia y tutela efectiva como parte de la dignidad humana. (p. 102).

De la misma forma, la investigación de Diana Caiza titulada valor probatorio del testimonio anticipado de la víctima en los delitos de abuso sexual, en el proceso penal ecuatoriano, estuvo vinculado a determinar el valor que se le otorga al testimonio anticipado en la víctima concluyendo que;

En un proceso por abuso sexual, al no existir prueba directa se debe recurrir a la prueba indiciaria, es decir a través de los medios de prueba se introducen testimonios, informes, etc., y estos permitirán que el juez valore los mismos, lo que le permitirá inferir la forma en que se ejecutó el ilícito penal, para esto el manejo de esta prueba indiciaria debe ser no solo imparcial, sino que debe gozar de técnicas y procesos que permitan una valoración adecuada. (Caiza, 2021, p. 98)

Si bien es cierto ambos estudios enfocan el tema de los delitos sexuales en niños niñas y adolescentes de una manera somera, exponen puntos clave sobre el testimonio anticipado y la participación de la víctima dentro del proceso penal ecuatoriano, por lo tanto, se puede abordar lo indicado en el artículo científico indexado titulado implicaciones de la aplicación de la cámara de Gesell para la recepción del testimonio anticipado de víctimas menores de edad en delitos de abuso sexual; en donde se identifica lo siguiente;

En casos donde la única prueba disponible sea el testimonio anticipado deben ser tratados con delicadeza valorados con objetividad. Pueden ocurrir situaciones como cuando no interviene el abogado de los procesados en la formulación de las preguntas, el testimonio anticipado carece de validez; o cuando se somete a la víctima

a muchas preguntas se viola el derecho a la no revictimización pudiendo afectar su bienestar emocional o psicológico. (Estrella y Ocaña, 2023, p.831)

En virtud de lo expuesto, se establece la necesidad de detallar la importancia del testimonio anticipado en los delitos sexuales que se cometen contra niños niñas y adolescentes y su trascendencia dentro del proceso penal, en observancia a las normas del debido proceso.

### **1.1.2 Aspectos generales de los delitos sexuales en niñas, niños y adolescentes**

Previo a esquematizar los diferentes tipos de delitos sexuales, es necesario establecer conceptos generales, puesto que, aun cuando existen varias acepciones del delito, una gran mayoría de tratadistas alinean su criterio observando las categorías dogmáticas del delito. Francisco Muñoz Conde, se refiere al respecto:

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio de legalidad, conocido por el aforismo latino *nullum crime sine lege* que rige el moderno derecho penal (...) que impide considerar como delito toda conducta que no haya sido previamente determinada por una ley penal. (Muñoz Conde, 2018, p. 12)

En Ecuador, aquella conducta típica, antijurídica y culpable se establece en el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal o por su abreviatura COIP, encuentra cabida en un argumento doctrinario como el que se indica *ut supra*. Empero, interesa que se defina que es un delito de naturaleza sexual, siendo necesario señalar en primer lugar, que cuando se hace referencia al mismo, no se está delimitando una sola clase de delito, sino más bien en una categoría de tipos delictivos que afectan a un mismo bien jurídico, que en este caso es la integridad sexual; Isabel Pérez (2001), se refiere a los delitos sexuales en los siguientes términos:

El delito sexual implica por parte del agresor sexual, el abuso de poder y control, con el uso de violencia o sin ella, para someter a una persona a realizar actividades sexuales o a ser testigo (...) sin su consentimiento; implícitamente, tiene fines agresivos y dañinos, dado el irrespeto de los derechos y necesidades que la víctima tiene como ser humano libre y autónomo. Estas características del delito conllevan el quebrantamiento de los derechos de libertad sexual y dignidad humana. (p.13)

La concepción de este tipo de delitos es diversa por los elementos del tipo penal que contiene. Uno de esos elementos hace que el delito sexual consista en una acción realizada por una persona, denominada como agresor, de forma violenta o abusiva, mediante la cual se le obliga a otra persona a realizar cualquier tipo de actividades sexuales sin contar con su consentimiento, con lo que producen una serie de afectaciones en distintos grados.

Dado que el tema de investigación gira en torno a los delitos sexuales en niñas niños y adolescentes, conviene determinar cómo dentro de la legislación ecuatoriana se describe a los menores de edad, es así, que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2023) aporta las definiciones y presunción de edad en los artículos 4 y 5 respectivamente;

Definición de niño, niña y adolescente. - Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad. Presunción de edad. - Cuando exista duda sobre la edad de una persona, se presumirá que es niño o niña antes que adolescente; y que es adolescente, antes que mayor de dieciocho años. (p.2)

La etapa de la niñez y adolescencia de una persona debe enfocarse en cuidados necesarios para su normal e integral desarrollo en todos los aspectos de su vida, las connotaciones que devienen de una agresión sexual hacia un niño, niña o adolescente son consecuencias permanentes a lo largo de toda su vida y generan secuelas psicosociales en el desenvolvimiento de todas sus actividades, por esta razón, se procura otorgar un trato especial de protección a este grupo, que según la Constitución del Ecuador (2021) se consideran como de atención prioritaria, de conformidad con el artículo 35; especificando que si ha existido violencia sexual “el Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad” (p. 19).

En Ecuador 8 de cada 10 mujeres han sido sobrevivientes de violencia alguna vez en su vida, mientras que un 22% de niños, niñas y adolescentes ha sufrido violencia sexual, según la encuesta de violencia de género realizado por el INEC en el 2021, el 32% de las mujeres encuestadas afirma que ha sufrido violencia sexual (Violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes. Ecuador, 2021,). Datos que a nivel nacional se incrementarán con los registros del último censo poblacional.

Para enfrentar esta realidad, el país dispone de herramientas de gestión de políticas públicas que abordan la violencia contra la mujer en general y la violencia sexual contra niñas, niños, y adolescentes en particular; tales como:

- (i) El Plan Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer;
- (ii) El Plan Nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva 2017-2021; proyección que actualmente se encuentra reformada; y,
- (iii) La Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes 2018-2025.

Del mismo modo, cuentan con un marco normativo institucional en salud como:

- (i) La Norma Técnica de Atención a Víctimas de Violencia basada en Género y Graves Violaciones a los Derechos Humanos;
- (ii) Modelo de Gestión de la Información del Formulario, obligatorio de notificación de casos de presunta violencia de género y graves violaciones a los derechos humanos.

Estos instrumentos que el Estado prevé para controlar y erradicar la violencia sexual y demás delitos relacionados a la integridad sexual y reproductiva son un eje que permite discernir el impacto y gran alcance que tienen los delitos sexuales por las consecuencias que generan en las víctimas, Herrera y Sipión, (2020) mediante un estudio del impacto de la violencia sexual en niños niñas y adolescentes, indican que las afectaciones más reincidentes se desarrollan en el área psicológica y social, la sintomatología abarca:

- Episodios depresivos o de ideación
- Conductas suicidas
- Trastornos de estrés postraumático
- Ansiedad
- Falta de confianza y percepción propia
- Trastornos de la conducta alimentaria
- Trastornos de la personalidad
- Insomnio y comportamientos desadaptados
- Síntomas psicopatológicos.

En el desarrollo sexual existen principalmente dos problemáticas que consiste en la revictimización y la transmisión intergeneracional del abuso sexual; dichas consecuencias generan una reacción en cadena para la sociedad y alerta de la posibilidad de repetir los actos a los que fueron sometidos, las repercusiones emocionales mucho más allá de las físicas que se presentan en el momento de cometer el injusto penal, representan la necesidad de castigar la conducta típica, antijurídica y culpable que engloban los delitos de naturaleza sexual en contra de un grupo de atención prioritaria como son las personas menores de edad.

### **1.1.3 Tipicidad de los delitos sexuales en la legislación penal ecuatoriana**

Luego de haber considerado alguno de los rasgos más importantes de los delitos sexuales en niños, niñas y adolescentes, es necesario establecer la tipología penal que emplea la legislación ecuatoriana para poder ejercer el poder punitivo de conformidad a las normas establecidas en la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal, conviene recordar que los elementos, desarrollado comúnmente en la doctrina de la teoría del delito, mismos que, establecen los presupuestos necesarios para castigar el injusto penal.

Explicando, *grosso modo*; la estructura básica del delito, siguiendo el pensamiento del maestro Zaffaroni; la tipicidad, como primer presupuesto debe generar lesividad de bienes ajenos; para ello, el derecho penal debe realizar una fórmula legal denominado el tipo, mismo que “cumple la función de individualizar las conductas que pueden ser delito: es un dispositivo legal que sólo puede hallarse en la ley penal” (Zaffaroni, 1981, p. 29).

Al describir el tipo, la teoría del delito indica que el legislador estaría contestando las interrogantes ¿qué es el delito? y ¿cómo se describe la conducta?; para que el juzgador pueda verificar si se encuentra en presencia de un delito o no, según la construcción y función del sistema de justicia; consecuentemente, la antijuridicidad pone de manifiesto que el hecho no está resuelto por el orden jurídico mediante ninguna causa de justificación; “para que una conducta típica sea delito, requiere también ser antijurídica. Esta característica se comprueba objetivamente, en el sentido de que su afirmación se hace por la inexistencia de una disposición permisiva en el texto legal” (Zaffaroni, 1981, p. 29). El carácter específico de la antijuridicidad previene de identificar a la conducta lesiva de un bien jurídico como permisiva para su realización, por cuánto al determinar la inexistencia de causas de justificación, se le otorgan los adjetivos de típica y antijurídica, y al reunir ambos

presupuestos sobre una conducta, se estaría configurando un injusto penal sobre el cual debería encontrar el tercer presupuesto que es la culpabilidad.

La culpabilidad supone el reproche jurídico, individualizado y personalizado de la conducta realizada, puesto que, “es necesario que ese injusto le sea jurídicamente reprochable a su autor, o sea, que su autor sea culpable” (Zaffaroni, 1981, p. 31). En síntesis, para poder hablar de un delito, genéricamente se necesita que la conducta se ajuste a la descripción normativa (el tipo); sin tener ninguna causa de justificación (antijurídica); identificando plenamente al autor (culpable).

Adicional a dicha estructura, se debe considerar los sujetos que intervienen en el delito y la pena que se ha establecido en función de la denominación del tipo; en la legislación ecuatoriana los delitos sexuales se encuentran recogidos en el Código Orgánico Integral Penal; por ello, en el siguiente esquema se presenta la información más relevante de los tipos penales en este ámbito de estudio:

**Tabla 1**  
Tipos penales - delitos sexuales

No. Art.	Tipo penal	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Pena
164	Inseminación no consentida	Persona (género indistinto)	Mujer	5 a 7 años
			Mujer menor de 18 años	7 a 10 años
165	Privación forzada de capacidad de reproducción	Persona (género indistinto)	Persona (género indistinto)	7 a 10 años
			Menor de 18 años	10 a 13 años
166	Acoso sexual	Persona o un tercero; con situación de autoridad	Persona (género indistinto)	1 a 5 años

			Menor de 18 años Persona con discapacidad	3 a 5 años
		Miembros del núcleo familiar	Miembros del núcleo familiar	5 años
<b>167</b>	Estupro	Persona mayor de 18 años	Persona mayor de 14 años y menor de 18 años	1 a 3 años
<b>168</b>	Distribución de material pornográfico a niñas, niños y adolescentes	Persona (género indistinto)	Niñas, niños o adolescentes	1 a 3 años
<b>169</b>	Corrupción de niñas, niños y adolescentes	Persona que permita	Niñas, niños y adolescentes	1 a 3 años
		Persona que incite		3 a 5 años
<b>170</b>	Abuso sexual	Persona (género indistinto)	Persona (género indistinto)	3 a 5 años
			Menor de 14 años Persona con discapacidad	7 a 10 años
			Menor de 6 años	10 a 13 años

<b>171</b>	Violación	Persona (género indistinto)	Persona de cualquier sexo: - con discapacidad - menor de 14 años - menor de 10 años	19 a 22 años
<b>171.1</b>	Violación incestuosa	Persona (género indistinto)	Pariente: cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad  Si produce muerte	22 años  22 a 26 años
<b>172</b>	Utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual	Persona (género indistinto)	Niñas, niños o adolescentes  Personas mayores de 65 años  Personas con discapacidad	7 a 10 años
<b>172.1</b>	Extorsión sexual			3 a 5 años
<b>173</b>	Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos	Persona (género indistinto)	Menor de 18 años	1 a 3 años  3 a 5 años
<b>174</b>	Oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos	Persona (género indistinto)	Menor de 18 años	7 a 10 años

**Elaboración:** Autora, 2023.

**Fuente:** Código Orgánico Integral Penal, 2023.

Del catálogo de delitos presentados en el esquema, se puede apreciar que se identifica y separa de manera puntual las edades y la pena en función al tipo; pudiéndose entender que aquellos delitos sexuales que atentan contra la integridad sexual y reproductiva de niños niñas y adolescentes tienen penas de privación de libertad mayores, además de incluirse agravantes a estas conductas penalmente relevantes, representa el enfoque garantista del derecho y su afán por proteger los bienes jurídicos desde el área penal.

#### **1.1.4 Bien jurídico protegido e imprescriptibilidad**

El derecho penal observa la protección de los denominados bienes jurídicos, sean estos individuales o colectivos, “pueden ser entendidos como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico” (Von Liszt, 1999, p.9); por ello, los tipos de delitos sexuales contemplados en la normativa penal del Ecuador, protegen el bien jurídico de integridad sexual y reproductiva, lo que circunscribe de manera lógica el significado de transgredir un derecho fundamental consagrado en la Carta Magna y se encuentran previstos dentro de su artículo 66, en su numeral 3, literal “a” y numerales 9 y 10 que prevé:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. (...) 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener (2020, p. 34).

De conformidad con la carta constitucional, se observa como las personas tienen el derecho a su integridad sexual, que incluye que ninguna otra persona pueda realizar actos violentos que la puedan afectar, y así mismo, solo la persona puede tomar decisiones libres acerca de su vida sexual y reproductiva, dicho de otro modo, el bien jurídico que protege el tipo penal, por obvias razones es el que se lesiona cuando se configura este delito, de acuerdo a la doctrina "la moral social y la libertad sexual o voluntad sexual, la reserva sexual" (Andrade, 2005); aunque por otra parte la doctrina señala también que el bien jurídico que se vulnera es la libertad sexual.

Muñoz Conde (2022) indica que la libertad sexual es “entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo (...), su referencia al ejercicio de la sexualidad le da a su protección penal connotaciones propias” (p. 223). En el caso de los menores, proteger su libertad sexual o el ejercicio de su sexualidad va de la mano con prohibir aquellos actos que puedan menoscabar el desarrollo de su personalidad y alterar el equilibrio psicológico respecto a su futuro o su vida.

El fundamento de la regulación penal sobre el bien jurídico que busca proteger, reafirma la existencia de un componente adicional, que tiene más que ver con la indemnidad o intangibilidad que con la libertad del menor para decidir sobre su sexualidad, probablemente se desee proteger la libertad del menor en el futuro, para que en su etapa de adultez decida en libertad su comportamiento sexual, mientras tanto su libertad podrá ser puesta en peligro abstracto, porque no se puede lesionar lo que aún no existe. (Muñoz Conde 1989, p.274). A pesar de lo enunciado, las situaciones son graduables y diferentes en cada caso, por lo que permite categorizar cierta matización, Muñoz Conde (1989) afirma que;

(...) si la libertad sexual se caracteriza por la existencia de una cierta capacidad intelectual para comprender el alcance del acto sexual y la facultad volitiva necesaria para consentir en él, esta libertad puede ser en mayor o menor grado y ser objeto de discusión y prueba en un proceso penal por estos delitos. (...) Si esta libertad es inexistente o está completamente anulada, probablemente se afirmará la existencia del delito sexual en cuestión. Pero ello no quiere decir que sea “la libertad sexual” del enajenado o privado del sentido el bien jurídico protegido, sino su falta de libertad sexual, es decir, la consideración que merece la persona que no está en condiciones de decidir libremente sobre su sexualidad con terceros. (p. 275-276)

El ejercicio de la acción penal se limita conforme el transcurso del tiempo que se traduce en plazos, esto impide que ciertos delitos tengan una persecución *ad infinitum*; en el caso del objeto de estudio planteado, los delitos sexuales no van a prescribir y podrán ser perseguidos según la acción penal correspondiente sin que interfiera el transcurso del tiempo como factor limitante del *ius puniendi*, las agravantes no constitutivas y; en algunos casos constitutivas; de la infracción penal, implica que la sanción penal sea la máxima dispuesta en el tipo, con la suma por la agravante que sea verificada, la jurista María Paulina Araujo expone que;

Como resultado del referéndum de febrero del 2018 [...] el numeral 4 del artículo 16 del Código Orgánico Integral Penal fue modificado y, en la actualidad, determina que los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes, serán imprescriptibles tanto en la acción para perseguirlos, como en la pena para imponerse a los responsables. (Araujo, 2019, p. 200)

Una de las consecuencias de la reforma en la normativa penal supuso identificar si existía aplicación directa con relación a la irretroactividad de la ley y los delitos sexuales cometidos por adolescentes, por ello se elevó consulta a la Corte Constitucional del Ecuador y mediante sentencia No. 15-19-CN y acumulados/22; se tomó como referente la resolución No. 110-A de 27 de noviembre de 2018 del Consejo de la Judicatura, señalando que existe una máxima prioridad del tratamiento procesal y procesal por delitos contra la integridad sexual y reproductiva en contra de niños niñas y adolescentes, de conformidad con la Convención de los Derechos del niño garantizando que exista prioridad absoluta y el principio de interés superior del niño, a su vez continúa la corte constitucional indicando que,

Al declarar como de “máxima prioridad” la sustanciación de las causas iniciadas por delitos contra la integridad sexual y reproductiva cometidos en contra de niñas, niños y adolescentes, tanto en el derecho penal de adultos, como en el sistema de justicia juvenil, aquella declaración persigue la conducción de una investigación seria y eficiente que, en un plazo razonable, permita establecer los hechos a través de un juicio que garantice el principio de celeridad (...). Lo que no supone incompatibilidad alguna con el principio de irretroactividad de la ley. (p.68)

Por lo tanto, la corte decide contestar a las consultas realizadas sobre los artículos 334A del Código de la Niñez y Adolescencia y 417 del Código Orgánico Integral Penal y 1 de la resolución No.110-A, emitida por el Consejo de la Judicatura, indicando que no contravienen el artículo 46.4 de la Constitución de la República y con base a este artículo los fiscales deben investigar los delitos sexuales cometidos por adultos en contra de niñas niños y adolescentes, siempre que los hechos objeto de la investigación hayan sido cometidos con posterioridad a la reforma.

### **1.1.5 La prueba en el proceso penal**

Como parte del sistema procesal penal ecuatoriano, la oralidad forma parte medular de la constitución de la prueba que busca llevar al juzgador al convencimiento de los hechos, identificar al culpable y fundamentar el nexo causal de la infracción; al hablar de la prueba se deben establecer diferentes parámetros entorno a su admisibilidad dentro del proceso penal muchos de estos se encuentran recogidos taxativamente en la norma, otros criterios forman parte de la doctrina jurídica y la jurisprudencia.

Según el diccionario jurídico elemental, apropiadamente otorga una definición de lo que es la prueba en los siguientes términos;

La prueba es el conjunto de actuaciones que, dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas. (Cabanellas, 2012, p. 789)

A partir de este concepto genérico sobre la prueba; se puede estar de acuerdo con lo expresado por Flores (2016); ya que para este autor la prueba en el derecho penal “viene a ser todo medio útil para el descubrimiento de la verdad de los hechos acusados en un proceso penal, para la aplicación de la ley sustantiva, proporcionando convicción de la realidad y certeza de lo fáctico” (424). Entendiéndose a partir de estas definiciones; que la prueba es un medio y el sustento necesario de las partes intervinientes en el proceso.

Por otra parte, la prueba también responde al derecho de la tutela judicial efectiva, se puede decir esto, en razón a la finalidad que ostenta puesto que permite a las partes obtener, presentar y practicar todos los medios probatorios pertinentes para que generen una convicción en el juez sobre sus afirmaciones y el planteamiento de su teoría del delito en el proceso de cómo ocurrieron los hechos fácticos.

También se debe tomar en cuenta que el derecho a la prueba, cómo se puede denominar objetivamente; está consagrado de manera constitucional debido a que forma parte de los requisitos previstos en el artículo 76 de la constitución del Ecuador para garantizar el debido proceso y el efectivo ejercicio de la tutela judicial efectiva, sin embargo, todo medio probatorio debe contemplar principios y condiciones propiamente establecidas por la norma suprema y la norma orgánica.

### 1.1.5.1 Prueba directa e indirecta

La doctrina también presenta lineamientos que la clasifican como directa e indirecta; identificando que una prueba directa es la que otorga al juzgador la existencia instantánea sobre los hechos controvertidos sin que sea totalmente necesario hacer inferencias, ya que es completa en todos los supuestos fácticos referidos, principalmente la prueba testimonial y documental tienen caracteres propios de una prueba directa, según los hechos sobre los que sustentan en su contenido.

La prueba indirecta tiende a ser puesta en duda en el proceso por la fuerza probatoria que posee y versa sobre hechos secundarios; es conocido que la denominada prueba indiciaria es su expresión más representativa; aunque por mucho las pruebas indiciarias conllevaría un análisis más extenso, son la base de las pruebas en delitos sexuales, por la naturaleza oculta de la infracción, en cambio se puede decir que para llevar al convencimiento del juzgador junto con las pruebas indirectas se necesita utilizar argumentos y raciocinio que la encausen con los hechos, Bentham estableció nociones que permitían distinguirla en dos niveles;

(...) el primero considerado como "el hecho principal", consistente en la existencia o inexistencia de lo que va a ser probado y la otra parte "el hecho probador" el cual es utilizado para demostrar la veracidad o falsedad del "hecho principal". (Bentham, 1825, p. 8).

Conviene identificar de manera precisa si los medios de prueba constituidos en un proceso penal y admitidos para su valoración en el juicio, son directos o indirectos, dado que el juzgador debe tener la certeza de que las pruebas presentadas por las partes cuenten con la pertinencia y la utilidad requerida, la infracción penal que es objeto de análisis debe estrechamente estar ligada con una carga directa sobre el nexo causal y la determinación de la culpabilidad, siguiendo el pensamiento de Miranda (2015) sobre los supuestos que forman parte de la norma, indica que;

Distingue según la prueba tenga por objeto un hecho que forme parte del supuesto fáctico de la norma jurídica implicada o, por el contrario, un hecho de los denominados secundarios. En el primer caso, se nos dirá que se trata de prueba directa. En el segundo, se reputará prueba indirecta. (p.77)

Dicho de otro modo, la prueba directa tiene por objeto acoger los hechos suscitados y acoplarlo a la infracción penal con el fin de convencer y establecer la culpabilidad; la prueba indirecta será susceptible a establecer de manera secundaria aspectos que permitan identificar y soslayar hechos no determinados en la norma, pero que forman parte de la esfera del proceso penal.

### **1.1.6 Tipos de pruebas en el Código Orgánico Integral Penal**

La normativa penal vigente contempla básicamente tres tipos de pruebas o, dicho de otro modo, tres medios de prueba; el documento, el testimonio y la pericia, cada uno de ellos cuenta con sus propias reglas y procedimientos para ser presentados y practicados dentro del proceso; tal como se contempla en el artículo 498, estos medios de prueba son:

- El documento: está constituido por toda la información contenida en un soporte físico o digital, sean públicos o privados que versen sobre los asuntos que guardan relación con el proceso.
- El testimonio: es la declaración de conocimiento de la persona procesada, víctima o de testigos que conocen los elementos y circunstancias en torno al hecho o han presenciado el cometimiento de la infracción penal.
- La pericia: es el aporte científico de un tercero por su habilidad o conocimiento fundamentado en un informe desarrollado con aplicación de experticia y técnicas.

El artículo 442 estipula que el órgano encargado de dirigir la investigación pre procesal y procesal penal es la fiscalía e interviene hasta la finalización del proceso, ahora bien, los medios de prueba deben ser introducidos en el proceso de acuerdo con las diferentes fases de investigación en las que se va desarrollando; es decir, la constitución y la práctica de la prueba en un proceso penal forman parte de distintas etapas.

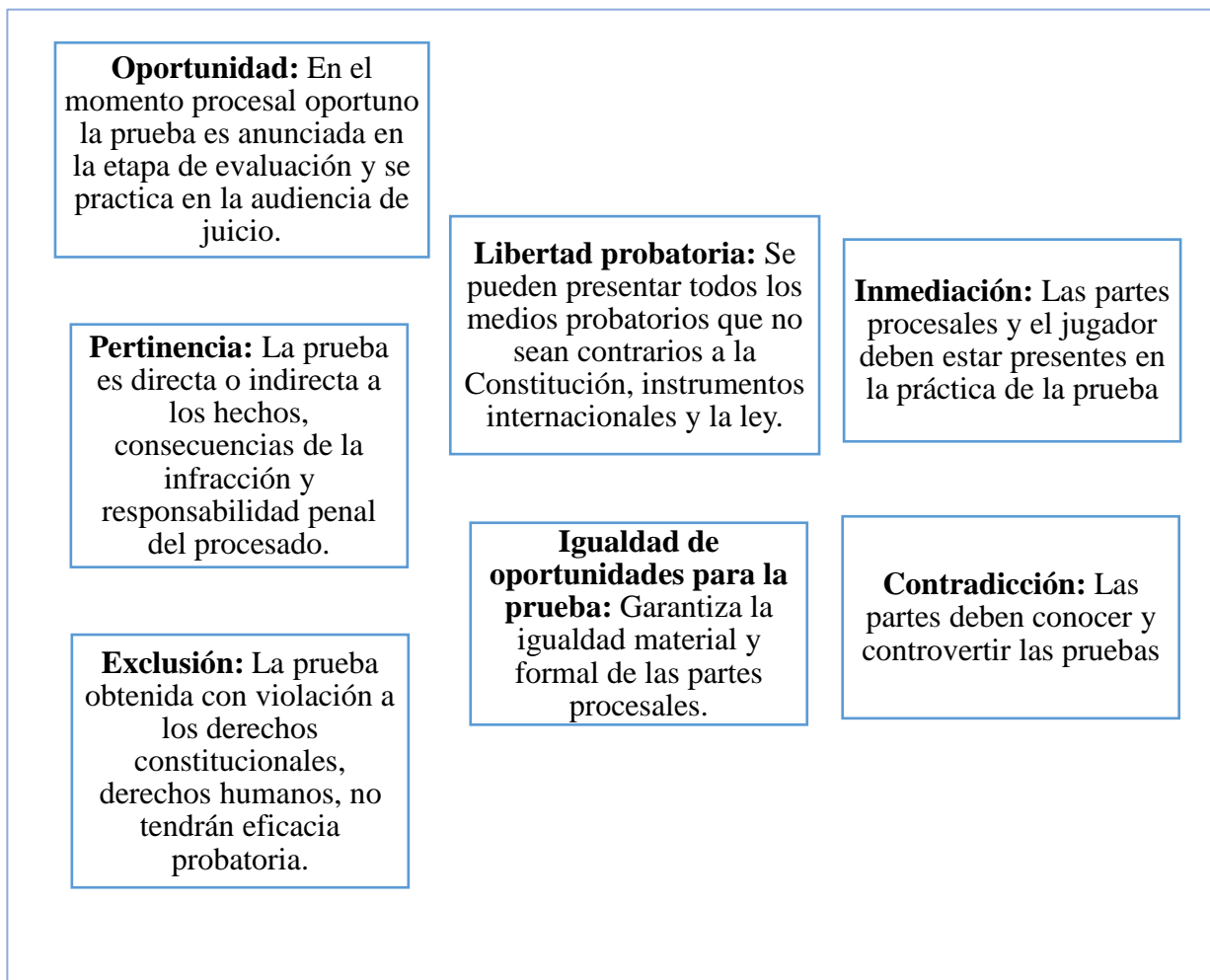
Para el anuncio de la prueba será la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, para ser practicada será la audiencia de juicio; al recabar las pruebas o los elementos de convicción, se considerará aquellas investigaciones y pericias realizadas durante la etapa de investigación previa; mismo que una vez que se realiza el llamamiento a juicio alcanzarían el valor de prueba siendo incorporadas y valoradas en la audiencia oral. El artículo 454 numeral uno, inciso segundo declara que existen casos excepcionales dónde se podrá constituir como prueba un testimonio que haya sido producido de forma anticipada.

### 1.1.7 Principios rectores de la prueba en materia penal

El modelo de administración de justicia penal en Ecuador se basa en un sistema acusatorio oral que otorga toda la relevancia posible a la observancia de las normas constitucionales, el modelo garantista de derechos y el proteccionismo; por ello se ha incluido en la normativa penal principios que rigen el proceso en todas sus fases, si bien es cierto en el libro preliminar se recogen los principios generales, nociones y presupuestos jurídicos fundamentales; lo que interesa la investigación, es determinar los principios que actúan sobre el anuncio y práctica de la prueba y que se encuentran estipulados en el artículo 454 del COIP. Estos principios son los siguientes:

#### Gráfico 1

Principios del anuncio y practica de la prueba



**Elaboración:** Autora, 2023.

**Fuente:** Código Orgánico Integral Penal, 2023.

Los medios probatorios utilizados dentro de los procesos penales responden a la necesidad de ser elementos de convicción constitucionalmente válidos, por ende, los principios señalados por la legislación vigente pretenden enfocar al juzgador como la parte garantista de derechos, al fiscal como parte investigadora, la defensa tanto de la víctima como del procesado a presentar las pruebas que sean pertinentes, sin que se omitan o violen derechos para obtenerlas, ambas partes procesales tengan igualdad y libertad probatoria; y de conformidad con el principio de contradicción, sean sometidas a un examen que permita determinar su eficacia o validez dentro del proceso.

### **1.1.8 El testimonio como prueba: generalidades**

El testimonio constituye parte fundamental de la historia humana, se han recogido a través de la oralidad diversas fuentes que tienen que ver con el legado histórico, genéricamente el testimonio es un relato otorgado por un espectador o testigo hacia una o varias personas sobre un suceso o experiencia en particular, considerando el ámbito de estudio en el que se desarrolla la investigación se puede indicar que el testimonio es:

La declaración de la persona natural, rendida en el curso del proceso penal y ante autoridad competente, sobre lo que conoce, sabe o le consta, por percepción de sus sentidos, en relación al objeto y fines del procesal, con el propósito de contribuir a la reconstrucción judicial del hecho con la finalidad de producir certeza. (Barrios, 2005, p.9)

Uno de los fines de la prueba abarca el esclarecimiento de los hechos materia de la infracción penal, por eso el testimonio tiene como base el relato o declaración de un testigo, etimológicamente proviene del vocablo latín "testimonium" que viene de "testis" cuyo significado es testimonio, deposición, declaración de testigo. (Diccionario manual de latín, 1974, p. 498).

Para el testimonio la existencia de un presupuesto ideológico guarda relación con la presunción de verdad, sus fundamentos de análisis como una fase de la expresión humana debe tomarse en toda su dimensión y las facetas que pueden hacer que un testimonio sea eficaz o ineficaz, dado que es parte de la esencia humana realizar un testimonio donde puede construirse un margen de desconfianza por la susceptibilidad de narrar hechos falsos.

Otro punto que considerar es la narración de lo que permanece conservado en la memoria, aunque la premisa de la ética y el sesgo moral queda implícita en la presentación de un testigo, al comparecer, su testimonio debe ser exacto, verídico e incapaz de caer en contradicciones o inverosimilitudes, por ser uno de los medios probatorios más utilizados y de interés al proceso, es posible coincidir en qué es la más apropiada forma para recordar y reconstruir acontecimientos humanos. “Es la prueba de mayor expectativa en el proceso penal, de allí el por qué tanta tecnicidad al momento de practicarse la misma (Interrogatorio- contra interrogatorio- redirecto - contrarredirecto)” (Arredondo, 2012, p. 7).

En cuanto a la persona quedará el testimonio, se debe prestar atención al resultado de las operaciones complejas que ocurren dentro de su psique, la percepción y la memoria, ambos procesos son indicadores del grado de atención, conservación y reproducción de los hechos que ha presenciado u observado, sin que la imaginación comprometa la veracidad del testimonio; por otra parte la pertinencia y que debe mostrar la persona que realiza su narración debe contar con una relación directa al supuesto de hecho de la infracción penal.

Dentro de un proceso pueden llegar a concurrir varios testigos que otorguen su testimonio en diferentes niveles y de acuerdo a su relevancia en el procedimiento, por lo expuesto, es útil que se rotule una división del testimonio; aunque categóricamente no existe en la legislación una clasificación como tal, la doctrina lo propone; y para efectos de la investigación se aborda la segmentación que plantea González (2017, p. 19-22) del testimonio presencial, testimonio de oídos, testimonio de abono y testimonio vulgar y técnico, brevemente se analiza cada uno de estos.

- El testimonio presencial hace referencia a las personas que estaban presentes en el lugar donde ocurrieron los hechos y sobre los cuales va a dar su declaración, básicamente es el tipo ideal de testimonio, ha percibido con sus sentidos y su narración ante el juez lo catapulta como testigo presencial.
- El testimonio de oídos también podría llamarse indirecto, el conocimiento del testigo sobre los hechos proviene de haber escuchado el relato de otra persona, este tipo de prueba puede presentar errores y dificultades para elevar el grado de confianza en la declaración; aunque cabe la posibilidad de aumentar su valor cuando aumenta el número de este tipo de testigos.

- El testimonio de abono consiste en una prueba sumarial, muchas veces no es controvertida porque su función es ratificar una declaración de un testigo que al momento de ocurrir el juicio se encuentra muerto o ausente, sin embargo, también pueden denominarse testigos instrumentales.
- El testimonio vulgar se considera aquella declaración que es otorgada por un testigo sobre la base de sus sentidos y facultades anímicas, el testimonio técnico al contrario consiste en la declaración de una persona que más allá de sus sentidos da su declaración de conformidad a conocimientos técnicos y científicos propios de su formación académica y/o profesional.

El testimonio como prueba siempre tendrá la premisa de otorgar la condición de testigo a la persona que es puesta ante el juez para su declaración; es decir, dentro del proceso penal se constituye la prueba testimonial cuando a criterio del juzgador la percepción o conocimiento hechos materia de la infracción penal del testigo es contundente y pertinente para el esclarecimiento de los hechos y es llamado para su declaración en una audiencia de juicio oral; a pesar de la sutil diferencia entre testimonio y prueba testimonial ésta última adquiere su calidad cuando se califica la declaración bajo la observación de la ley y las reglas de la sana crítica.

### **1.1.9 El testimonio anticipado dentro del sistema judicial ecuatoriano**

El testimonio anticipado es considerado por muchos doctrinarios como una de las pruebas más importantes dentro del proceso investigativo, el jurista José García Falconi, concibe al testimonio anticipado como: “una prueba fundamental en el proceso penal investigativo, la cual está sujeta al principio de oralidad; por cuanto, los intervinientes del proceso rinden sus testimonios y versiones de manera oral, el mismo que está amparado en la Constitución del 2008 en su artículo 168 numeral 6” (2011, p. 64).

La necesidad de reconstituir una prueba testimonial nace de todas las circunstancias en las que siempre envuelta el proceso y justifica su imposibilidad de ser practicada en el momento procesal oportuno, por lo que ha de solicitarse una declaración en la que el testigo o la persona que va a testificar no podrá presentarse dentro del juicio, deberá solicitarse que se recepte su testimonio anticipado.

El o la fiscal tiene como atribución descrita en el artículo 444 numeral 7 del COIP, por lo que debe solicitar de conformidad con las solemnidades y formalidades en los casos descritos en el código receptor los testimonios anticipados aplicando debidamente los principios de inmediación y contradicción, incluyendo a las víctimas de delitos contra la integridad sexual y reproductiva; se puede decir que esta prueba tiene un carácter excepcional, pues dentro del proceso penal todas las pruebas son actuadas dentro de la audiencia de juicio, Siguiendo la normativa el artículo 502 numeral 2, contempla qué las personas a quienes se tomará el testimonio anticipado son las siguientes;

La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio. En el caso de audiencia fallida, y en los que se demuestre la imposibilidad de los testigos de comparecer a un nuevo señalamiento, el tribunal, podrá receptor el testimonio anticipado bajo los principios de inmediación y contradicción. (COIP, 2021, p. 164)

Toda vez que se conoce a quienes podrá aplicársele la recepción de un testimonio anticipado, conviene recordar que esta figura se impone ante el peligro que desaparezca o se extinga una prueba testimonial en virtud de las circunstancias que le acompañan, en el caso de delitos sexuales se busca garantizar que no exista una re victimización y los niños niñas y adolescentes no sean sometidos a un doble interrogatorio sobre los mismos hechos, pudiendo afectar su psicología al estar en presencia del presunto infractor el día de la audiencia oral, reconociendo en todo momento que al no contar con una sentencia condenatoria ejecutoriada, dicha persona procesada sigue contando con el principio de inocencia y deberá ser tratado de conformidad a las garantías constitucionales.

El fundamento de la prueba anticipada se sustancia en el transcurso del tiempo en que se desarrolla el proceso penal, los actos procesales se extienden durante plazos y términos específicos de las diligencias dentro de la etapa de investigación y el valor probatorio pretenden justificar, Martín (2018) indica que la prueba anticipada requiere la concurrencia de dos presupuestos básicos “que exista una razón de urgencia que avale y justifique su excepcionalidad y que se observen las mismas garantías que para la práctica de todo acto probatorio desarrollado durante el juicio oral” (p. 46)

### **1.1.10 Reglas de la prueba testimonial en el proceso penal**

Tal como se ha expuesto, la prueba testimonial anticipada tiene un carácter urgente y excepcional, dado que no va a practicarse dentro del juicio oral como las demás pruebas, el legislador ha considerado describir las reglas que debe seguir el testimonio como prueba dentro del proceso penal, si bien es cierto, existen reglas generales del testimonio, la norma también contempla reglas en casos específicos como por ejemplo cuando se toma la declaración del procesado, víctimas o terceros; en este apartado se expone las reglas comunes y algunas a obedecer respecto al testimonio de niños niñas y adolescentes.

El artículo 502 manifiesta que la prueba y los elementos de convicción, obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas generales:

1. Se valorará en el contexto y en relación con las otras pruebas que sea presentadas.
2. Determina de quiénes el juzgador recibirá el testimonio anticipado.
3. Se establecerá vías de comunicación telemática conforme a normas internacionales y cooperación judicial si la persona vive en el extranjero.
4. Prohíbe declarar en contra del cónyuge pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con la excepción de declaraciones voluntarias de víctimas o en casos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar.
5. Las niñas, niños y adolescentes declararán sin juramento, pero con la presencia de sus representantes o un curador.
6. Nombrar y posesionar un traductor, si el declarante no sabe el idioma castellano.
7. Si la persona que declara es sordomuda se recibirá el testimonio por escrito; si no sabe escribir, con el auxilio de un intérprete.
8. No podrán ser interrumpidos, salvo que exista una objeción por parte de los sujetos procesales.
9. Si el declarante se encuentra en situación de riesgo tendrá derecho a resguardo, protección y asistencia.
10. Se practica en audiencia de juicio en forma directa, videoconferencia, con excepción de los testimonios anticipados.

11. Los servidores públicos que gozan de fuero de Corte Nacional podrán rendir su testimonio mediante informe juramentado.
12. Quienes rindan testimonio deberán informar sus generales de ley, salvo el caso del testigo protegido, informante, agente encubierto o persona cuya integridad se encuentre en riesgo.
13. Debe prestar juramento y se le advierte sobre las sanciones del delito de perjurio.
14. Los sujetos procesales podrán realizar preguntas u objetarlas, y la o el juzgador deberán resolver la objeción para que la persona las conteste o se abstenga de hacerlo.
15. No se podrán formular preguntas autoincriminatorias, engañosas, capciosas o impertinentes.
16. No se podrán formular preguntas sugestivas en el interrogatorio, excepto cuando se trate de una pregunta introductoria o que recapitule información.
17. Podrán hacerse preguntas sugestivas durante el contra examen.

El artículo 504 también manifiesta qué cuando el testimonio sea otorgado por niñas niños o adolescentes:

(...) 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 prueba la grabación de la declaración en la audiencia de juicio. (2021, p. 165)

#### **1.1.11 Uso de la cámara de Gesell**

En este punto se puede entender que uno de los elementos técnicos más empleado para la recepción de testimonios de personas menores de edad o víctimas, es la cámara de Gesell, fue diseñada por el psicólogo y pediatra Arnold Gesell, de ahí que lleve su nombre, consiste en una sala que es dividida por un espejo unidireccional, en un principio esta cámara fue utilizada por el psicólogo para analizar el comportamiento de niños, sin que estos puedan observar lo que se encontraba fuera de la habitación, incluyendo equipos de audio y video para la grabación de los experimentos. (Fernández, 2021).

La cámara de Gesell forma parte del Servicio de Atención Integral de la Fiscalía, la Resolución No. 117-2014 del Consejo de la Judicatura contiene el protocolo para su uso, entre los requisitos está en el consentimiento de las personas que harán uso de esta cámara, deberán conocer los propósitos de la información con garantía de confidencialidad y protección, siendo las diligencias específicas, programadas y estructuradas. Las áreas con las que cuenta la cámara son dos: de entrevista y de observación o reconocimiento; para la diligencia del testimonio se sitúa al menor con el representante legal curador funcionario de la Dinapen o persona autorizada por el juez o fiscal, la entrevista usualmente será presidida por un psicólogo o psiquiatra y en todo momento grabada por un responsable de la unidad de tecnologías de la información y comunicación (TIC's).

Se puede decir que una de las razones por las que se dispuso la utilización de la cámara de Gesell en Ecuador fue “debido a la preocupación que se evidenciaba por la comparecencia de la víctima (...) a rendir su testimonio y recordar los hechos que le causaron un trauma psicológico delante de su presunto agresor” (Castro, 2018, p. 46); en el caso de los menores su uso es ideal para será evaluado y de contar con la presencia de la defensa técnica del procesado hacer uso de la contradicción y solicitar que se realicen preguntas adecuadas, siempre considerando la edad y la gravedad de la infracción a la que se presume a ver sido realizada.

#### **1.1.12 El testimonio anticipado de niños, niñas y adolescentes**

Durante las investigaciones por presuntos delitos sexuales, el testimonio anticipado es por excelencia uno de los medios probatorios con mayor peso que usa el fiscal para aseverar y propender a una decisión judicial; el control de esta prueba está íntimamente ligada a la declaración de la víctima y la garantía que debe tener con relación al principio de inocencia y debido proceso para el procesado; más allá de que se garantice su comparecencia.

Obtener el testimonio anticipado de la víctima se justifica por la imposibilidad material de realizarlo en la audiencia oral para evitar la interacción directa con el presunto infractor, al saber que dicha prueba anticipada tiene como objetivo “preservar la huella 0 para evitar la contaminación del recuerdo, que se resiente cuando se reproduce sucesivamente en diversos contextos (...), así como evitar la victimización secundaria del menor víctima de abusos sexuales” (Subijana y Echeburúa, 2018, p. 24).

No obstante, desde el punto de vista del procesado existe una postura que se contrapone a la idea de hasta qué punto afecta el testimonio anticipado a su derecho de contradicción; puesto que si es usado de manera indiscriminada o con el objetivo de incriminarlo y declararlo culpable, expresamente por parte de la víctima; se corre el riesgo de estar ante una prueba que carece de las garantías del debido proceso, por dicha razón en los casos de delitos sexuales la investigación debe ser mucho más objetiva y propender no sólo a obtener pruebas de cargo sino también de descargo.

Determinar con base solo en el testimonio anticipado la culpabilidad, incluso si éste se ha receptado sin la presencia del procesado o su defensa técnica es un claro ejemplo de cómo se podría causar un estado de indefensión, dicho sea de paso, si este testimonio ha sido parte de las diligencias en la etapa de investigación previa sin siquiera haber sido notificado a todos los sujetos procesales y más aún al presunto infractor, es un hecho que se ha vulnerado su derecho a la defensa, por lo que al momento de la audiencia de formulación de cargos o en la fase evaluatoria y preparatoria de juicio el juez debe valorar el estado en el que se ingresa el testimonio anticipado de la víctima como prueba.

En vista del peligro que supone usar el testimonio anticipado en delitos sexuales en niñas niños y adolescentes sin las garantías básicas del debido proceso, se debe exigir aplicar medidas previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar un daño a personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales y el posterior daño moral al que pueda ser sometido con posteridad, en caso de que se logre demostrar el estado de inocencia del procesado. (Cuno, 2018, p. 30)

En el caso de niñas niños y adolescentes, juega un papel muy importante la valoración psicológica y el aporte que en el proceso debe presentar su entrevistador en la cámara de Gesell a partir de su conocimiento especializado, dada la condición en la que se encuentra el menor por su frágil estado psicológico y mental que todavía se está desarrollando, es mucho más necesario comprender la afectación y los procesos de memoria a la que se someten día a día. Además de poner de manifiesto en el proceso penal su vulnerabilidad, el constituir como una prueba su testimonio anticipado debe tenerse en cuenta la valoración que tendrá en conjunto con todas las demás pruebas que se presenten de manera integral sin violar derechos constitucionales.

### **1.1.13 Valor probatorio del testimonio anticipado en delitos sexuales**

Al referirse al valor probatorio se configura una serie de procedimientos que son realizados por parte del juzgador en el proceso, la denominada valoración de la prueba tiene la función de percibir los resultados de la actividad probatoria mediante una operación mental con el fin de conocer el mérito o valor de convicción de cada elemento que ha sido presentado cómo prueba en el proceso judicial penal. (Nieva, 2010, p. 34).

Establecer la veracidad de los hechos en lo que respecta a la actividad probatoria supone un proceso dinámico desde la introducción de las pruebas al proceso hasta la manifestación intelectual por parte del juez para valorar todo lo que ha sido recopilado durante el proceso de investigación, el valor probatorio genera una decisión judicial sobre la base de un conocimiento legal que está revestido de certeza que produce la verificación de la existencia o inexistencia de un delito.

La prueba tiende a estar constantemente bajo la mira de los sujetos procesales, Alejos (2014) apunta a tres episodios que suceden en la actividad probatoria y son;

- (i) cuando el fiscal lo hace al momento de requerir acusación, pretender la elevación de la causa al juicio; (ii) el defensor cuando se opone en el momento de requerir la absolución de su patrocinado, y; (iii) el juez al decidir la situación de mérito, éste último tiene como objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos. (p. 5)

En dichos momentos se puede percibir que la finalidad de la prueba es propender a un estado de certidumbre sobre la veracidad o falsedad de los hechos alegados por las partes procesales, se evidencia que al recabar los elementos de convicción son valoradas en primera instancia por el fiscal, su conformación en el proceso y la valoración de estos al momento de adoptar una decisión la mayor actividad probatoria recae sobre el juez.

En el caso de los delitos sexuales la valoración de la prueba debe ser mucho más consistente y sensible ante el estado del bien jurídico, el testimonio o declaración de la víctima puede en muchos casos considerarse suficiente para “desvirtuar la presunción de inocencia, siempre que la misma sea valorada racionalmente bajo criterios de ponderación del testimonio; que

logren superar el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” sobre la responsabilidad del acusado (Araya, 2017, p. 2).

En el sistema penal ecuatoriano actual el enfoque de la constitucionalidad y protección de derechos fundamentales hace que el juez también considere el valor probatorio sobre criterios garantistas como la motivación imprescindible dentro de su sentencia judicial, Cárdenas y Salazar (2021) concuerdan con el pensamiento del autor De la Rúa, sobre la valoración de la prueba en el proceso penal con la perspectiva constitucional, al manifestar el siguiente criterio;

Este nuevo sistema de valoración exige sentencias motivadas a la luz de los parámetros expuestos por los organismos competentes, en este caso la Corte IDH y la Corte Constitucional, siendo estos parámetros, la lógica, la comprensibilidad y la razonabilidad. Lo cual implica que el sistema penal ecuatoriano es una fusión de la utilización de los principios constitucionales sin olvidar su principio rector, la legalidad. (...) crear una dualidad perfecta que adapte el sistema constitucional con el legal para evitar transgredir los derechos constitucionales. (p. 164)

Al tomar en cuenta los parámetros constitucionales surge la cuestión del testimonio anticipado en los delitos sexuales cuando es el único elemento probatorio dentro del proceso, como no es posible confrontar este testimonio ante otras pruebas, y dado que los delitos de esta naturaleza no se realizan a plena luz o ante la exposición de más testigos o sujetos que puedan dar fe de lo sucedido, se debe “comprobar la ausencia de razones que excluyan o debiliten seriamente la credibilidad de la denunciante; la existencia de elementos de corroboración que avalen su versión; y la consistencia interna de su declaración” (Centro de Información Jurídica Costa Rica, 2014, p.28)

En este mismo sentido, Araya (2017) en torno a las modernas teorías de valoración probatoria cuál indica que en la prueba testimonial debe concurrir cuatro estándares de confiabilidad y credibilidad que son (i) la coherencia del relato, (ii) la conceptualización de la declaración, (iii) existencia de corroboraciones periféricas (iv) aparición de detalles oportunistas en la declaración. Aun si las víctimas son menores de edad su testimonio debe pasar por un control que avale su validez y fiabilidad como prueba haciendo uso de las herramientas de la psicología jurídica respecto a su nivel cognitivo y verbal.

#### **1.1.14 Derechos de los sujetos procesales**

El catálogo de derechos fundamentales es muy amplio, en materia penal además de contemplarse los que son consagrados por la Constitución del Ecuador se establece en los artículos 11 y 12 del COIP los derechos de las víctimas y de las personas que están privadas de la libertad, sin embargo, a partir del análisis realizado por la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 768-15-EP/20 con enfoque en el artículo 78 de la Carta Magna se reconoce derechos específicos hacia la víctima, entre ellos la protección especial y no revictimización, en consecuencia, la Corte señala en su sentencia;

Las personas tienen cuatro derechos específicos cuando son víctimas: verdad, justicia, reparación y no revictimización. La verdad y la justicia se logran con una sentencia judicial en la que se haya demostrado los hechos violatorios a los derechos; la reparación integral se logra con las medidas adecuadas al daño sufrido por la violación de los derechos o el delito; la no revictimización se logra, entre otras medidas, con la prohibición de que la persona pueda volver a experimentar la vivencia o las consecuencias del delito o la violación de derechos. (2020, p. 4)

Al hablar de mecanismos para hacer efectivos los derechos mencionados las víctimas pueden presentar su acusación particular, siempre que el ejercicio de la acción penal sea el correspondiente, ejercer su derecho a la defensa, presentar pruebas será escuchadas y recurrir, los derechos que se pretenden poner en práctica la hora de realizar un proceso penal son guía para que el fiscal pueda prestar una asistencia adecuada durante todo el proceso de investigación.

En cuanto al procesado, también se puede hacer un breve resumen de cuáles serían los derechos básicos que lo sustentan durante un proceso penal por un delito de naturaleza sexual; el artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y de las libertades fundamentales; indica que debe ser informado, en breve plazo y en la lengua que comprenda, detalladamente la naturaleza de la causa, también a disponer del tiempo y facilidades para preparar su defensa, elegir a su defensor y en caso de no poder pagarlo ser asistido gratuitamente por uno de oficio; finalmente, poder realizar interrogatorio a los testigos que declaren contra él, pese a ser de orden internacional, la Constitución del Ecuador cuenta con parámetros parecidos a los ya señalados.

## 1.2 Marco legal

### 1.2.1 Constitución del Ecuador

De conformidad con el orden jerárquico de las normas, la Constitución de la República del Ecuador es la norma con mayor rango y de observancia obligatoria para todo campo de derecho, en ella se encuentran los derechos y garantías que rigen en el territorio ecuatoriano, por ello, es preciso señalar los artículos que atañen al objeto de estudio sobre el testimonio anticipado como prueba directa en delitos sexuales en niñas, niños y adolescentes.

Establece que niñas, niños y adolescentes forman parte del grupo de atención prioritaria y que gozarán de todos los derechos del ser humano además de los correspondientes según sea su rango de edad; en cuanto al procedimiento garantiza la existencia del derecho al debido proceso, principalmente derecho de presunción de inocencia y derecho a la defensa; en virtud del expuesto a continuación se presenta la base normativa correspondiente al tema de investigación:

**Art. 35.-** Las personas (...), niñas, niños y adolescentes, (...), recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

**Art. 45.-** Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.

**Art. 46.-** El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: 4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones. Las acciones y las penas por delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niñas, niños y adolescentes serán imprescriptibles.

**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso. Núm. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. Núm. 4. Las

pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. Núm. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá (...) garantías.

**Art. 169.-** 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 sola omisión de formalidades.

### **1.2.2 Convenio para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales**

Este convenio fue firmado en Roma el 04 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, su objetivo es proteger derechos humanos y libertades fundamentales de las personas a las que los estados miembros han suscrito el convenio, es menester tomar su aporte para la investigación, puesto que observa garantías similares a las que se presentan en el derecho constitucional ecuatoriano, por ejemplo, dictamina que deba existir un proceso equitativo, de acuerdo al artículo 6 numerales 1, 2 y 3.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley. (...)
2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.
3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

### 1.2.3 Código Orgánico Integral Penal

Promulgado en el año 2014, este código contiene los aspectos relacionados al derecho penal y procesal penal, observando los preceptos constitucionales y de la normativa internacional, este cuerpo legal define las garantías y principios que rigen el sistema de administración de justicia penal, mismo que está dirigido a los presupuestos sobre la infracción penal, el proceso y la ejecución del ius puniendi, como en líneas anteriores ya se abarcó el catálogo de delitos sexuales, en este apartado se integra la base normativa puntual sobre el testimonio anticipado como medio de prueba.

**Art. 444.** Numeral 7. Solicitar a la o al juzgador, en los casos y con las solemnidades y formalidades previstas en este Código, la recepción de los testimonios anticipados aplicando los principios de inmediación y contradicción, así como de las víctimas de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

**Art. 453.** La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.

**Art. 501.** El testimonio es 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 la infracción penal.

**Art. 504.** 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 prueba la grabación de la declaración en la audiencia de juicio.

**Art. 510.** Numeral 1. La víctima previa justificación podrá solicitar a la o al juzgador se le permita rendir su testimonio evitando la confrontación visual con la persona procesada, a través de video conferencia, cámara de Gesell u otros medios apropiados para el efecto, sin que ello impida el derecho a la defensa y en especial, a conainterrogar.

## **CAPÍTULO II. MARCO METODOLÓGICO**

### **2.1 Diseño de la investigación**

#### **2.1.1 Enfoque de investigación**

El enfoque de la investigación es eminentemente cualitativo, en virtud de que la recolección de datos se orientará a la obtención de criterios axiológicos, normativos y críticos, con relación a la problemática propuesta, en concordancia con Sánchez (2019) este enfoque “se sustenta en evidencias que se orientan más hacia la descripción profunda del fenómeno con la finalidad de comprenderlo y explicarlo a través de la aplicación de métodos y técnicas derivadas de sus concepciones y fundamentos epistémicos” (p. 104); por lo tanto, el enfoque cualitativo se justifica mediante el uso metodológico propio de este tipo de estudios, de conformidad con la naturaleza de la investigación que es de carácter social, característica de las ciencias jurídicas.

#### **2.1.2 Nivel de investigación.**

En razón de que el objetivo de la investigación fue determinar la trascendencia del testimonio anticipado en la condena del procesado, en delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes en la legislación ecuatoriana, al respecto, la investigación supuso un nivel descriptivo, a efectos de analizar la normativa que rige este tipo de procesos y conocer en la práctica procesal penal ecuatoriana se tomó en cuenta las sentencias condenatorias emitidas por los tribunales penales del cantón Carchi, para determinar si es posible que únicamente con la prueba indiciaria puedan ser condenados de conformidad con la ley penal, a su vez, inferir la relevancia del testimonio anticipado en la justicia ecuatoriana.

#### **2.1.3 Tipo de investigación.**

Para la investigación se utilizó el tipo documental para obtener información mediante la recopilación, análisis, e interpretación de fuentes de naturaleza bibliográfica; incluyendo normativa, doctrina, jurisprudencia y sentencia de corte constitucional para la construcción de los capítulos y subtemas que conforman el marco teórico. Hernández Sampieri (2014), indica que la investigación documental consiste en “detectar, obtener y consultar la bibliografía y otros materiales que parten de otros conocimientos y/o informaciones

recogidas moderadamente de cualquier realidad, de manera selectiva, de modo que puedan ser útiles para los propósitos del estudio” (p. 50).

Por otra parte, se empleó, la investigación de campo extrayendo datos e información a través del uso de técnicas específicas de recolección de datos; tales como los estudios de casos haciendo énfasis en la observación de las normas procesales y garantías que contempla el derecho procesal penal, fundamentado en el criterio de que este proceso “permite obtener nuevos conocimientos en el campo de la realidad social (investigación pura), o bien estudiar una situación para diagnosticar necesidades y problemas a efectos de aplicar los conocimientos con fines prácticos (investigación aplicada)” (Hernández Sampieri, 2014, p. 88).

#### **2.1.4 Métodos**

En términos sencillos, el método es un procedimiento riguroso, formulado lógicamente, para lograr la adquisición, organización, sistematización, e incluso la exposición de conocimientos que se han ido compilando a través del desarrollo de la investigación. De ahí que, Ander-Egg, señala: “El método es el camino a seguir mediante una serie de operaciones, reglas y procedimientos fijados de antemano de manera voluntaria y reflexiva, para alcanzar un determinado fin que puede ser material o conceptual” (2011, p. 24). Con esta acertada precisión, los métodos que se emplearán en esta investigación son:

**Método científico:** La construcción de los capítulos del marco teórico de la investigación, así como los resultados y las conclusiones referidas, son producto de la utilización del método científico. Los conocimientos nuevos vienen dados de la recopilación de información de las fuentes bibliográficas y entrevistas, que se aplicaron a los sujetos que contribuyeron a la investigación.

**Método exegético:** Otro método que coadyuvó a la investigación es el método exegético, este conlleva diferentes pasos o momentos que dependen o se condicionan a partir de la situación específica a la que hizo frente la investigación. En un primer momento, la investigación jurídica conlleva un simple trabajo de descripción, dado que el derecho no es más que lo que la norma establece, entonces, ante la claridad del texto legal, la investigación tiene como tarea reproducir e interpretar lo que esta establece. Para el presente caso, se interpretaron las disposiciones de la Constitución, del Código Orgánico Integral Penal, de la

jurisprudencia ordinaria y constitucional, así como de normativas internacional de Derechos Humanos.

**Método sistemático:** A través de este método se tuvo como objetivo la construcción teórica; tanto del nudo crítico de la investigación, así como de los resultados y conclusiones; de forma ordenada y sistémica, que se realizó a través de cada una de las etapas de la investigación, en un primer momento a través de la recolección de datos con la aplicación de entrevistas a los operadores de justicia y en consecuencia ordenar y contrastar estos criterios que permitirán la construcción de las conclusiones.

### 2.1.5 Técnicas e instrumentos de investigación

La técnica que se utilizó fue el estudio de casos y los instrumentos fueron la ficha de observación y la ficha de resumen

**Estudio de casos:** El estudio de caso puso de manifiesto bajo qué criterios elementales se juzga al testimonio anticipado en el ordenamiento jurídico nacional, a efectos de establecer por intermedio de la investigación que, si bien la prueba del testimonio es fundamental en delitos sexuales, al ser la víctima directamente quien narra el delito, también existen otras pruebas revestidas de garantías fundamentales en favor de los procesados.

En concordancia con el autor López (2013), la investigación cualitativa de estudios de casos, a través de las descripciones, interpretaciones, propuestas de cambio entre otros, es uno de los medios más apropiados para aprender la realidad de una situación y produciendo la contribución teórica, (p.141,142).

**Instrumentos:** Para el análisis de caso los instrumentos que se aplicaron fue la ficha de observación y resúmenes, por ello, como instrumento “la ficha de observación se utiliza cuando se quiere medir, analizar o evaluar un objetivo en específico; es decir, obtener información de dicho objeto. Se puede aplicar para medir situaciones extrínsecas e intrínsecas” (Arias, 2020, p. 14), orientado al estudio de casos se plantearon fichas que permitieron observar la relación de los hechos y el aspecto procesal de la prueba, abordando el testimonio anticipado en su valor probatorio en delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, limitando el estudio a casos que ocurrieron en el cantón Carchi.

## **CAPÍTULO III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

### **3.1 Estudio de caso No.1: Abuso sexual**

*Numero de Proceso:* 04306-2021-00021

*Dependencia Judicial:* Tribunal de Garantías Penales del Carchi con sede en el cantón Tulcán

*Sujetos Procesales:* M.D.G.P (Victima) – J.E.P.T (Procesado)

*Tipo penal:* Art. 170 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal.

*Tipo de Sentencia:* Condenatoria

#### **3.1.1 Resumen del proceso**

Con fecha 22 de junio del año 2021 se dicta auto de llamamiento a juicio en contra de J.E.P.T por tener responsabilidad del delito tipificado y castigado por el art. 170 inciso 2 del Código Orgánico integral penal, en el grado de autor.

*Alegatos de apertura:* En su alegato de apertura en la audiencia de juicio la Fiscalía expone que: El día 26 de octubre del año 2016 acude al DECE de la Unidad Educativa del Milenio San Gabriel de Piquiucho la señor Mónica Pozo madre y representante legal de la niña de iniciales M.D.G.P. quien pone en conocimiento de dicha unidad que su hija ha sido objeto de abuso sexual por parte de su bisabuelo el señor José Efrén Pozo Tamayo en circunstancias en las cuales aprovechando dicho ciudadano de la ausencia de la madre por situaciones laborales ha sabido proceder a manosear y tocar su cuerpo, introducirle sus dedos a la vagina según referencia de la madre de la víctima, y para ello el procesado ha sabido darle a la niña de iniciales M.D.G.P. la cantidad de un dólar; dichos sucesos acaecieron en la comunidad de Cunquer, perteneciente al cantón Bolívar, provincia del Carchi, debiendo especificar que el señor José Efrén Pozo Tamayo no reside en dicha comunidad ya que aquel vive en la comunidad de San Francisco de Villacis perteneciente igualmente al cantón Bolívar, toda vez que para cometer dichos actos se trasladaba a la vivienda donde habita la señora Mónica Pozo con la niña M.D.G.P. con el pretexto de regar algunas plantaciones.

El defensor del procesado, por su parte, indico que: su teoría del caso se basa en el estado de presunción de inocencia, el cual reconoce a toda persona conservar dicho estatus mientras

no exista una resolución judicial en firme; en el caso, Fiscalía deberá probar los elementos constitutivos del tipo penal establecido en el inciso 2 del Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal por cuanto su defendido no es responsable del hecho que indica Fiscalía, esto en base el Art. 5 numeral 4 del COIP en relación a lo que determina el Art. 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 11 de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas; Fiscalía deberá justificar la infracción, lo cual no lo va a poder realizar; en el desarrollo de la audiencia justificará la violación del debido proceso y de garantías constitucionales de las que ha sido objeto su defendido.

#### *Pruebas producidas por Fiscalía*

##### *Prueba Testimonial*

- a. Lcda. Ana Cañola: Trabajadora social Distrito Bolívar-Montúfar en la Unidad Educativa Milenio San Gabriel de Piquiucho
- b. M.A.P.LL Madre de la víctima
- c. Cbos. Wilmer Chamorro Arcos: Policía Judicial de la ciudad de San Gabriel en el 2016
- d. Dra. Sandra Bravo Burbano: Parte del equipo técnico del Sistema de Protección de Víctimas y Testigos de la Fiscalía del Carchi
- e. Dra. Atnelishe Ruz Cruz: Médico legista en la Fiscalía provincial del Carchi 2016
- f. Lcda. Catherine Flores Terán: Perito trabajadora social
- g. Testimonio Anticipado de M.D.G.P.

##### *Prueba documental*

- a. Informe del caso realizado por el Departamento de Consejería Estudiantil de la Unidad Educativa del Milenio San Gabriel de Piquiucho.
- b. Certificado digital de datos de identidad del señor Pozo Tamayo José Efrén.
- c. Certificado digital de datos de identidad del señor Pozo Martínez Fernando Cerafín.
- d. Certificado digital de datos de identidad de la señora Pozo Llore Mónica Alexandra.
- e. Certificado digital de datos de identidad de la niña M.D.G.P.
- f. Álbum fotográfico del informe de reconocimiento del lugar de los hechos.  
(Documentación que no es objetada por la defensa)

## *Pruebas producidas por la defensa*

### *Prueba testimonial*

- a. Dra. Wendy Mideros Salazar: realizó un contra informe pericial respecto a la metodología del formato que había presentado la perito María José Álvarez
- b. Ab. Nadia Monge Oviedo: Efectuó un protocolo de peritaje de entorno social 2021
- c. Pslg. Alexandra Cáceres Encalada: valoración psicológica en la persona del procesado
- d. Dra. Leandra Saavedra Porras: valoración médico general en la persona del procesado
- e. Marlene Pozo hija del procesado, Humberto Montenegro, yerno del procesado; Armando Pozo, hijo del procesado; Marcela Prado, nuera del procesado.
- f. Testimonio del procesado

### *Prueba documental*

- a. Certificación suscrita por el señor Gerardo Martínez, presidente de la comunidad San Francisco de Villacis, en cuya parte pertinente se lee: “... *me permito dar a conocer que el Sr. José Efrén Pozo Tamayo con N° C.I. 0400302683 vive y siempre ha vivido en la comunidad de San Francisco de Villacis, siendo el uno de los fundadores de la comunidad con un lapso de tiempo de 48 años y su vivienda se ha ubicado siempre en esta comunidad que es San Francisco de Villacis ...*”.
- b. Una hoja de papel en cuya parte superior se lee: “FIRMA DE COMUNEROS DE SAN FRANCISCO DE VILLACIS”, en la cual se hace constar quince firmas.
- c. Receta para atención ambulatoria, de fecha 26/10/16, en la que se lee entre otras cosas lo siguiente: “NOMBRES Y APELLIDOS: GPMD; EDAD: AÑOS 7 MESES 9; DATOS: Paciente acude con su madre y trabajadora Social de Unidad educativa Milenio para reportar aparente acoso sexual; DATOS DEL PRESCRIPTOR: Md Jessica Tinitana, Médico Rural...”. No habiendo objeción por parte de la señora fiscal de la causa.

### **3.1.2 Valoración del testimonio anticipado caso no.1**

Las consideraciones en torno al testimonio anticipado de la menor M.D.G.P, ostentaron una gran relevancia de conformidad con lo determinado por la Corte Nacional de Justicia, puesto que en varias resoluciones ha sido enfática en señalar que, en este tipo de delitos, en los cuales las víctimas son menores de edad se torna importante tomar en cuenta la prueba indiciaria, además de que el testimonio de la víctima adquiere una vital relevancia.

Cuando las víctimas de la violencia sexual, sean menores de edad, se deberá tomar en cuenta la prueba indiciaria, donde el testimonio de la agredida toma principal relevancia, presentando un valor de legítima actividad probatoria, debido a que estos delitos muchas veces se cometen de manera clandestina, en la que falta la presencia de testigos directos. Así, la declaración de la víctima puede generar un pronunciamiento condenatorio para evitar la impunidad de muchos delitos sexuales y, con ello, el resquebrajamiento de la vigencia de la norma. (Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia -2012. Resol. 1219-2012-SP. Juicio 0768-2010)

En el caso analizado, la víctima ha rendido su testimonio anticipado; y ha identificado a su agresor, a quien a conocido como su abuelo, pero conforme las preguntas realizadas ha señalado que se trata de su bisabuelo; en el testimonio anticipado indica la menor lo que de pequeña sabía salir a jugar y él le llamaba, que le llevaba al cuarto de la cocina, él sentaba en un banco y a ella la sentaba en las piernas, le comenzaba a tocar la parte íntima por adentro, le tocaba el trasero, y que le daba un dólar para que no diga nada a nadie, que esto sucedía cuando la mujer de él se iba; que de aquello le contó a su madre, ya que le ardía su parte íntima, que han ido a la escuela a pedir ayuda, que le da mucho miedo los hombres y no desea estudiar.

Cuando ha referido la parte íntima, ha detallado que se trata de la vagina; también ha descrito cómo es su bisabuelo, su contextura y físico. Es decir, ha identificado plenamente a su agresor; de igual forma ha descrito el lugar de los hechos, así como también ha señalado que fueron varias veces las que fue abusada sexualmente por esta persona. Todo lo señalado coincide plenamente con lo manifestado por su madre, cuando le avisó de estos hechos y acudieron a la escuela donde la trabajadora social. La defensa también ha ejercido su derecho de interrogar, al efecto las respuestas dadas por la menor, lo que han hecho es confirmar la forma en la cual era abusada por parte de su ascendiente.

De tal forma que el testimonio de la víctima se ha tornado fundamental dentro del presente caso, porque además de haberse valorado conjuntamente con las otras pruebas practicada en juicio, el juzgador pudo aducir su criterio sobre la determinación del nexo causal entre la infracción y el responsable. El procesado recurrió la sentencia en primera instancia e interpuso un recurso de apelación.

### **3.1.3 Consideraciones conclusivas**

En el caso de estudio pueden tomarse en cuenta al menos dos factores relevantes en torno a la prueba del testimonio anticipado, si bien es cierto, el hecho investigado sucedió por varias ocasiones y cuando la víctima era menor de doce años a la fecha del proceso judicial, su testimonio en conjunto con la valoración psicológica demostraron una afectación a nivel psíquico, el abordaje psicológico realizado por la Dra. Sandra Bravo del programa de víctimas y testigos de la Fiscalía ha verificado que la menor tenía alteración de la atención, mareos, náuseas que había tenido ideas suicidas a nivel cognitivo, lo que ha ocasionado haber sido hospitalizada, también menciona que encontró afectación al área escolar y su rendimiento educativo. El diagnóstico presuntivo es trastorno adaptativo con reacciones mixtas ansioso depresivas.

Por parte de la defensa del procesado a pesar de objetar en el juicio y negar el cometimiento de la infracción, se basó en la no comparecencia de la Dra. María José Álvarez en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, sin embargo, se debe mencionar que la doctrina en este tipo de delitos, los ha denominados como ocultos, porque se desarrollan en la clandestinidad, sin testigos, es por ello que tiene relevancia los testimonios de las primeras personas a quien relata los hechos la víctima, así como también los primeros abordajes de profesionales. Por ello, se debe destacar la judicialización de otras pruebas fundamentales para justificar los presupuestos del Art. 453 del COIP.

En cuanto al bien jurídico, la dimensión del impacto en la vida de una niña, niño o adolescente, que por su condición de minoría de edad no cuenta con la capacidad de autodeterminación sexual, que no comprende el alcance de un acto sexual, y es indemne sexualmente; conforme el tipo penal acusado, éste tutela la intangibilidad e indemnidad sexual de la menor, la cual tiene menos de 14 años, como exige la norma penal, la protección deviene del Estado respecto del desarrollo de su sexualidad, que no sea perturbada o alterada, por actuaciones sexuales que no están acordes a su edad.

### **3.2 Estudio de caso No.2: Violación**

*Numero de Proceso:* 04306-2021-00255

*Dependencia Judicial:* Tribunal de Garantías Penales del Carchi con sede en el cantón Tulcán

*Sujetos Procesales:* A.R.C.B (Victima) – G.G.B.M (Procesado)

*Tipo penal:* Art. 171 inciso 2 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal.

*Tipo de Sentencia:* Condenatoria

#### **3.2.1 Resumen del proceso**

Con fecha 16 de agosto de 2022, se dicta auto de llamamiento a juicio en contra de G.G.B.M, por existir graves presunciones del cometimiento del DELITO tipificado y sancionado en el Art. 171, inciso segundo, numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, en la calidad contemplada en el artículo 42.1 ibidem (autor directo).

*Alegatos de apertura:* La fiscal de la causa, refirió en lo principal que el 28 de marzo de 2021, a las 18h00 aproximadamente, conoce mediante parte policial suscrito por los agentes de policía: Palaguachi Silva Lenin Fernando y Yandún Noguera Anderson Paúl, que en el cantón Bolívar, en San Vicente de Pusir, en la calle 6, se ha cometido un presunto abuso sexual de manera flagrante, por cuanto la ciudadana KVBC, madre de la niña de iniciales ARCB, indicó que al momento de llegar a su domicilio su hija de aproximadamente 4 años de edad, le ha manifestado llorando que el “amigo” refiriéndose al procesado G.G.B.M había introducido primero su lengua y luego su pene en su boquita, por lo que, la señora KVBC sorprendida por este hecho, comunica a su madre, la señora YMC, quien a su vez es la conviviente del procesado, ante este hecho y por tratarse presuntamente de un acto delictivo, se procede a la inmediata detención del referido ciudadano e inició una investigación.

El abogado, en representación del procesado, refirió que, con la prueba documental, testimonial, y pericial en audiencia se mantendría el estado de inocencia de su defendido.

### *Pruebas practicadas por Fiscalía*

#### *Prueba Testimonial*

- a. Lucia Cargua Ríos: perito médico forense, realizó un examen médico legal ginecológico a la víctima
- b. Marcelo Torres Bedoya: perito psicólogo clínico, realizó la valoración psicológica a la víctima
- c. Agente investigador de la Policía Nacional Byron Castillo Guerrón
- d. Blanca Salazar García: trabajadora social, realizó una investigación social de la víctima
- e. Agente de la policía nacional Lenin Palaguachi Alcibar: realizó la aprehensión del procesado
- f. Nelly Berbemeo Baldión: Psicóloga Infantil, realizó una valoración psicológica a través de la cámara de Gesell
- g. Testimonio anticipado de la víctima A.R.C.B
- h. Testimonio de la madre y la tía de la víctima

#### *Prueba documental*

- a. Certificado de nacimiento de la menor ARCB obtenido por el Registro Civil
- b. Cadena de custodia Nro. 037-2022 de un CD marca Maxell, que consta como evidencia
- c. Formulario Único de Cadena de Custodia Nro. 109-2021 que hace referencia a una toma de versión, esto es, de la diligencia de valoración psicológica realizada en la menor de iniciales ARCB.

### *Prueba practicada por la defensa del procesado*

#### *Prueba testimonial*

- a. Fabian Aragón Lovato, perito en genética forense, realizó la pericia biológica e informe pericial sobre la presencia de la proteína p30 en las muestras de hisopados y frotis.
- b. Y.M.C.G, abuela materna de la víctima y conviviente del procesado
- c. Edmundo Ibujes Mafla, amigo del procesado
- d. Testimonio de la persona procesada

### *Prueba documental*

- a. Certificado de honorabilidad emitido por el presidente de la parroquia de San Vicente de Pusir.
- b. Dos certificados emitidos por la teniente Política, Lcda. Vilma Donoso, sobre el domicilio del procesado.
- c. Certificado de honorabilidad emitido por el presidente de la Junta de Agua de Riego de San Vicente de Pusir.

La fiscal de la causa respecto de este medio de prueba manifestó que objeta todos los documentos porque ninguno de ellos acreditaba la firma de la persona que emitió la certificación y no adjunta ningún documento como es la cedula de identidad a fin de establecer la veracidad o existencia de las personas que firman los documentos.

#### **3.2.2 Valoración del testimonio anticipado caso no. 2**

Para resolver, en primer lugar, se determinó el acto de naturaleza sexual ejecutado sobre la víctima, sobre la base del testimonio anticipado de la niña ARCB en el cual refirió la manera como la persona procesada le introdujo su pene en la boca para lo cual la ingresó a un baño del inmueble donde habitaban tanto la niña como su agresor, hecho suscitado, según el testimonio de la madre de la víctima, el 28 de marzo de 2023 en la parroquia de San Vicente de Pusir, cantón Bolívar, provincia de Carchi a eso de las doce del día.

Para determinar la culpabilidad el testimonio anticipado de la víctima ARCB fue tratado de conformidad a la doctrina y jurisprudencia, que, en su mayoría coinciden en afirmar que el tipo penal de violación, por ser un acto delictivo que se lo comete esencialmente de manera clandestina, sin la presencia de testigos, por cuanto el sujeto activo del delito busca necesariamente la discrecionalidad para someter a su víctima.

Es justamente por ello que el testimonio de la víctima adquiere relevancia para calificar y sancionar la conducta de su agresor cuando es el único medio probatorio, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones y superen las sospechas que se ciernen sobre su imparcialidad, es decir, que no existan relaciones entre víctima y procesado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la declaración.

Para que exista verosimilitud no solo de la propia declaración, sino que ésta debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de actitud probatoria. De presentarse así el testimonio de la víctima, éste adquiere relevancia probatoria capaz de enervar el principio de inocencia que le asiste al procesado y lograr una sentencia condenatoria, caso contrario, cuando el testimonio contiene inconsistencias, contradicciones, esta declaración se torna débil capaz de no ser tomada en cuenta al momento de la decisión.

De acuerdo con el art. 502 numeral 1 del COIP, el juzgador está obligado a estimar el testimonio en correspondencia con las demás pruebas que se hayan practicado en la audiencia de juicio, por ello, a fin de demostrar este presupuesto (culpabilidad), la fiscal incorporó al expediente la grabación del testimonio anticipado de ARCB, del cual se establece que quien accedió carnalmente introduciendo el pene en la boca de ARCB fue el procesado G.G.B.M, a quien la niña lo conocía como el “amiguito o amigo”, afirmación que la víctima mantuvo de manera coherente desde un inicio y que fue confirmada por las diferentes personas y profesionales que comparecieron a la audiencia que acreditan tal acontecimiento, es decir, el relato de la niña siempre fue el mismo identificando a su agresor.

A este respecto es relevante tener en cuenta el testimonio de la Psicóloga Infantil Nelly Isabel Bermeo Baldión quien en lo esencial refirió que la niña ARCB, a través de los muñecos que caracterizaban a su abuela materna y conviviente, el procesado G.G.B.M, identificó a este último como el “amiguito” quien fue la persona que le lamió su cara y la penetró con el pene por la boca. Es importante mencionar además que la conviviente del procesado, abuela de la víctima, corroboró que la niña lo conocía con tal apelativo.

Por lo visto, de acuerdo a este testimonio, que guarda concordancia con el de ARCB se concluye que la niña sí fue accedida carnalmente por vía oral, pues, de acuerdo a este relato, se evidencia claramente aquello, toda vez que a través del juego con los muñecos personificados, narró el hecho sexual realizado en su humanidad cuando tenía la edad de tres años, ocho meses y por ello, al recordar tal acontecimiento entró en crisis, lo que acredita la veracidad de su relato en virtud que una niña de tal edad no puede crear o generar una historia con la pretensión de causar daño a una persona.

Además, es importante tener en cuenta que si bien la Dra. Magdalena Cargua Ríos, médico forense de Fiscalía, no encontró lesiones en vagina, ano ni en otra parte del cuerpo de la niña ARCB, sí realizó hisopados de la boca por cuanto posiblemente existió penetración oral.

### 3.2.3 Consideraciones conclusivas

Como parte del análisis del juzgador, señaló la intrínseca relación del tipo penal con el contenido de los artículos 44, 45 y 46 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, que priorizan la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes frente a actividades que vulneren su desarrollo psico-biológico-social, por lo que, quien traspase los límites de dicha protección atentando con el desarrollo normal de su personalidad recibirá una sanción.

En consecuencia, la conducta hipotética sancionada por el numeral 3 del Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal no atenta el bien jurídico de la libertad sexual, más bien, quebranta la indemnidad sexual, en virtud de que las y los menores de catorce años de edad, de acuerdo al sentido natural y obvio, como se encuentra desarrollada actualmente en la norma sustantiva penal, en concordancia con la Sentencia 13-18-CN/21, R.O. E.C. 268, 28-I-202 de la Corte Constitucional, no pueden disponer libremente de su sexualidad.

Es decir, su consentimiento para este tipo de actos está impedido, razón por la cual lo que debe probarse en esta clase de actos es la conculcación de la indemnidad sexual y la edad de la víctima, sin que sea necesario incluso demostrar si a esta actividad ilícita concurren otros elementos como la violencia, la intimidación o el medio con que se venció la libre voluntad de la víctima. La Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, en el juicio Nro. 84-2011-P-LBP, manifestó:

Que por su condición de minoría de edad no cuenta con la capacidad de autodeterminación sexual, que no comprende el alcance de un acto sexual, afecta la evolución y desarrollo integral de su personalidad. Un niño, niña o adolescente es indemne sexualmente, por carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual (...) (Jurisprudencia Ecuatoriana. CNJ. 2012, p. 256)

Por lo visto, el bien jurídico protegido en el delito de violación practicado a un menor de catorce años de edad, lo que tutela es la intangibilidad o indemnidad sexual, por lo que ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro.

## CONCLUSIONES

- La naturaleza del testimonio anticipado dentro de un proceso penal por delitos sexuales se sostiene sobre la base de la prueba indiciaria, dado que los tipos penales que protegen el bien jurídico de integridad, libertad e indemnidad sexual son hechos que suscitan en el ocultamiento y por ende la principal prueba es la que presenta la víctima mediante su testimonio.
- La valoración de un testimonio anticipado en delitos sexuales debe ser en conjunto con los medios probatorios que acrediten el presupuesto de culpabilidad, la identificación del sujeto procesado y el nexo causal, para lo cual se emplea la descripción del tipo y la veracidad del testimonio en torno al respeto de las garantías del debido proceso.
- Dentro del análisis de los estudios de caso, se presenta un mismo orden de pensamiento en cuanto a la valoración de la prueba testimonial de la víctima, de conformidad a la doctrina, se apreció que la recepción del testimonio anticipado cumple la función de no revictimizar y proteger a la víctima de no encontrarse con el presunto perpetrador del hecho.
- Se consideraría una vulneración hacia el procesado la recepción del testimonio anticipado únicamente cuando se demuestre la inobservancia de las garantías del debido proceso, cuando carece del derecho a la defensa y de presentarse un defensor no intervenga violando el principio de contradicción.

## RECOMENDACIONES

- El testimonio anticipado en delitos sexuales debería atender a la necesidad de preservar la huella cero en la memoria de la víctima, por lo que, en casos en que no se descubren inmediatamente los hechos tipificados y sancionados en la normativa penal, se recomienda de manera diligente tomar en consideración la preservación del recuerdo aun cuando haya transcurrido un tiempo prologando desde el cometimiento de la infracción.
- La valoración de un testimonio anticipado receptado en la cámara de Gesell, como es usual en el sistema de justicia ecuatoriano, debería contar con un protocolo especial para los menores de edad, siendo prudente analizar la edad puesto que el desarrollo psicosocial y del desarrollo del lenguaje es independiente y único en cada víctima.
- Al asumir la defensa del procesado, dentro del proceso se propone el principio de inocencia como principal ente e indicador de los abogados patrocinador, sin embargo, debería contarse con una especial atención a peritajes psicológicos del procesado y del alcance que tendría para el cometimiento de un delito de naturaleza sexual en menores, por lo que se atendería a una buena defensa la elaboración de preguntas fundamentadas, pertinentes y atinentes sin menoscabar la garantía constitucional de no revictimización.
- El principio de contradicción se ejerce en la medida que se cumplan las garantías del debido proceso, la misma naturaleza de los delitos sexuales hacen que sean episodios desconcertantes para la sociedad, más aún, cuando son cometidos contra menores de edad, por ello, al momento de receptar el testimonio anticipado el defensor del procesado debe observar el cumplimiento de la cadena de custodia y la veracidad de los testimonios.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alejos, E. (2014). *Valoración probatoria judicial: alcances sobre la evolución de sus sistemas en la prueba penal*. Instituto de Ciencia Procesal Penal – INCIPP. Revista Derecho y cambio social. ISSN: 2224-4131
- Araya, A. (2017). *Valoración racional de la prueba. El caso particular de los delitos sexuales*. Tribunal de San José. Revista pensamiento penal. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/10/doctrina45868.pdf>
- Arias, J. (2020). *Técnicas e instrumentos de investigación científica*. Enfoques Consulting EIRL. ISBN: 978-612-48444-0-9.
- Arredondo, G. (2012). *Prueba testimonial: eficiencia o impunidad*. (trabajo de especialidad derecho probatorio penal). Universidad de Medellín. <https://core.ac.uk/download/pdf/51194692.pdf>
- Barrios, B. (2005). *El testimonio penal*. Editorial jurídica Ancón
- Bentham, J. (1825). *A Treatise on Judicial Evidence*, trad. al inglés por M. Dumont, London, Law Journal.
- Blanquez, A. (1974). *Diccionario Manual: Latino-Español y Español-Latino*. Editorial Sopena: Barcelona. ISBN 10: 8430301550
- Bravo, M. (2020). *Análisis criterial del testimonio infantil y adolescente en casos de violencia sexual*. (tesis doctoral) Universitat de Girona. <http://hdl.handle.net/10803/669727>
- Cabanellas, G. (2012). *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta S.R.L. Primera edición. 1979. I.S.B.N: 950-9065-98-6
- Caiza, D. (2021). *Valor probatorio del testimonio anticipado de la víctima en los delitos de abuso sexual, en el Proceso Penal Ecuatoriano*. (tesis de maestría) Universidad Central del Ecuador. <http://www.dspace.uce.edu.ec/>
- Cárdenas, K.; y Salazar, M. (2021). La valoración de la prueba en procesos penales: una perspectiva constitucional. *Revista Universidad y Sociedad*, 13(2), 160-169. Epub 02 de abril de 2021. <http://scielo.sld.cu/scielo>.

- Castro, T. (2018). *Conflicto entre los principios de inocencia y de no re-victimización*. (tesis de grado) Universidad Particular de Loja. <https://dspace.utpl.edu.ec/>
- Centro de Información Jurídica. (2014). *Valoración de la prueba testimonial en el proceso penal*. Universidad de Costa Rica. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/>
- Cobos, V. (2020). *Análisis de la indagación judicial en los supuestos de abuso sexual infantil*. (trabajo fin de Máster). Universidad de Alcalá. <http://hdl.handle.net/10017/46236>
- Código de la Niñez y Adolescencia [CONA] (2023). Art. 68. Ley 100. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003. (Ecuador).
- Código Orgánico Integral Penal [COIP] (12 de febrero 2021). Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014. (Ecuador)
- Constitución de la República del Ecuador [CRE] (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008. (Ecuador).
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F809D-800CBD20E595/0/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F809D-800CBD20E595/0/Convention_SPA.pdf).
- Consejo de la Judicatura. (2014) Protocolo para el uso de la cámara de Gesell. Resolución 117-2014. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2014cj/117-2014.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador (2020). Sentencia No. 768-15-EP/20. (*reformatio in peius*) <http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/>
- Corte Constitucional del Ecuador (2022). Sentencia No. 15-19-CN y acumulados/22. Caso *Imprescriptibilidad en infracciones sexuales cometidas por adolescentes*. <http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/>
- Cuno, M. (2018). *Aplicación del principio de proporcionalidad en la resolución judicial de prisión preventiva para delitos contra la libertad sexual, y su repercusión en los internos del establecimiento penitenciario de Puno 2017*. Universidad Nacional del Altiplano. <http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/8181>

- Fernández, A. (2021). Cámara Gesell: qué es y para qué se usa en psicología. *Blog Universidad Europea Miguel de Cervantes*. <https://grados.uemc.es/>
- Flores, A. (2016). *Derecho Procesal Penal I, desarrollo teórico y modelos: según el proceso penal*. Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote.
- González, M. (2017). *La prueba testimonial*. Lexijuris. Paraguay. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/72454>
- Herrera, C.; Sipión, C. (2020). Consecuencias ocasionadas por la violencia sexual: Un estudio sobre el impacto de la violencia sexual contra niñas y adolescentes mujeres, sus familias y comunidades. *Save the Children's*. <https://www.savethechildren.org>.
- López González, WO, (2013). *El estudio de casos: una vertiente para la investigación*. Educere, 17 (56),139-144. ISSN: 1316-4910. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=35630150004>
- Pérez, M. (2021). *El testimonio del menor víctima de abuso sexual: técnicas de credibilidad y prevención de la victimización secundaria*. (tesis doctoral). Universidad de Granada. <http://hdl.handle.net/10481/72074>
- Estrella, J.; Ocaña, J. (2023). Implicaciones de la aplicación de la cámara de Gesell para la recepción del testimonio anticipado de víctimas menores de edad en delitos de abuso sexual. *Domino De Las Ciencias*, 9(3), 818–834. <https://doi.org/10.23857/dc.v9i3.3473>
- Martín, R. (2018). *La prueba anticipada en el proceso penal*. (tesis doctoral). Universidad de Salamanca. <https://gredos.usal.es/bitstream/handle/>
- Miranda, C. (2015). *Prueba directa vs. Prueba indirecta (un conflicto inexistente)*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 38 (2015) ISSN: 0214-8676 pp. 73-100.
- Muñoz Conde, F y Quintero-Olivares, G. (1989). *La reforma penal de 1989*. Tecnos, Madrid. <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/5127/>
- Muñoz Conde, F. (2018). *Teoría general del delito*. Temis S.A.

- Muñoz Conde, F. (2022). *Derecho penal, parte especial, 24ª edición. Revisada y en colaboración con López Peregrín Carmen*. Colección: Manuales de Derecho Penal. Tirant lo Blanch. ISBN: 9788411970587
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Colección Proceso y Derecho. Editorial Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales. Madrid. ISBN: 9788497687577
- Pérez, I. (2001). *Dictámenes sexológicos por delitos sexuales*. Ediciones Jurídicas Azteca.
- Subijana, J; y Echeburúa, E. (2018). Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: El control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados. *Anuario de psicología jurídica*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/>
- Riva de Canelo, C.; Rojas, V.; Narvaez, C.; Rodas, Y.; Ulloa, C. (2022). *La prueba anticipada en el debido proceso: Caso de la declaración de la víctima por delitos sexuales*. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 6(4), 2208-2226. [https://doi.org/10.37811/cl\\_rcm.v6i4.2747](https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i4.2747)
- Von Liszt, F. (1999). *Tratado de Derecho penal*. trad. de la 20a ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa. II, 4a ed., Reus, Madrid.
- Yanes, M. (2021). *El testimonio anticipado como medio de prueba en delitos de abuso sexual*. (Tesis de maestría) Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/>
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de derecho penal: parte general. Tomo III*. Ediciones Elia. ISBN: 950-574-056-5 (Tomo Tercero)